

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Douglas Alencar Rodrigues

A Justiça Constitucional na Democracia: a busca da legitimidade substantiva.

Doutorado em Direito

São Paulo

2022

Douglas Alencar Rodrigues

J A Justiça Constitucional na Democracia: a busca da legitimidade substantiva.

Doutorado em Direito Constitucional

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. André Ramos Tavares.

São Paulo

2022

Banca Examinadora

Professor Doutor André Ramos Tavares

Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes

Professor Doutor Francesco Viganó

Professora Doutora Marina Faraco Gama

Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita

Dedicatória

O estudo sistemático e permanente da doutrina jurídica, permeado pelo acompanhamento da prática jurisprudencial, deve ser um dos principais compromissos de todos quantos abraçam a carreira jurídica, buscando realizar suas vocações e contribuir para a realização do projeto civilizatório constitucional, com uma sociedade mais justa e menos desigual.

Dedico essa pesquisa, primeiramente, a meus pais – Wilton e Maria Décia, que desde cedo ensinaram a seus cinco filhos o valor do conhecimento, “a imperecível riqueza das riquezas”; dedico-a também à minha esposa - Elayne, pelo apoio incondicional em todos os projetos acadêmicos e profissionais, e, não menos importante, também a ofereço a meus filhos – Rodrigo, Elisa, Rafael e Vítor –, cujos “olhos curiosos e atentos”, acompanhando nossos passos, servem de permanente estímulo para seguir em frente na jornada infinita pela busca do conhecimento.

Agradecimentos

A conclusão de uma pesquisa acadêmica, em nível de pós-graduação em sentido estrito, pressupõe o concurso significativo de diversas pessoas, amigos, familiares, colegas de trabalho, com quem compartilhamos nossas vidas e trajetórias profissionais.

Em primeiro lugar, a meu orientador, Professor Doutor André Ramos Tavares, jurista renomado e reconhecido estudioso do Direito Constitucional, meus agradecimentos pelo inestimável apoio na execução da pesquisa, desenvolvida de forma concomitante com o exercício da jurisdição e da docência na Capital da República. Os debates em sala de aula e em outros espaços virtuais representaram momentos ricos de reflexão em torno dos caminhos e descaminhos da jurisdição constitucional brasileira.

Aos colegas magistrados integrantes do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, na pessoa do Ministro Emmanoel Pereira, seu atual Presidente e dileto amigo, meus agradecimentos pelo apoio pessoal e institucional concedido para a execução deste projeto. Não fosse a convicção e o empenho pessoal de nosso atual Presidente, não teria sido possível o enfrentamento e a superação de mais esse desafio acadêmico.

À Professora Doutora Any Ávila Assunção, Coordenadora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação do Centro de Ensino Superior de Brasília (IESB), meu reconhecimento pelo estímulo e apoio para a realização deste projeto.

Por fim, mas não menos relevante, meu reconhecimento aos servidores do Gabinete que ocupo junto ao Tribunal Superior do Trabalho, na pessoa da Dr^a. Carla Dórea Leite Chaves, cujo apoio ao longo do curso foi também essencial para a conclusão desse projeto.

Resumo

Nos últimos anos, a sociedade brasileira vem assistindo, com alguma perplexidade e dificuldade de entendimento, a um cenário político de ascensão absoluta do Poder Judiciário em relação aos demais poderes do Estado. As atenções se voltam com especial ênfase ao Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do sistema de jurisdição e responsável último pela defesa da Carta Política. Questões complexas ligadas a temas morais e políticas públicas ligadas a direitos fundamentais, de diferentes naturezas, estão sendo reiteradamente submetidas ao tribunal, no contexto da denominada “judicialização da vida, da política e das relações sociais”. Essa nova realidade, com a assunção de novos papéis e competências pelo STF, coloca em perspectiva não apenas a questão da ressignificação do conceito de democracia, fundado na ideia de “majoritarianismo”, e da própria legitimidade da jurisdição constitucional, mas também a necessidade de se buscar algum mecanismo que permita, enquanto não aprimorado o processo político, com a retomada do protagonismo político pelo titular da soberania, conferir legitimidade substantiva às decisões do STF. O objetivo da presente pesquisa é examinar esse novo contexto institucional, discutindo os fundamentos de legitimidade da jurisdição constitucional e propondo um caminho para o restabelecimento da harmonia entre a democracia e a jurisdição constitucional. Nesse sentido, a proposta final deste trabalho envolve a criação de um procedimento de referendo a decisões reputadas sensíveis, a critério dos demais Poderes, como forma de restabelecer a conexão entre a leitura da Constituição e a vontade do titular da soberania. Do ponto de vista metodológico, adotou-se o critério qualitativo de abordagem, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, com o exame da literatura especializada e a análise de diversas decisões proferidas pelo STF.

Palavras-chave: Democracia - Jurisdição Constitucional - Legitimidade

Abstract

In the past years, the Brazilian society, somewhat perplexed and confused, has been witnessing a political landscape of substantial growth of power in the judicial branch in detriment of the other branches of government power. Public attention shifts with special emphasis to the Supremo Tribunal Federal, the highest level of the judicial system and the main responsible for the protection of the Constitution. Highly complex matters, such as moral affairs and public policies related to fundamental rights of different natures are constantly being submitted to the courts judgement, in what it is being called the judicialization of life, politics and social relations. This new reality, marked by the taking of this new role by STF, puts in perspective not only the question of the resignification of the concept of democracy, founded on the idea of “majoritarianism”, and judicial review legitimacy, but also the need to find some kind of mechanism that is able to confer subjective legitimacy to STF’s decisions, while the political process is not refined and political prominence is not given back to its rightful owner. This research aims to examine this new institutional context, discussing the basis of judicial review legitimacy and proposing a way of reestablishing harmony between democracy and judicial review. The final proposal of this work involves the creation of a referendum procedure for decisions reputed to be sensitive, at the discretion of the other Powers, as a way of re-establishing the connection between the reading of the Constitution and the will of the holder of sovereignty. From the methodological point of view, a qualitative approach was adopted, based on bibliographic and documental research, with the examination of specialized literature and the analysis of several decisions handed down by the STF.

Keywords: Democracy - Constitutional Jurisdiction - Legitimacy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	19
1.1. Compreendendo a forma constitucional: origens e fundamentos da Constituição..	19
1.2. A supremacia da forma constitucional na experiência seminal norte-americana ...	25
1.3. A perspectiva europeia do controle de constitucionalidade: a matriz kelseniana do tribunal constitucional	34
2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	41
2.1. Evolução histórica do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: a jurisdição difusa como regra e a ascensão gradual do modelo concentrado.....	41
2.2. A jurisdição constitucional difusa no paradigma constitucional de 1988.....	53
2.3. A jurisdição constitucional concentrada sob a perspectiva dogmático-procedimental.....	69
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	82
3.1. O STF sob a vigência da CF de 1988.....	82
3.2. A fase inicial de timidez institucional.	87
3.3. O início da transição e a busca pela efetividade da Constituição.....	92
3.4. A fase da consolidação do STF como um dos protagonistas exponenciais da democracia.....	102
4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA, TÉCNICAS DECISÓRIAS E CLÁUSULA DEMOCRÁTICA.....	131
4.1. As técnicas decisórias e seus impactos nos julgamentos.....	131
4.2. Jurisdição constitucional, legitimidade e democracia.....	139
CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS.....	153

INTRODUÇÃO

Concebida no contexto histórico-político da modernidade, a partir das reflexões produzidas por filósofos “contratualistas”,¹ a doutrina ou teoria da separação dos poderes² constitui um dos principais axiomas da ciência política moderna, figurando como cláusula pétrea na Constituição brasileira de 1988.

No cenário contemporâneo, tratado pela sociologia como pós-modernidade ou “hipermodernidade” e caracterizado por elevados níveis de complexidade em todos os campos da experiência social, econômica e política,³ a exata demarcação das áreas de atuação de cada um dos seguimentos do poder político não constitui tarefa fácil.⁴

A experiência histórica nascida com a reconfiguração ou superação de regimes monárquicos e a consagração do modelo democrático, a partir das Revoluções inglesa, norte-americana e francesa dos séculos XVII e XVIII – e que permitiu a reorganização do Estado liberal em bases políticas mais racionais –, revelou-se insuficiente sob o ponto de vista social, produzindo como legado um grave quadro de

¹ Embora a natureza das funções exercidas pelo titular do poder político sejam estudadas desde Aristóteles (A política. São Paulo: Martins Fontes, 1991), a concepção moderna de outorga dessas funções a diferentes instituições e atores políticos, autônomos e independentes, ganhou vulto com os estudos desenvolvidos a partir dos Séculos XVII e XVIII, respectivamente, por John Locke (Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994) e Charles de Secondat Montesquieu (O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes – Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008, 9. ed.).

² Por esse critério de organização do exercício do poder político, seriam alcançados vários objetivos, entre os quais, evitar a tirania, assegurar o controle recíproco dos poderes, garantir que as leis e ações do Estado estejam conectadas com o interesse público, elevar a qualidade da ação dos órgãos estatais e viabilizar a prestação de contas pelos agentes estatais.

³ Do ponto de vista da sociologia, a modernidade é usualmente definida a partir da oposição e superação do mundo feudal, com o surgimento de sociedades fundadas nas noções de progresso científico, técnico e industrial e de valorização do novo, da liberdade individual e da razão como critérios de validade e certeza. A realidade atual é definida como “hipermodernidade”, na qual os valores da modernidade são redefinidos para adequar-se a uma sociedade liberal, marcada pelo movimento, pela fluidez e pela flexibilidade (LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarola, 2004, p. 26).

⁴ “Os tribunais constitucionais são verdadeiras ‘casas da Constituição’. Iniciando suas atividades como fiscais das leis, evoluíram e ocupam, atualmente, lugar de destaque no cenário jurídico dos governos de diversos países. Há sempre um traço marcante na atuação dessas instituições: a Constituição como referência *necessária*. (...) Na medida em que o Direito constitucional desenvolveu-se e assumiu proeminente lugar no cenário jurídico hodierno, também aos tribunais constitucionais, a ele atrelados, foram impulsionados, lentamente, nesse processo de reconhecimento e reforço das constituições. Sua presença pé considerada imprescindível, e suas funções foram gradualmente alargadas, como que é necessária nova abordagem que possa contribuir para a construção de uma teoria da Constituição capaz de responder a essa constatação, verificável em praticamente todos os Estados que adotam constituições rígidas.” (TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192).

conflitos de classes no contexto do capitalismo industrial então inaugurado, também não sendo capaz de evitar a captura do poder político por regimes totalitários em diferentes nações do planeta, nos ciclos temporais que se seguiram.⁵

Mais recentemente, como resultado do processo histórico vivenciado a partir do segundo pós-guerra (1939-1945), e buscando evitar os riscos totalitários que fizeram eclodir aquele doloroso conflito bélico mundial, grande parte das sociedades democráticas ocidentais centrou suas preocupações em dois objetivos relevantes: a) realizar a transição de seus sistemas políticos autoritários para regimes democráticos; e b) promover a consolidação e o aprimoramento dos regimes democráticos até então instalados, com garantias expressivas para a proteção, promoção e efetivação dos direitos humanos.⁶

Democracia e direitos humanos “fundamentalizados” em textos constitucionais passaram, então, a ser compreendidos como condições essenciais para a realização dos valores da liberdade e da igualdade, que são constitutivos da noção essencial de democracia. Para alcançar esses relevantes objetivos de defesa da democracia e tutela dos direitos fundamentais, entre tantos caminhos e propostas, duas estratégias fundamentais foram eleitas: a primeira, com o reconhecimento e a valorização da Constituição, tratada como norma jurídica fundamental - a *lex fundamentalis*, e não como simples documento descritivo de organizações sócio-políticas soberanas; e a segunda, voltada ao fortalecimento institucional do Poder

⁵ Embora a expressão “democracia”, com o significado de governo do povo, tenha origem na experiência helênica da Antiguidade clássica, no curso da Idade Média acabou inteiramente esquecida, apenas sendo resgatada com as revoluções burguesas já referidas.

⁶ No segundo pós-guerra, a ciência política identificou a segunda onda de democratização experimentada pelas sociedades modernas. Resumindo as três ondas, confira-se o relato de Daly: “The increasing prevalence of the term and our prevailing understandings of what it means were forged during the post-war period in the unprecedented moves across the world toward civilian rule through full, free, and fair elections. The conventional – albeit contested – narrative draws on Samuel Huntington’s concept of ‘waves of democratisation’, in which multiple states took steps toward democratic rule at roughly the same time. The first took place in the Western World – mainly Western European and North American states – in the nineteenth and early twentieth century (1828-1926). The second took place in the immediate post-war period as Italy, Austria, West Germany, and Japan committed to democratic rule after authoritarian periods and decolonisation took place in South Asia, Southeast Asia, and Africa. The third, most extensive, wave begun in 1974 with Portugal’s Carnation Revolution, followed by a return to democratic rule in Spain in 1978. It then spread to Greece, Latin America, Central and Eastern Europe (CEE), and various states in East Asia and Africa in the 1980s and 1990s, and also encompassed another round of decolonisation in the 1970s.” (DALY, Tom Gerald. *The Alchemists. Questioning our Faith in Courts as democracy-builders*. Cambridge University Press, 2017, p. 31).

Judiciário, “o poder sem armas”, que não teria acesso à definição de políticas públicas, à arrecadação e distribuição dos recursos públicos.⁷

Ao Poder Judiciário recairia, assim, a responsabilidade última pela defesa e realização da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, afastando-se de forma definitiva – ou, quem sabe, reduzindo-se de forma expressiva – os riscos decorrentes da tomada do poder por grupos não comprometidos com as pautas e valores da ordem democrática.

No cenário que emergiu da superação do segundo grande conflito bélico mundial, às normas fundamentais do sistema jurídico-político conferiu-se um *locus* de efetiva centralidade, superando-se a concepção de que as pautas e ideais econômicos, sociais e culturais inscritos em Textos Constitucionais seriam meros programas de intenções, na prática, identificados como simples exortações ao legislador para conformar direitos e realidades. A partir dessa perspectiva, que deveria ser definitivamente superada, ao legislador, como representante máximo da soberania popular, apenas cabia identificar as necessidades ligadas aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, então qualificados como direitos de segunda dimensão, materializáveis em políticas públicas que seriam legalmente definidas, sem que o texto constitucional fosse capaz, por si só, de constranger as potências públicas e privadas à respectiva concretização.

A presente pesquisa propõe-se a examinar o “estado da arte” da atuação da Corte Constitucional brasileira, nesse contexto de qualificação da democracia. Suplantada as fases de transição para o regime democrático e de sua consolidação, assistimos ao momento de maior qualificação do processo democrático nacional.⁸

⁷ A par de ocupar o vértice axiológico das ordens jurídicas estatais, condicionando a própria validade e eficácia das demais normas jurídicas, os Textos Fundamentais passaram a consagrar direitos e deveres vinculantes para todas as potências sociais, públicas e privadas, limitando-se significativamente o arbútrio dos governantes; superou-se, assim, a concepção de que se tratava de um mero documento descritivo da forma de ser da organização estatal, de suas intenções e valores e dos direitos fundamentais ideais, sempre dependentes da ação adicional e conformadora dos Poderes Legislativo e Executivo, segundo suas opções e prioridades, definidas de modo soberano e sem qualquer espécie de controle jurídico.

⁸ Na precisa dicção de Bobbio: “(...) a democracia é um instrumento e apenas um instrumento. Mas um instrumento sem o qual a liberdade relativa não se transforma por encanto em liberdade absoluta convertendo-se no seu contrário, na escravidão, e a justiça em opressão e a felicidade na infelicidade geral. A democracia não impede ninguém de lutar pela consecução dos próprios fins, mas exige uma condição: que cada um permita aos outros lutarem pelos fins que acharem melhor e que todos cheguem a um acordo sobre o critério possivelmente mais objetivo para decidir de quando em quando, e nunca definitivamente, quais são os fins que devem prevalecer”. (BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. 4 ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 133-134).

No Brasil, país em que o processo de constitucionalização democrática ocorreu tardiamente, ao final do século XX, a revisão do papel do Texto Constitucional foi também proposta e efetivada com grande entusiasmo, mas com uma nota distintiva a ser realçada: a superação do regime de exceção inaugurado em 1964 fez com que a perspectiva de um “constitucionalismo dirigente”, materializado em um Diploma Constitucional semirrígido, atraísse para o Texto Constitucional de 1988 as ideias-matrizes ou os princípios estruturantes dos vários ramos do Direito. Essa “constitucionalização abrangente” também se fez presente nas Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), sendo identificada como “constitucionalização do direito comum” ou “civilização do direito constitucional”.

Com o advento da Carta Política de 1988, a sociedade brasileira assistiu ao início de uma nova era, voltada à realização de um novo e ousado projeto civilizatório, centrado na promoção, defesa e máxima realização do ideal da dignidade da pessoa humana. Estruturado de forma analítica e tocando os mais diferentes campos da atuação pública e privada, além de representar o marco final do regime de exceção que se implantou em 1964, o Texto Constitucional de 1988 promoveu alterações profundas na sociedade brasileira, fazendo instalar um novo quadro de compromissos políticos, sociais e econômicos.

Buscando inspiração e partindo de experiências exitosas de outros povos, a Constituição de 1988 consolidou um sistema institucional de proteção ao ser humano nas mais diferentes perspectivas e dimensões, ao proclamar, entre seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem qualquer espécie de discriminação (art. 3º, I, III e IV).

Ainda nessa linha de afirmação da dignidade humana, o Texto Constitucional de 1988 dispôs que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, observados princípios de funcionamento (propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente) e princípios finalísticos (soberania nacional, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte).

No plano social, a Constituição de 1988 enuncia como fundamento o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais (CF, art. 193), garantindo a todos o acesso aos serviços de saúde, previdência e assistência social, por meio de um amplo sistema de seguridade social, estruturado a partir de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade (CF, art. 194).

É preciso notar, todavia, que a ousadia dos constituintes de 1988, comprometida com a construção de uma sociedade justa e solidária e consequente afirmação do postulado ético-fundamental da dignidade da pessoa humana, na perspectiva de um autêntico e verdadeiro constitucionalismo fraternal,⁹ não encontrou campo fértil em muitas de suas disposições. Prova disso foram os ajustes e retificações promovidos no texto original da Carta de 1988, ao longo dessas mais de três décadas de sua vigência. Desde o seu advento, a Carta Constitucional de 1988 passou por cento e vinte e duas emendas até meados de 2022, o que resultou não apenas do processo natural de acomodação de novas realidades e definição de novos propósitos, mas das eventuais incompatibilidades detectadas entre a estética constitucional idealizada em 1988 e as relações reais de poder e valores reputados hegemônicos em nossa sociedade.

Apesar disso, a partir do arranjo institucional inscrito na Carta Magna de 1988, a sociedade brasileira vem vivenciando o processo complexo de busca pela realização dos vários projetos, direitos e ideais então consagrados, com a participação cada vez mais crescente e intensa do Poder Judiciário, que tem sido provocado com frequência jamais imaginada, inclusive por atores da arena política parlamentar, para equacionar questões sensíveis das mais variadas espécies e naturezas. Certamente, o desencanto social com as instâncias tradicionais do poder representativo, no contexto da denominada crise da democracia¹⁰ representativa, parece justificar esse quadro de busca do Poder Judiciário e particularmente do STF para a realização das promessas constitucionais.

⁹ BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216-217.

¹⁰ Na referência oportuna de Bobbio, “Desde quando a democracia foi elevada à condição de melhor forma de governo possível (ou da menos má) o ponto de vista a partir do qual os regimes democráticos passaram a ser avaliados é o das promessas não cumpridas. A democracia não cumpriu a promessa do autogoverno. Não cumpriu a promessa da igualdade não apenas formal mas também substancial. Terá cumprido a promessa de debelar o poder invisível?” (BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 100).

Sob o ponto de vista da teoria democrática, a noção de representação política assume lugar de destaque, sendo mesmo essencial para a realização legítima dos objetivos do constitucionalismo: isonomia entre todos os cidadãos, liberdades fundamentais e participação na formação da vontade estatal. Não por outro motivo, assiste-se a um esforço significativo para refundar as bases do conceito de representação, associando-o a noções mais amplas e abertas, vinculadas às ideias de delegação, *accountability* e legitimação em razão do resultado alcançado.¹¹

Pode-se afirmar, portanto, a existência de dois níveis de representatividade, um primeiro de ordem técnica ou formal, um segundo de índole material ou substantiva. Na primeira dimensão conceitual, fala-se, então, no nexo legitimação e de imputação que se estabelece entre o povo e os agentes e órgãos de direção social. No plano substancial, a representação decorre do sentimento anímico de pertinência entre os cidadãos os atos promanados dos órgãos do Estado, produzindo aceitação e obediência.

Compreender e identificar a real natureza do papel desenvolvido pelo Poder Judiciário, e particularmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na defesa da ordem constitucional, sob a perspectiva de sua representatividade, é um dos primeiros objetivos desta pesquisa. Além do necessário e fundamental percurso pelas origens desse ramo fundamental do sistema jurídico, pressuposto indispensável para a adequada assimilação das funções desempenhadas pela Constituição, notadamente a sua centralidade nas ordens jurídicas contemporâneas, o ponto de partida para um grau mais sofisticado de percepção dos desafios lançados para o constitucionalismo contemporâneo reclama um olhar para além das “cortinas dos discursos e ritos formais” que orientam a ação dos magistrados, especialmente daqueles que desempenham suas funções em Cortes Constitucionais.

No cenário atual, o estudo da jurisdição constitucional sob a perspectiva jurídico-dogmática revela-se insuficiente para possibilitar a adequada identificação de sua natureza e da função que desempenha. Para tanto, impõe-se o recurso a conceitos e categorias da teoria política, como condição para a apreensão do papel executado pela jurisdição constitucional concentrada, bem assim a sua vinculação e justificação ao próprio ideal democrático.

¹¹ POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 165-183.

É, sobretudo, através da jurisdição constitucional concentrada que a atuação do STF tem ganhado corpo e relevância. Longe de apenas exercer o “papel contramajoritário”, como legislador negativo segundo a clássica dicção kelseniana, extirpando leis e atos normativos da ordem jurídica em defesa da própria ordem constitucional, a atuação da Suprema Corte tem avançado exponencialmente para a construção de novos sentidos normativos, sendo imperativo reconhecer a posição proeminente que tem ocupado no concerto dos demais poderes do Estado, como autêntico e diferenciado órgão de soberania.

Não se pretende nesta pesquisa examinar o conjunto de fatos e circunstâncias históricas que conduziram a esse cenário institucional singular. Ainda que as decisões estudadas sejam “vozes eloquentes” desse percurso histórico-institucional, é necessário reconhecer e afirmar, sem maior pudor, a natureza essencialmente política da jurisdição constitucional concentrada, superando-se o mito de que seria típica atividade judicial, com sentido estritamente negativo de supressão de atos normativos contrários ao ideal de supremacia da Constituição.

A partir desse ponto de inflexão, surge o questionamento seguinte, principal foco desta pesquisa, centrado na busca de um mecanismo que possa conferir maior grau de legitimidade, legitimidade real ou substantiva, para as decisões do STF, a partir da participação direta do povo, titular da soberania.

Não se pode desconsiderar, certamente, que uma das “chaves de compreensão” dessa realidade passa pelo exame dos meios processuais de provocação da jurisdição concentrada, que estão disciplinados em nível infraconstitucional, e que devem ser conjugados às técnicas decisórias e à forma como são processados pelos juízes supremos.

No período pós-Constituição de 1988, com fundamento em novos mecanismos instrumentais como o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, parágrafo 1º, da CF c/c a Lei 9.882/99), a Suprema Corte passou, gradativamente, a expandir suas áreas de atuação, proferindo decisões sobre questões que estariam vinculadas às áreas de competência de outras esferas de Poder. Definitivamente, não há questão econômica, social, política ou moral que não possa ser submetida ao exame da Suprema Corte, por uma das várias vias processuais que informam a jurisdição constitucional concentrada.

A presente pesquisa objetiva ainda examinar os caminhos percorridos pelo STF ao longo da nossa história republicana, com especial ênfase para o contexto que se seguiu ao advento da Constituição de 1988.

Antes, porém, de enfrentar esse desafio, propõe-se uma breve investigação das origens e fundamentos da jurisdição constitucional, com o exame dos modelos norte-americano e continental europeu. Em seguida, fixadas as premissas históricas e teórico-dogmáticas da jurisdição constitucional, far-se-á uma breve exposição e exame de alguns dos julgados que compõem a rica e qualificada jurisprudência do STF, representativos das grandes questões e dos caminhos que estão sendo trilhados nesse rico processo histórico, político e institucional.

Apesar da amplitude do cenário atual em que está inserido o Poder Judiciário e das questões delineadas nessa introdução, a presente pesquisa objetiva também examinar a atuação do STF sob a perspectiva de suas práticas e ritos reais, tendo em conta a natureza e o volume de ações e recursos que lhe são canalizados. Nesse âmbito, pretende-se expor os procedimentos, formais e informais, adotados pelos magistrados da Suprema Corte para a resolução dos conflitos constitucionais que lhes são submetidos, com ênfase para os amplos poderes singulares de que dispõem – seja para a concessão monocrática de decisões no plano das chamadas tutelas de urgência cautelares ou antecipatórias, seja para formular pedidos de vista regimental, evitando a conclusão de julgamentos determinados, seja, ainda, para pautar o debate político em curso nas demais esferas de poder.

A relevância, a essencialidade e a centralidade do STF no contexto dos poderes do Estado, embora reconhecidas e praticamente consolidadas, estão a reclamar, ainda, como antes referido, com escusas pela insistência, a necessidade de ampliação da legitimidade de sua atuação.

Não se pretende, como anunciado, discutir essa legitimidade sob o prisma meramente formal, que resulta da própria previsão constitucional das competências para defesa da Constituição, da democracia e dos direitos fundamentais, mas de legitimidade material, cujo significado está vinculado ao próprio sentido ético-jurídico ou ao conteúdo das decisões proferidas, as quais, quando envolvem temas sensíveis ligados às políticas públicas vinculadas a direitos fundamentais e questões morais que suscitam grandes divisões sociais, deveriam obter, de algum modo, a chancela do povo, titular da soberania.

No contexto da democracia representativa, os canais de manifestação popular vinculam-se aos Poderes Executivo e Legislativo, com ênfase especial para esse último, em que o pluralismo se faz presente, com a representação de todas as correntes de pensamento e grupos sociais.

A própria Constituição, como sabido, estabelece canais para a participação popular direta no debate político, por meio dos instrumentos do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular para o processo legislativo, o que parece deva ser pensado também no contexto das decisões proferidas pelo STF, sendo essa a principal proposta desta pesquisa.

Propõe-se, assim, como conclusão dessa pesquisa a adoção de um procedimento legitimador para as “decisões sensíveis” proferidas pelo STF, decisões que seriam assim qualificadas a partir da manifestação de um ou dos dois outros segmentos do poder político. Seriam “decisões sensíveis” aquelas que envolvem conflitos ligados a questões complexas não reguladas de forma direta, clara e inequívoca pela ordem jurídico-constitucional e para cuja resolução se faça necessário o concurso abrangente e sistemático de normas de natureza principiológica, traduzindo o claro exercício de opções e escolhas próprias do processo de deliberação democrática. Decisões inovadoras, portanto, em temas ligados a políticas públicas, questões morais e afetas à arena política em sentido estrito comporiam esse conceito e, nessa condição, seriam passíveis de submissão a referendo, aproveitando-se o mesmo ciclo eleitoral para as eleições majoritárias e proporcionais periodicamente realizadas.

Pelo mecanismo ora proposto, os Poderes Executivo e Legislativo, de forma conjunta ou isolada, poderiam lançar “moção de censura” a determinadas decisões, que seriam submetidas à chancela popular, nos momentos ordinários de convocação do titular da soberania. Obviamente, enquanto não alcançado esse importante momento de afirmação e renovação do ideal democrático, as decisões proferidas pelo STF guardariam sua integral eficácia, em moldes semelhantes aos previstos para as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, apenas perdendo sua validade e eficácia se não forem confirmadas ou coonestadas pela voz das urnas, mas sem prejuízo de que sejam preservados, em nome dos postulados da segurança jurídica, da proteção de confiança e da garantia das expectativas legítimas dos cidadãos, os efeitos de todos os atos jurídicos e decisões judiciais proferidas com fundamento em decisões reputadas sensíveis editadas pelo STF.

No procedimento proposto, eventual decisão contrária ao referendo submetido à decisão popular não deslegitimaria a atuação da Corte Suprema, mas, ao revés, apenas poderia ser compreendida como expressão do próprio vigor democrático, no contexto dos novos papéis assumidos pela jurisdição constitucional concentrada.

Do ponto de vista metodológico, adotou-se o critério qualitativo de abordagem, a partir de pesquisa e revisão bibliográfica e documental, com o exame da literatura especializada e a análise de diversas decisões proferidas pelo STF. Justificada a relevância do objeto da pesquisa e reunidas as condições para sua melhor compreensão, a pesquisa também assume a proposta empírica concreta ou aplicada, com a exposição de procedimento voltado ao aprimoramento do processo democrático e à retomada do protagonismo político pelo povo, titular da soberania, no contexto da democracia semidireta consagrada no Texto Constitucional de 1988.

A proposta final envolve, em rigorosa síntese, a concepção de um meio de confirmação do conteúdo de “decisões sensíveis”, em ciclos eleitorais periódicos, a partir de questionamentos levantados por um ou pelos dois outros poderes do Estado. Pretende-se, com isso, que a nova conformação do postulado da separação de poderes, resultante de fatores de diferentes naturezas, não resulte em comprometimento do ideal democrático,¹² preservando-se, aos moldes do ideal da representatividade democrática,¹³ a chancela final do titular da soberania em relação aos destinos econômicos, sociais e políticos que devem ser trilhados pela sociedade.

¹² A função pedagógica do regime democrático é remarcada por Bobbio, em marcante passagem reflexiva: “Não há boa democracia sem costume democrático, e costume democrático significa ser honesto no exercício dos próprios negócios, leal nas trocas (e isto é válido também nas relações de mercado), respeitar a si e aos outros, estar consciente das obrigações, não somente jurídicas, mas também morais, que cada um de nós tem para com próximo, da mesma forma como não se deve nunca cansar de repetir em um país, no qual é fraco o sentido da moral e ainda mais fraco o jurídico; enfim, saber distinguir e não confundir interesses ‘privados e públicos’.” (BOBBIO, Norberto. Da democracia para uma certa ideia da Itália. In. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 116).

¹³ A participação popular há de ser estimulada no regime democrático, como condição para a própria realização do postulado fundamental da igualdade. Segundo Bobbio, “Os cidadãos de um Estado democrático se tornam, através do sufrágio universal, mais livres e mais iguais. Onde o direito de voto é restrito, os excluídos são ao mesmo tempo menos iguais e menos livres.” (BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 9).

1. A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1. Compreendendo a forma constitucional: origens e fundamentos da Constituição.

O estudo da denominada jurisdição constitucional exige, como condição prévia para a melhor compreensão, o resgate da origem e da própria evolução conceitual dessa singular espécie de norma jurídica: a Constituição. Faz-se necessário, portanto, revisitar, ainda que de forma breve, os passos que marcaram a construção do sentido contemporâneo da Constituição e que estão, fundamentalmente, situados entre as revoluções libertárias do século XVIII e o tempo presente.

A concepção moderna de Constituição é fruto de um longo processo histórico que envolve, entre outros fatores, a superação do regime feudal e o alvorecer dos estados modernos, mas com uma característica adicional àquela que sempre lhe foi imanente, ligada à organização do poder político, qual seja, a de que esses novos pactos sociais fundamentais passaram a ser objeto de documentos escritos, consagrando normas de contenção do poder político.¹⁴

Mas a noção de Constituição, compreendida como a forma de ser de um determinado corpo social, de suas práticas, tradições e valores, é imanente às comunidades políticas.

Na Antiguidade Clássica, por exemplo, as experiências grega e romana devem ser lembradas, cada qual com suas características e singularidades próprias, na medida em que, embora tenham estruturado de forma racional o poder político, conviviam naturalmente com a escravidão, sem assegurar direitos às mulheres e estrangeiros.¹⁵

¹⁴ “O instrumento idealizado para a realização das modernas concepções do constitucionalismo foi traduzido na consubstanciação escrita das normas constitucionais. Com a consagração de texto escritos, adota-se um modelo que, obviamente, caracteriza-se: a) pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos; b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder.” (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, 3ª edição, revista e atualizada, p. 10).

¹⁵ “Atenas é historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político – governo de leis, e não de homens – e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Embora tivesse sido uma potência territorial e militar de alguma expressão, seu legado perene é de natureza intelectual, como berço do ideal constitucionalista e democrático. Ali se conceberam e praticaram ideias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos. (...). O ideal

Na sequência, com a queda do Império Romano em 476 d.C., verificou-se a atomização do poder político, com o surgimento de múltiplos principados e a instauração do regime feudal, mas a noção de Constituição, como critério racional de organização do poder político, teria desaparecido alguns séculos antes, quando da queda da República e a instauração do Império em Roma.¹⁶

Ainda que existam traços de organização jurídica de comunidades políticas em períodos remotos, a exemplo dos povos hebreus e dos gregos, com suas Cidades-Estado^{17 18}, o constitucionalismo – compreendido, insista-se, como movimento social e político destinado à racionalização e contenção do poder político – encontrou seu ponto seminal de inflexão na experiência sociopolítica inglesa, a partir da edição da *Petition of Rights* em 1628, do *Instrument of Government* de 1653¹⁹ e do *Bill of Rights* em 1689.^{20 21}

constitucionalista de limitação do poder foi compartilhado por Roma, onde a República se implantou em 529 a.C., ao fim da monarquia etrusca, com a Lei das Doze Tábuas. O poder militar e político romano estendeu-se por quase todo o Mediterrâneo, mas sua estrutura jurídica e instituições políticas seguiram sendo as de uma cidade-Estado, com as decisões concentradas em um número limitado de órgãos e pessoas. Tais instituições incluíam a Assembleia (que, a rigor, eram diversas, e encarnavam o poder de elaborar leis), os Cônsules (que eram os principais agentes executivos) e outros altos funcionários (pretóres, questores, tribunos da plebe), além do Senado, cujo caráter formal de mero órgão consultivo encobria seu papel de fonte material e efetiva de poder. A participação dos cidadãos era reduzida. A despeito de seu caráter aristocrático, o poder na República era repartido por instituições que se controlavam e temiam reciprocamente. Nada obstante, um conjunto de causas conduziram ao ocaso do modelo republicano, dentre as quais o sistema de privilégios da aristocracia patricia e a insatisfação das tropas, do povo e das outras aristocracias excluídas dos cargos consulares e do Senado. Do ponto de vista institucional, o fim veio pela via previsível, que destruiu inúmeros outros sistemas pluralistas ao longo da história: os comandantes militares tornaram-se excessivamente poderosos e escaparam ao controle efetivo dos órgãos políticos.” (BARROSO, ob. cit., p. 34/35).

¹⁶ “Quando a República ruiu e deu-se a coroação do imperador, não foi o fim de Roma, cujo domínio duraria ainda mais meio milênio. O que terminou, na véspera do início da era cristã, foram a experiência e o ideal constitucionalistas, que vinham dos gregos e haviam sido retomados pelos romanos. A partir dali, o constitucionalismo desapareceria do mundo ocidental por bem mais de mil anos, até o final da Idade Média.” (BARROSO, ob. cit., p. 35).

¹⁷ Para um retrospecto histórico acerca do conceito de constitucionalismo na Idade Média, confira-se também a análise precisa de André Ramos Tavares (ob. cit., p. 3-9).

¹⁸ “Sinteticamente, tem-se que o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo. Esse conteúdo constitucional traduzia, por certo, os termos do antigo contrato social de ROUSSEAU, que, nesse momento, deixava a condição de ficção de teoria política para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais. Assim, desde que haja uma divisão de poder, o que implica fatalmente em sua limitação e controle, estar-se-á em harmonia com uma das principais exigências do constitucionalismo.” (TAVARES, ob. cit., p. 10).

¹⁹ “Costuma-se indicar o *Agreement of the People* (1647-1649) como a primeira tentativa de Constituição escrita. Já o *Instrument of Government* é apontado como a primeira Constituição escrita.” (TAVARES, ob. cit., p. 11).

²⁰ Na experiência inglesa, é certo que não se pode esquecer o marco histórico representado pelo advento da Magna Carta de 1215, firmada pelo Rei João sem Terra com os Barões ingleses. Ainda que tenha consagrado garantias relevantes como o habeas corpus, o juiz natural e a anterioridade tributária, a Magna Carta, que inclusive foi repetidamente descumprida e precisou ser ratificada em várias outras ocasiões, pelos monarcas que se sucederam no trono inglês, representou uma solução de compromisso, um autêntico contrato entre o Rei e os Barões, não se confundindo, portanto, com um documento precursor

Antes desses importantes eventos históricos, a noção de Constituição esteve vinculada apenas ao modo de ser das comunidades sociopolíticas, às suas regras de organização e funcionamento, não expondo qualquer conteúdo voltado à contenção do poder político ou à garantia de direitos fundamentais.²²

Poder-se-ia falar, então, nesse contexto histórico anterior, de uma aceção estritamente material da Constituição²³, mas não de um pacto social

das constituições modernas (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília:Finatec, 2008, p. 37).

²¹ É preciso ressaltar a existência de alguma polêmica doutrinária acerca do significado desses documentos fundacionais ingleses, para a construção do conceito do constitucionalismo moderno, como nota Sarlet: “Com isso não se está a sustentar, todavia, que antes da afirmação e consolidação da noção moderna de constituição formal (jurídica) não existissem documentos jurídicos de cunho constitucional (embora em larga medida distintos do que viriam a ser as constituições escritas no sentido moderno), consoante, aliás, demonstra de forma emblemática a experiência constitucional inglesa. (...). Nada obstante a existência, antes do surgimento das constituições jurídicas modernas, de regras jurídicas, inclusive consolidadas em documentos, regulando as relações de poder político e mesmo vinculando os titulares do exercício do poder, tais regras (ainda que integrantes de uma constituição material) não correspondem à noção moderna de constituição normativa, nascida no final do século XVIII, razão pela qual, como adverte Dieter Grimm, “não há que confundir os fenômenos da juridificação e da constitucionalização: a constituição no sentido moderno do termo constitui uma forma peculiar de juridificação do poder e da dominação política, vinculada a determinadas condições históricas, que nem sempre estiveram presentes e que podem voltar a faltar”. De fato, se alguns documentos jurídicos mais antigos, como é o caso da Magna Carta Inglesa (1215), mas especialmente das declarações de direitos inglesas do século XVII, têm sido considerados antecedentes de uma constituição jurídica no sentido moderno (no caso peculiar da Inglaterra, até mesmo integrando, ainda hoje, a própria constituição histórica, juntamente com outros regramentos), certamente eram em muito distintos da noção de uma constituição compreendida como lei fundamental de uma comunidade política, dotada, entre outras características, da qualidade de norma hierarquicamente superior.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 7ª. Edição, 2018, p. 42).

²² Cabe, ainda, referir às denominadas Leis Fundamentais, presentes na experiência medieval monárquica, como relembra Branco: “É comum assinalar, na Idade Média, antecedente da moderna Constituição nas chamadas Leis Fundamentais. A essas leis fundamentais competia indicar o soberano e dispor sobre a sucessão do trono, além de assentar a religião do reino, regular temas relativos a moeda e à alienação de bens da Coroa. Eram leis que o rei não poderia alterar nem revogar, daí, na França, no século VI, distinguem-se as leis do reino (as leis fundamentais) das leis do rei. Eram também leis fundamentais, estranhas ao domínio da vontade do soberano, as leis de natureza contratual, firmadas entre o rei e os estamentos, envolvendo limites ao exercício do poder (como a Magna Carta de 1215, que os barões ingleses impuseram ao rei João Sem Terra). Tinham, pois, aspecto assemelhado aos da Constituição moderna, já que se diziam com as estruturas do poder e eram reconhecidas como a ostentar uma força superior. Essas leis, porém, ao contrário do que preconizou o constitucionalismo compreendido nos quadros revolucionários do século XVIII, nem sempre eram escritas e não buscavam uma regulação extensiva e minuciosa do poder. Tampouco, e até por isso, disciplinavam com pormenores as relações do governante com os governados. A propósito das leis fundamentais, devem ser buscadas as preciosas lições de Jorge Miranda, Teoria do Estado, cit., p. 323-327) e J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1993, p. 59-65.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; São Paulo: Saraiva Educação, 2018, revista e atualizada, Livro digital (E-pub), nota de rodapé n. 2, p. 2481).

²³ Como remarca BRANCO, “Vale ter presente, contudo, aqui, o reparo de Jorge Miranda, que distingue o que se entendia por Constituição antes do constitucionalismo moderno do conceito da mesma realidade hoje. Lembra que, inevitavelmente, “todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência”. Continua, mais adiante, dizendo que uma “Constituição assim considerada se antolha de

fundante das comunidades políticas, materializado em um documento escrito, cujos conteúdos, a um só tempo, traduziam aspectos descritivos do Estado (de suas instituições, das regras de aquisição e exercício racional e limitado do poder) e prescritivos de direitos e garantias fundamentais.²⁴

Embora a ideia de Constituição seja imanente a qualquer comunidade política, o seu significado jamais poderia ser confundido com o conceito moderno legado pelos movimentos libertários dos séculos XVII e XVIII.²⁵

É possível afirmar que a reestruturação das ordens jurídico-políticas das diversas sociedades foi resultado de um rico e complexo processo histórico, tributário de fatores múltiplos, verificados em diferentes momentos, entre os quais a superação dos esquemas socioeconômicos feudais, o surgimento dos estados modernos, a reforma protestante, a descoberta de novas fontes de energia, a ampliação do comércio, o surgimento e a ascensão de novas classes sociais (burguesia) e o advento do pensamento filosófico iluminista vinculado ao primado da razão.^{26 27}

alcance universal, independentemente do conteúdo com que seja preenchida”, mas acrescenta que “os políticos e juristas da Antiguidade não a contemplaram em termos comparáveis aos do Estado moderno (...). Na Grécia, por exemplo, se Aristóteles procede ao estudo de diferentes Constituições de Cidades-Estados, não avulta o sentido normativo de ordem de liberdade” (Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 323).” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; ob. cit., nota de rodapé n. 3, p. 2481).

²⁴ “Embora a noção de constituição, compreendida em sentido material, ou seja, como o modo de organização da sociedade política, seja bem mais antiga, o fato é que a ideia de uma constituição formal, no sentido de uma constituição jurídica ou normativa, portanto, como expressão de um poder constituinte formal, encontrou sua afirmação (teórica e prática) apenas a partir do final do século XVIII. É precisamente nessa perspectiva que já se afirmou que o fato de cada unidade política estar em uma constituição (ou ser uma constituição) não significa que ela de fato tenha uma constituição (formal, no sentido de uma constituição normativa), de tal sorte que o termo constituição cobre ambas as realidades que, contudo, não são equivalentes em toda a sua extensão, visto que na primeira acepção (que coincide com a de constituição material) se trata de um conceito empírico ou descritivo de constituição, ao passo que no segundo sentido cuida-se de um conceito normativo ou prescritivo de Constituição.” (SARLET, Ingo Wolfgang et al., ob. cit., p. 41).

²⁵ “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas. Exemplo inequívoco é o fornecido pelas múltiplas ditaduras latino-americanas dos últimos quarenta anos. Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários.” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 9ª. Edição, p. 33).

²⁶ Como ressaltado em outra publicação: “A transição entre a sociedade feudal e o mundo moderno foi forjada por fatores e circunstâncias de diversas causas e origens. A superação dos mitos e das explicações de base religiosa ou transcendental para o esquema social feudal até então vigente apenas foi possível a partir do ataque racional e sistemático, processado ao longo de duzentos anos, aos dogmas seculares até então consagrados. No curso deste processo histórico sempre esteve presente a preocupação com o homem e com a forma de sua inserção no mundo: o homem racional e idealmente considerado, protegido

Mas é preciso ressaltar que, mesmo com a nova concepção que foi construída, fundamentalmente, a partir dos movimentos revolucionários francês e norte-americano, que, em alguma medida, repristinaram fração da experiência clássica greco-romana, a noção de Constituição como norma suprema das ordens estatais demorou a ser reconhecida e isso por força das razões e objetivos que presidiram a superação dos regimes monárquicos antecedentes e que estavam, essencialmente, ligados à contenção do poder político e à afirmação das liberdades públicas, ao mesmo

contra a violência, o aviltamento e a exploração. Sem a conjunção desses múltiplos fatores ideais e reais, dificilmente seriam alcançados os “saltos de qualidade” que se fizeram presentes nos modelos de organização social que ensejaram a construção das sucessivas dimensões de direitos humanos a partir do século XVIII. Para além de quaisquer convicções de ordem política, filosófica ou religiosa, ou mesmo de condições de tempo ou espaço, contudo, é certo que os seres humanos, em todos os tempos e locais, são os únicos entes no mundo “capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. Editora Saraiva. São Paulo, 3ª. Edição, 2004). São todos os homens, por tais características singulares, merecedores de igual respeito e destinatários da mesma dignidade, independentemente de eventuais diferenças biológicas ou culturais.” (RODRIGUES, Douglas Alencar. Direitos Sociais e Efetividade: As Ações Cíveis Públicas na Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr Editora, 2018, p.).

²⁷ “Com a ascensão das correntes filosóficas que iriam forjar o ambiente do Iluminismo – com destaque para os escritos de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant –, a legitimação e o exercício do poder foram enquadrados em esquemas racionalistas, de modo que, especialmente a partir do século XVIII, algumas das consequências desse movimento já se mostravam claras no cenário jurídico e político europeu, inclusive migrando para o cenário das colônias inglesas na América, em que acabou eclodindo o processo que levou ao surgimento das primeiras constituições escritas no sentido moderno do termo. Dentre tantos outros aspectos dignos de nota, enfatiza-se aqui a afirmação do primado da lei em detrimento do costume como fonte do direito (movimento de codificação), além da alteração da concepção até então vigente de soberania, como centrada na figura do príncipe, para um conceito de soberania nacional, onde a lei era concebida como a expressão máxima da vontade geral. Com o incremento do capitalismo como modo de produção, primeiramente com o incremento e expansão das relações comerciais a partir do final da Idade Média, e depois por via de seu modelo industrial oriundo da revolução econômica na Inglaterra, a burguesia revela-se como o setor mais avançado e dinâmico da sociedade, avultando, cada vez mais, o contraste entre sua posição econômica e a ausência de sua participação no poder político. Assim, inevitável o choque de interesses, findando na eclosão de movimentos revolucionários que iriam contestar os privilégios da monarquia do antigo regime, inclusive em termos de movimentos de secessão por parte das colônias, não apenas nos Estados Unidos (1776-1783) e na França (1789- 1799) – seguramente as duas mais importantes para o constitucionalismo –, mas também na Irlanda (1783-1784), na Bélgica (1787-1790), na Holanda (1783-1787) e, inclusive, na Inglaterra (1779), que já havia passado por um período de intensa agitação político-institucional, inclusive por uma guerra civil, ao longo do século XVII.” (SARLET, Ingo Wolfgang et all, ob. cit., p. 42/44).

tempo em que se projetava no povo a titularidade da soberania²⁸, cuja vontade era revelada a partir dos parlamentos, com a edição das leis.²⁹

Nesse novo contexto, em face da supremacia da lei e consequente supremacia do Parlamento, a noção contemporânea de predomínio da Constituição jamais poderia ser proposta e admitida, sendo impensável, por conseguinte, falar-se em controle de constitucionalidade das leis.³⁰

Na experiência francesa, por exemplo, na esteira dos movimentos de codificação deflagrados a partir do Código Civil de Napoleão de 1804, era inadmissível conceber-se qualquer poder aos juízes, que não a aplicação direta e objetiva, quase mecanicista, das prescrições legais.³¹

²⁸ “Na Europa, a Revolução Francesa havia assumido a tarefa de superar todo o regime político e social do Antigo Regime. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. (...) Sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição. O Parlamento passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo, e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade, que não encontravam amparo adequado sob o regime monárquico absolutista. (...). A vontade do Parlamento tinha de prevalecer e ser preservada. Daí o enorme prestígio do órgão, com a sua efetiva supremacia sobre os demais poderes. A lei, assim, se define e ganha a sua força tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; ob. cit., p. 66/68).

²⁹ “Naquele novo contexto, as atenções se voltaram, essencialmente, para dois objetivos claros e bem definidos: a contenção do arbítrio estatal em face dos cidadãos, característica típica do regime monárquico então superado, e o fim dos privilégios de castas ou estamentos sociais. Sob o signo da liberdade, não deveria existir espaço para a intervenção do poder público na vida dos cidadãos, garantindo-se todo o poder à autonomia da vontade na esfera das relações privadas. A noção da igualdade de todos perante a lei foi elevada à categoria de dogma, inexistindo razão que pudesse justificar a concessão legal de tratamentos diferenciados aos cidadãos, então libertos dos grilhões impostos pelo regime monárquico e estamental. Superado o regime monárquico-absolutista, o postulado da legalidade assumiu duplo significado: um positivo, aplicável ao Poder Público, que apenas estaria autorizado a agir nos limites expressamente demarcados pela lei; outro negativo, direcionado à esfera das relações privadas, segundo o qual os indivíduos deveriam fruir total liberdade, contratando seus negócios de igual para igual com seus semelhantes, salvo havendo vedação legal expressa. A lei, votada e produzida pelo Parlamento composto por representantes eleitos pelo povo, seria a mais pura expressão da razão humana, atendendo aos anseios de todos por justiça e equidade. A noção do justo estava assentada no conteúdo da lei, na liberdade de contratar e na concepção da igualdade formal entre as partes, estando as relações privadas imunes a quaisquer espécies de controle estatal, salvo quando necessário para fazer valor as normas jurídicas e os contratos celebrados sem vícios de vontade.” (RODRIGUES, Douglas Alencar. A Autonomia Negocial da Vontade e Negociabilidade Jurídica nas Relações Assimétricas de Trabalho. Análise Comparada da legislação em Portugal e no Brasil. In. PADILHA, Robson Ochiai; RODRIGUES, Douglas Alencar; org. Lisboa: Legit Edições, 2019, p. 45/46).

³⁰ “Inconcebível, naquele período, a tentativa de reprimir a lei, o que se consideraria, certamente, uma atividade subversiva e inadequada. Inimaginável, pois, no momento inicial de consagração da lei escrita como fonte das fontes, a criação de um Tribunal Constitucional. O magistrado nada mais era do que, nas palavras clássicas de MONTESQUIEU (...), *‘bouche qui prononce les paroles de la loi’*.” (TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42).

³¹ Como recorda GONET: “A supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis. Além disso, os revolucionários franceses devotavam especial desconfiança aos juízes, vistos como adversários potenciais da Revolução. (...) Era impensável que se postulasse perante uma corte de justiça a efetividade de um cânone constitucional; ao juiz não cabia censurar um ato do parlamento. (...). Uma manifestação expressiva disso é a criação, na França, do instrumento do *référé législatif*, por uma lei de 1790, somente abolida em 1837. Por meio do *référé législatif*, remetia-se ao Legislativo a interpretação de

No modelo inglês, a noção de supremacia do Parlamento assumiu ainda maior expressão, na medida em que o processo constitucionalista inglês, voltado à ordenação e controle do poder político, foi resultado de vários séculos de construções e disputas políticas, desde a embrionária Magna Carta de 1215 até a edição das Leis Constitucionais do Século XVII.³²

Ainda que se reconheça que a Revolução Gloriosa de 1688 e que levou à deposição de James II seja o ponto de culminância desse rico processo histórico, é preciso ressaltar a singularidade da experiência inglesa, na qual, até o presente, não se fez necessária a existência de um documento constitucional escrito.³³

1.2. A supremacia da forma constitucional na experiência seminal norte-americana

Foi com a experiência norte-americana que a noção de supremacia da Constituição se revelou, com força, brilho e nitidez. Para justificar essa

um texto obscuro de alguma lei. (...). O controle judicial de constitucionalidade das leis seria, nessa conjuntura, tão teratológico que nem sequer se estimou necessária a sua proibição específica, bastando a vedação genérica, imposta em outros preceitos normativos e de constituições da época, a que o juiz deixasse, por qualquer A supremacia do Parlamento não era, portanto, passível de contraste. (...). Comprometia-se, assim, a noção de Constituição como instrumento com valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para aferição da validade jurídica dos atos dos poderes públicos. (...). A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva e, portanto, com valor jurídico de menor tomo perdurou por bom motivo, de conferir aplicação às leis.” (Gonet, ob. cit., p. 69/70).

³² TAVARES bem descreve essa diferenciação: “A Inglaterra, diferentemente da França, não buscava desfazer o sistema antigo e fundar um novo, mas tão-somente preservar o sistema com o necessário ajuste às novas demandas por Justiça. JORGE MIRANDA afirma que ‘O que distingue, sobretudo, a Revolução inglesa de 1688 (*Glorius Revolution*) da que um século mais tarde ensanguentaria a França está em que aquela se insere numa linha de continuidade, ao passo que a francesa tenta reconstruir a arquitetura toda do Estado desde o começo. A Revolução inglesa, na linha das primeiras cartas de direitos, não pretende senão confirmar, consagrar, reforçar direitos, garantias e privilégios. A Revolução francesa destrói o que vem a encontrar para estabelecer outros, de novo.’” (...). É possível afirmar que a Inglaterra, a despeito de ter sido inovadora no acabamento de um texto constitucional, nunca criou uma Constituição escrita no modelo difundido a partir dos Estados Unidos, sendo certo que seus institutos de natureza constitucional permanecem assentados em tradições e costumes do povo.” (TAVARES, ob. cit., p. 8/9).

³³ “Fruto de longo amadurecimento histórico, o modelo institucional inglês estabeleceu-se sobre raízes tão profundas que pôde prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional. Embora a Revolução Inglesa não tenha tido o tom épico e a ambição de propósitos da Revolução Francesa, o modelo inglês projetou sua influência sobre diferentes partes do mundo, diretamente ou indiretamente (através dos Estados Unidos). (...). A Constituição inglesa, portanto, é produto de longo desenvolvimento histórico, tendo lastro nas (i) convenções e nas (ii) leis constitucionais. As convenções são práticas consolidadas ao longo dos séculos no exercício do poder político, incluindo sua organização e a repartição de competências. Os papéis desempenhados pelo Primeiro-Ministro, pelo Gabinete e pelo Monarca, por exemplo, são fruto de convenções. Já as leis constitucionais são atos do Parlamento e têm natureza constitucional não em razão da forma de votação, mas do seu conteúdo, por lidarem com matérias afetas ao poder político e aos direitos fundamentais. Já se fez menção às mais conhecidas delas – a *Magna Charta*, a *Petição de Direitos* e a *Declaração de Direitos*.” (BARROSO, ob. cit., p. 38).

afirmação, faz-se necessário examinar o contexto histórico que ensejou a construção dessa importante ideia, que permanece vigente há mais de 200 anos.

Superado o processo de independência em relação à Inglaterra, cuja origem remonta ao fim da Guerra dos Sete Anos³⁴, com a edição da Declaração de 1776, assistiu-se ao surgimento inicial da Confederação Norte-Americana, cujos estados, reconhecidamente autônomos e independentes, foram estimulados a produzir seus próprios documentos constitucionais.³⁵ E, apesar da concepção inglesa da supremacia do Parlamento, que restou consolidada no processo revolucionário concluído em 1689, a ideia de prevalência ou hierarquia de normas parece mesmo originária da experiência insular inglesa³⁶, tanto que era praticada ativamente por suas colônias, inclusive como efeito natural da própria vinculação e submissão às “leis da metrópole”.³⁷

³⁴ Resultado de conflitos territoriais e interesses econômicos de amplo espectro, a Guerra dos Sete Anos envolveu as potências europeias que mantinham grandes áreas coloniais, encerrando-se com a vitória da Inglaterra e seus aliados. Por efeito desse conflito, a Inglaterra pretendeu impor novos tributos a seus colonos na América, inicialmente por meio do denominado *Stamp Act* (1765) e posteriormente com o *Townshend Acts* (1767 e 1768) e o *Tea Act* (1773), desencadeando insatisfações que, estimuladas por outros eventos – entre eles o Massacre de Boston (1770) e a transferência de terras à colônia de Quebec (permitindo a manutenção do civil law e a tolerância com a religião católica) - culminaram na convocação do Primeiro Congresso Continental (1774) e deflagração do processo revolucionário norte-americano.

³⁵ Examinando aquele cenário histórico, BARROSO relembra que o Segundo Congresso Continental, que funcionou entre 1775 e 1788, foi o espaço central para a definição das estratégias adotadas para a luta pela independência: “Ali deliberou-se a constituição de um exército organizado, cujo comando foi entregue a George Washington; as ex-colônias foram estimuladas a adotar constituições escritas; e designou-se uma comissão para elaborar a Declaração de Independência, cujo principal redator foi Thomas Jefferson. Assinada em 4 de julho de 1776 pelos membros do Congresso, esse documento é considerado um marco na história das ideias políticas, passando a simbolizar a independência das treze colônias americanas, ainda como Estados distintos.” (BARROSO, ob. cit., p. 40).

³⁶ Cabe reprisar a referência feita por BARROSO, em nota de rodapé de número 799 de seu Curso de direito constitucional contemporâneo, segundo a qual: “Para uma minuciosa revisão das origens históricas do *judicial review*, v. Mary Bilder, *The corporate origins of judicial review. The Yale Law Journal* 116:502, 2006-2007, p. 504: “(...) O controle judicial de constitucionalidade surgiu de uma tradicional prática inglesa em que o regulamento de uma empresa submetia-se a um controle de compatibilidade com as leis da Inglaterra. Esse direito empresarial inglês subsequentemente se tornou uma constituição transatlântica obrigando o direito colonial a um padrão similar de conformação com as leis da Inglaterra. Depois da revolução, essa prática de uma legislação limitada transformou-se inexoravelmente em uma prática constitucional, quando a ‘Constituição’ substituiu as ‘Leis da Inglaterra’” (BARROSO, ob. cit., p. 691).

³⁷ Como recorda TAVARES, “Pode-se afirmar que a supremacia de uma lei em face de outra, ou de uma categoria do Direito em face de outra, encontrou sua origem próxima na Inglaterra do início do século XVII. Sobre as origens atuais do constitucionalismo, CAPPELLETTI (...) confirma a importância da doutrina inglesa de Sir EDWARD COKE, sobre a superioridade do *common law* em relação ao *statutory law*, bem como sobre a autoridade do juiz para mantê-la. Tal posição foi definitivamente afastada após a Revolução de 1688, prevalecendo a orientação inversa, da supremacia do Parlamento. (...). Nas colônias britânicas pré-independência vigorava a superioridade das leis da metrópole, de maneira que as noções de superioridade e dever de obediência já eram amplamente aceitas. (...) É compreensível, pois, que por ocasião da independência, em 1776, as ex-colônias preservassem a ideia que é essência do fenômeno: as antigas Cartas do Reino deveriam ser substituídas por uma Carta ou Lei Fundamental dos novos estados

No que toca ao Poder Judiciário, as normas da Constituição foram vagas e obscuras, não existindo regra específica acerca do poder de revisão judicial ou de controle de constitucionalidade. Essa realidade, longe de representar vício no labor dos construtores daquele documento, apenas objetivou garantir, pela generalidade e vagueza das disposições, a máxima adesão dos estados confederados. Havia apenas uma previsão genérica de exercício da jurisdição nos casos em que debatidas as leis norte-americanas e os tratados, dela se extraindo a possibilidade do referido controle judicial.³⁸ Posteriormente, com a edição do *Judiciary Act*, em 1789, sobreveio a previsão de que os juízes da Suprema Corte poderiam rever julgados dos demais tribunais federais e estaduais, em determinadas condições normativas, envolvendo a validade de leis federais e tratados.³⁹

Como resultado dessa compreensão hierárquico-normativa e da necessidade de (re)organização dos novos estados independentes da América, logo surgiram decisões dos tribunais norte-americanos em defesa de suas Constituições estaduais em face de leis produzidas no âmbito dos próprios estados.

Embora a história constitucional faça referência ao celebrado caso *Marbury versus Madison*, diversos precedentes de tribunais estaduais já haviam

independentes, cuja observância e aplicação dar-se-ia nos mesmos termos até então existentes.” (TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional, ob. cit., p. 50/51).

³⁸ No artigo VI da Constituição norte-americana, constou: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.” (Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em 13 abr 2022).

³⁹ “Section 25. And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute.” Disponível em: <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=208>. Acesso em 13 abr 2022.

abraçado essa mesma orientação de supremacia da Constituição,⁴⁰ gerando surpresas e questionamentos que encontraram posterior justificação no Federalista 78, redigido por Alexander Hamilton, em defesa da independência do Poder Judiciário como condição para a garantia da própria Constituição⁴¹, no contexto do processo seguinte de transição da Confederação para a Federação.⁴²

⁴⁰ São exemplos de decisões precursoras do *Judicial Review*: *Holmes v. Walton* (Nova Jersey, 1780); *Commonwelth v. Caton* (Virginia, 1782); *Rutgers v. Waddington* (Nova York, 1784); *Trevitt v. Weedon* (Rhode Island, 1786) e *Bayard v. Singleton* (Carolina do Norte, 1787). Ver TAVARES, ob. cit., p. 52; PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. O Direito Processual Constitucional e a Efetividade dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017, p. 12, nota de rodapé n. 32. É preciso notar, porém, a existência de alguma polêmica a respeito do significado real desses julgados. PAIXÃO e BIGLIAZZI, por exemplo, ponderam que havia grande confusão acerca do papel e significado da Constituição, cuja relevância era reconhecida, mas não muito bem entendida, tanto que não vinculava o Poder Legislativo, prevalecendo a noção de que a defesa da liberdade se faria por meio de eleições periódicas e constante vigilância dos corpos legislativos; além disso, a admissão do *judicial review* esbarrava na grande aversão dos cidadãos ao Poder Judiciário, fruto da crescente complexidade do *common law*, o que poderia afastar a possibilidade de controle público dos atos judiciais e abriria espaço para a manipulação do conteúdo das leis pelos profissionais afeiçoados aos jargões jurídicos. Remarcam, ainda, que alguns desses julgados estaduais foram ambíguos, a exemplo do caso *Rutgers v. Waddington*, em que o autor dos fundamentos da decisão, o *Chief Justice* James Duane, enfatizou a supremacia do Parlamento, ressaltando que o Poder Judiciário poderia em determinados casos restaurar a intenção original do legislador, invocando a equidade. (Cf. PAIXÃO; BIGLIAZZI, ob. cit., p. 152/166).

⁴¹ “Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. As this doctrine is of great importance in all the American constitutions, a brief discussion of the grounds on which it rests cannot be unacceptable. There is no position which depends on clearer principles than that every act of delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. (...) The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judge as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.” (The Federalist papers reader. Washington D.C., edited by Frederick Quinn, 1993, p. 164).

⁴² Como se sabe, a Declaração de Independência de 1776 transformou as 13 colônias em 13 Estados independentes, formando-se a Confederação, cujo estatuto – *Articles of Confederation* – foi aprovado em 1778 e ratificado em 1781. Relembra BARROSO que “Essa união mostrou-se frágil e incapaz de enfrentar os desafios da consolidação das novas nações independentes e de impedir a competição predatória entre elas. Não se previu a criação de um Executivo central nem de um Judiciário federal. Além disso, o Congresso não tinha poderes para instituir tributos nem regular o comércio entre os Estados. A insatisfatoriedade da fórmula adotada era patente e justamente para revê-la foi convocada uma convenção, que se reuniu na Filadélfia a partir de 14 de maio de 1787. (...) Os delegados de doze dos Estados (Rhode Island não enviou representantes) iniciaram os trabalhos e logo abandonaram o projeto de revisão dos Artigos da Confederação, convertendo-se em Convenção Constitucional. Dentre seus membros, algumas lideranças destacadas, como George Washington, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton e James Madison, um dos mais influentes autores do documento, que viria a tornar-se o quarto Presidente dos Estados Unidos (1809-1817). Em 17 de setembro de 1787 o texto foi aprovado pela Convenção e estava pronto para ser submetido à ratificação dos Estados. A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade⁵³ e na supremacia da lei (rule of law). Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos

Como se sabe, a Declaração de Independência de 1776 esteve apoiada, inicialmente, na afirmação da soberania popular, que deveria se sobrepôr a qualquer tirania ou violação de direitos do homem, garantindo-se também o direito de auto-ordenação por uma constituição. Para realizar o objetivo de fundação da nova nação, seria necessário organizar no texto constitucional o modelo institucional que garantisse a representação equilibrada de todos os interesses, de forma tal que nenhum deles se sobrepusesse aos demais. A ideia de liberdade e de soberania popular, no contexto de ruptura com o modelo monárquico inglês, impunha o respeito a todos os grupos políticos como condição para a própria instalação do regime democrático.

Para assegurar esse objetivo, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, importantes atores na luta pela independência, fizeram publicar artigos na imprensa de Nova York, que foram posteriormente compilados sob o título “O Federalista”, com os quais defendiam um novo modelo de organização sócio-política, que traria maiores vantagens econômicas e administrativas do que o regime confederado inicialmente adotado. A adesão ao governo centralizado teria por pressuposto a consagração de uma pauta de “desejos permanentes e coletivos da sociedade”, que seriam defendidos contra investidas episódicas de facções determinadas, eventualmente instaladas no legislativo, a partir dos princípios fundamentais inscritos na Carta Política e que deveriam figurar como balizas condicionantes do exercício legítimo dos demais poderes constituídos.

Desse modo, a solução controvertida para combater eventuais rupturas dos limites fundacionais do pacto federalista envolvia a busca do Poder Judiciário, a quem competia anular os atos assim praticados, de forma tal que seria preservada a vontade do constituinte originário.⁴³

A solução alvitada e inscrita na Constituição norte-americana, todavia, jamais foi considerada como uma ameaça aos demais poderes ou mesmo ao sistema político representativo, tanto que, na dicção de Alexander Hamilton, “o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da constituição”.⁴⁴

Estados – que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências – concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual.”(ob. cit., p. 41).

⁴³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984, p. 580-583.

⁴⁴ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be

Sob as bases da soberania popular e do constitucionalismo, o modelo norte-americano não foi capaz de antecipar, com clareza, objetividade e segurança, qual seria o papel futuro dos juízes, mas a possibilidade do “judicial review” foi consagrada como uma de suas características essenciais. Essa relação de permanente tensão entre a democracia e o constitucionalismo, considerada um autêntico paradoxo, seria capaz de explicar o próprio fortalecimento da Suprema Corte daquele país.⁴⁵

Muitas são as propostas teórico-doutrinárias destinadas à explicação do modelo norte-americano, sob a perspectiva desse equilíbrio entre vetores aparentemente contraditórios – democracia e constitucionalismo, mas que poderiam ser considerados, em essência, complementares, a partir de outro nível de compreensão. Se a democracia não se exaure ou se limita à simples investidura e sucessão periódica de representantes eleitos, antes encontrando seu fundamento central na vontade do povo, caberia aos cidadãos, no exercício do “constitucionalismo patriótico”, participar ativamente da construção do sentido da ordem jurídica. Sob essa perspectiva, a Constituição, sempre submetida ao processo histórico, não seria a fonte de direitos, mas, sim, a vontade popular, que deveria se fazer ouvir em momentos de grande relevância ou em que postuladas transformações fundamentais do sistema. As novas aspirações do povo, nesse cenário, haveriam de ser consideradas pelos órgãos da soberania,

the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honours, but holds the sword of the community; the legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated; the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments. This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power;* that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter: I mean, so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the executive.” HAMILTON, Alexander. The Federalist, n.º 78. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The federalist. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/title/jay-the-federalist-gideon-ed>>. Acesso em: 12 abr 2022.

⁴⁵ A história norte-americana registra o episódio referido como “Court Packing”, quando a população, a despeito de não apoiar decisões judiciais que anularam leis editadas no contexto do “New Deal”, concedeu apoio à Suprema Corte contra a proposta do Presidente Franklin Roosevelt que buscava combater o suposto ativismo do tribunal (MCCLOSKEY, Robert G. The american Supreme Court. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (kindle - posição 202/5399).

especialmente a Suprema Corte, com revisão de sua identidade política e adequação aos novos e legítimos anseios da população.⁴⁶

Mas, para além dessa rica e intrigante polêmica, e retomando o ponto anterior da fundação do modelo de controle de constitucionalidade, é certo que, a partir do arranjo inscrito na Carta Política, estava pavimentado o caminho teórico para a manifestação da Suprema Corte norte-americana no já referido caso *Marbury v. Madison*, cuja origem remonta à eleição norte-americana de 1800, vencida pelos republicanos, com Thomas Jefferson à frente. Pela relevância histórica desse precedente, cabe, ainda que brevemente, revisitar a sequência dos fatos e do raciocínio jurídico que foi produzido por John Marshall.

No início de 1801, a maioria congressual federalista, ainda sob a gestão de John Adams, fez editar lei – referida como “Midnight Judges Act” ou “*midnight appointment*” – que previa a nomeação de 42 juízes de paz para os Distritos de Columbia e Alexandria, cujos nomes foram aprovados em 3 de março de 1801, ou seja, na véspera da posse do novo presidente democrata. O propósito claro com as nomeações desses juízes era o de manter a influência republicana, com a ocupação de cargos considerados estratégicos no Poder Judiciário.

Embora devidamente assinados pelo Presidente, a eficácia dos atos de investidura estava condicionada às respectivas entregas aos nomeados, o que deveria ser feito pelo Secretário de Estado, à época, John Marshall. Embora tenha permanecido como Secretário de Estado até o final do mandato de Adams, Marshall havia sido indicado Presidente da Suprema Corte, prestando o compromisso em 4 de fevereiro daquele ano.

Como era previsível, em face da exiguidade de tempo, nem todos os atos de investidura foram entregues aos nomeados e o novo Secretário de Estado, James Madison, estimulado pelo Presidente Jefferson, recusou-se a dar continuidade àqueles processos, que eram essenciais à investidura dos novos juízes.

Entre os nomeados que haviam sido preteridos figurava William Marbury, que não hesitou em bater às portas da Suprema Corte, para exigir sua investidura, com a entrega do ato correspondente e a via processual eleita foi o *writ of mandamus*, instrumento processual previsto no *Judiciary Act*, editado pelo Congresso em 1789.

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12-17e 169-176.

No contexto da transição de poder então vivenciada, o novo Congresso, agora com maioria democrata, manobrou para revogar o “*Midnight Judges Act*”, o que ocorreu em julho de 1802, além de criar diversas dificuldades para que a Suprema Corte pudesse realizar suas sessões.

Havia, ainda, ameaças de diferentes naturezas, entre as quais a de que eventual ordem para entrega dos atos de nomeação não seria cumprida e o próprio risco de instauração de processos de impeachment contra os juízes da Suprema Corte, tal como havia ocorrido em relação a Samuel Chase, juiz da Suprema Corte, ainda em 1802.⁴⁷

Naquele quadro político complexo e delicado, todas as atenções se voltaram para o desfecho que seria atribuído ao caso. E a genialidade de Marshall se fez presente: ao proferir sua decisão, assentou, como autêntico “*obiter dictum*”, que o direito postulado por Marbury era legítimo, configurando-se o direito adquirido - “*vested legal right*”, uma vez que havia sido regularmente aprovada a indicação pelo Senado norte-americano.

Assentada a premissa do direito legítimo e adquirido, Marshall avançou para afirmar a necessidade de existência de um instrumento processual capaz de fazer valer aquele direito, ressaltando que apenas estariam imunes ao controle judicial os atos do Poder Público que fossem estritamente políticos e aqueles que a ordem jurídica delegasse à discricção do Poder Executivo.

Na sequência, passou a examinar se o *writ of mandamus* impetrado por William Marbury seria adequado ao caso e se a Suprema Corte poderia examiná-lo. Em seu bem elaborado raciocínio, Marshall considerou que a competência originária da Suprema Corte havia sido delimitada na Seção 2 do artigo III da Constituição, não podendo o Congresso Nacional, por meio do *Judiciary Act* de 1789 (em cujo § 13 fora previsto o *writ of mandamus*), tê-la alterado. Entendeu, então, que havia um claro conflito entre a regra constitucional a norma legal produzida pelo

⁴⁷ Como recorda BRANCO, além da manipulação do calendário das sessões da Suprema Corte, encetada pelo Congresso com maioria democrata, “Jefferson tomou como prioridade do início da sua gestão a derrubada da Lei do Judiciário, aprovada há pouco pelo Congresso federalista. Em julho de 1802, é editada nova lei, repudiando a Lei do Judiciário, o que deixou os federalistas em estado de choque. Com a nova legislação, todos os nomeados pelo governo Adams para os importantes cargos nos tribunais federais perderam o emprego, e os juízes da Suprema Corte deveriam voltar a viajar pelo país, julgando apelações em casos de interesse federal. Um juiz da Suprema Corte, Samuel Chase, chegou a conclamar que os seus colegas se recusassem a participar desses julgamentos. Os magistrados, porém, não o seguiram. Chase chegou a sofrer um processo de impeachment, de que se livrou apenas porque o processo demorou a ser concluído no Congresso Nacional e novas conjunturas políticas.” (BRANCO, ob. cit., p. 77).

Congresso, disso resultando a necessidade lógica de afirmação do postulado da supremacia da Constituição, segundo o qual todas as demais espécies normativas devem guardar coerência e, mais do que isso, reverência para com a ordem fundamental, sob pena de nulidade; do contrário, as Constituições representariam tentativas vãs de contenção do poder político, um poder incontrolável por natureza, que poderia alterar, segundo sua livre discricionariedade, as regras fundamentais e fundacionais da comunidade política.⁴⁸

A decisão proferida no case *Marbury v. Madison* representa, inegavelmente, o ponto seminal de afirmação do controle difuso de constitucionalidade, inaugurando o *Judicial Review* e a competência última do Poder Judiciário para fixar o conteúdo (sentido e alcance) das normas da Constituição.⁴⁹

Mas é fato que a noção de democracia, fundada na soberania popular, sugere mesmo algum grau de oposição com a ideia de constitucionalismo, enquanto mecanismo de balizamento e, mais que isso, de contenção do poder político. Essa perspectiva “dual” abraçada pelo sistema norte-americano, consagrando ideais aparentemente opostos, sugere a possibilidade de permanente reconstrução do próprio sentido da ordem jurídica, por meio de um processo dialético de que participam todos os interessados, na perspectiva da revisão ou atualização dos valores prevaletentes em determinados momentos históricos.

A rigor, a possibilidade de revisão do “sentido original” do texto constitucional permite que as gerações futuras não se sintam aprisionadas às visões de mundo daqueles que as precederam, superando-se o paradoxo antidemocrático

⁴⁸ “Marshall claimed that the question of whether a federal statute contrary to constitutional provisions could be the law of the land was ‘not of an intricacy proportioned to its interest’. Marshall believed that the people of the nation had the right to establish binding, enforceable principles for the governing of society. While the people might have ratified a Constitution that created a government of general powers, they chose instead a constitution that created one of defined and limited powers. There could be, in Marshall’s view, no middle ground between these types of government. That left the Court the choice either to declare the Constitution to be the superior and binding law, or to allow the legislature to be an entity of unlimited powers. The fact that the people chose a written constitution with fundamental principles to bind the government in the future was evidence that the Constitution should be the superior and binding law. If the constitution was the superior law, then an act repugnant to it must be invalid” (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Principles of constitutional law*, p. 4).

⁴⁹ “Em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte, pela primeira vez, afirmou o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, consagrando o controle difuso de constitucionalidade. É certo que, muito tempo antes disso, houve mostras da necessidade de controle judicial da legitimidade das leis. Entretanto, é inegável que o precedente devido a Marshall teve o grande mérito de demonstrar a supremacia da Constituição sobre as leis, atribuindo-lhe caráter de rigidez. Com a noção de Constituição rígida desperta o sistema contemporâneo de controle judicial da constitucionalidade das leis, umas das expressões mais importantes do moderno constitucionalismo.” (SARLET, ob. cit., p. 1.002/1.003).

da supressão da liberdade de escolha dos cursos de ação e dos valores que desejam professar.

O papel do Poder Judiciário, nesse cenário, seria o de garantir o acesso e a participação da cidadania pelos canais de manifestação institucionalizados e de assegurar que o processo democrático de tomada de decisões seja respeitado, de modo a permitir que cada geração defina, soberanamente, as bases axiológicas sobre as quais se estruturará.⁵⁰

Como resultado do percurso histórico objeto desse tópico inicial, ressaltaram-se, em um primeiro momento, as novidades das Constituições escritas e, em seguida, a consagração das noções modernas da supremacia da Constituição e, por consequência, da jurisdição constitucional - o *judicial review*. A adequação desse sistema singular de defesa da Constituição, a cargo de órgãos do Poder Judiciário, no entanto, ainda seria alvo de questionamentos vários, gerando respostas que indicaram a concepção de outro modelo, o continental europeu, que será examinado em seguida.

1.3. A perspectiva europeia do controle de constitucionalidade: a matriz kelseniana do tribunal constitucional.

A consagração da noção central de supremacia da Constituição, formalmente inaugurada em 1803 na experiência constitucional norte-americana, objeto do rumoroso caso *Marbury v. Madison*, não recebeu a adesão

⁵⁰ A partir dessa anotação, cabe mencionar a disputa contemporânea entre leituras “substancialistas” e “procedimentalistas” das constituições analíticas e dirigentes, sobretudo em países da “modernidade tardia”, como é o caso do Brasil. Os primeiros valorizam o conteúdo substancial das normas fundamentais, às quais caberia um papel diretivo ou dirigente, não apenas condicionando a edição de leis vinculadas e destinadas à realização do projeto constitucional, como também constringendo a atuação do Poder Judiciário, com limitação significativa da liberdade decisória dos agentes da política (Tribe, *Constitutional Choices*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 3/28; Mauro Cappelletti, *Juizes Legisladores?* trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimp. de 1999, p. 40/42, 73/81 e 92/107). Os “procedimentalistas”, a seu turno, conferem maior ênfase à função instrumental da Constituição, comprometida, fundamentalmente, com a defesa dos instrumentos de participação e deliberação no regime democrático, prestigiando-se a liberdade política que é constitutiva e essencial à própria concepção democrática. Embora sem negar a presença de elementos substantivos nesse processo, ponderam que sua relevância é secundária, não condicionando o processo propriamente dito, pois cabe a cada geração edificar as bases axiológicas sobre as quais serão estruturadas suas relações de vida (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University, 1995, 11ª ed., p. 88 e seguintes).

imediate dos países centrais da Europa, a despeito de sua singular relevância no universo político.⁵¹

Apenas um século depois do julgamento do caso *Marbury v. Madison* e após o fim da Primeira Guerra Mundial, em 1920, surgiu na Áustria a primeira e nova experiência compromissária com essa noção de supremacia constitucional, fruto da genialidade de Hans Kelsen.⁵²

No modelo que foi por ele idealizado, entretanto, não havia qualquer possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário recusar aplicação às leis. De fato, a experiência continental europeia, inaugurada a partir dos anos 20 do Século passado e que recebeu largo impulso em nível mundial com a adesão alemã em 1951⁵³,

⁵¹ Nesse sentido, TAVARES recorda que “(...) a ideia de supremacia constitucional não se implementou concomitantemente na América e na Europa (FRIEDRICH, 1946: 220; RAMOS: 2000: 32). Após um momento inicial de nulidade das leis inconstitucionais, a tese: ‘(...) irá perecer na Europa por causa dos ataques concentrados da direita e da esquerda. Pela direita, porque nesse momento da Restauração monárquica consagra-se o chamado princípio monárquico... que faz do monarca uma fonte pré-constitucional do poder, e da Constituição... pouco mais que retórica em sua parte dogmática. E, de outra parte, pela esquerda; esquerda hegeliana, por meio de Ferdinand Lassale em sua famosa palestra em Berlim de 1862... esta desvalorização... é a que a esquerda irá manter por meio das formulações marxistas, que excluem também todo valor específico da Constituição como norma suprema.’ (ENTERRIA, 1983: 130)”. (TAVARES, Teoria da Justiça Constitucional, ob. cit., p. 53). Nesse mesmo sentido, SARLET explica que “Na Europa continental do final do século XVIII, o princípio da separação dos poderes foi compreendido como limitação dos poderes do rei e dos juízes em favor do parlamento. Na França, além das contingências históricas que levaram os juízes a serem vistos com desconfiança, teve grande repercussão a obra de Rousseau, que concebeu o parlamento como depositário da soberania nacional, a refletir a vontade geral dos indivíduos nele representados, e, por consequência, como órgão não suscetível a limitações e controle da parte de sujeitos sem legitimidade democrática. Ademais, naquela época não se vislumbrava, com nitidez, a noção de Constituição rígida, e, assim, a ideia de que os atos do parlamento têm a sua legitimidade condicionada ao conteúdo da lei maior, a justificar mecanismos de controle da constitucionalidade das leis.” (SARLET et al, ob. cit., p. 1.007).

⁵² Kelsen assim descreve o cenário que levou à criação do controle concentrado de constitucionalidade: “Depois de deixar o serviço militar no final de outubro de 1918 e retomar minha atividade acadêmica, fui chamado pelo dr. Karl Renner, o chanceler de Estado do governo Provisório da Áustria germânica, ao seu escritório (...) para colaborar na preparação da Constituição definitiva da Áustria germânica. (...) Minha tendência própria era codificar do modo mais irrepreensível possível do ponto de vista da técnica jurídica os princípios políticos que me eram dados e construir, assim, garantias eficazes para a constitucionalidade da atividade estatal. Considerei como o núcleo jurídico da Constituição a seção sobre as garantias constitucionais e administrativas. Nesse sentido, pude referir-me a instituições da antiga monarquia: a Corte Imperial e o Tribunal Administrativo. Este último pôde ser incorporado sem modificações substanciais. A Corte Imperial foi transformada em uma verdadeira Corte Constitucional – a primeira desse tipo na história do direito constitucional. Até então, nenhuma corte havia recebido competência para revogar leis por motivo de inconstitucionalidade com efeito geral e não restrito ao caso particular. (...) A seção que me era mais cara e que eu considerava minha obra mais pessoal, a jurisdição constitucional, não sofreu alteração alguma nos debates parlamentares.” (KELSEN, Hans. Autobiografia de Hans Kelsen. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 79/81).

⁵³ “Como se sabe, sob inspiração de Hans Kelsen, a Constituição da Áustria, de 1920, previu um órgão específico, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário, para desempenhar o controle de constitucionalidade. Porém, foi com a implantação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, que este formato de prestação de jurisdição constitucional se difundiu pelo mundo. Hoje em dia, mais de 80% dos países atribuem a cortes supremas ou a tribunais constitucionais o poder de invalidar legislação incompatível com a Constituição.” (BARROSO, ob. cit., p. 488).

em nenhum momento conferiu prestígio à doutrina norte-americana do *Judicial Review* ou dos *checks and balances*, mas, antes ao contrário, remarcando seu caráter essencialmente político e preservando a supremacia do Parlamento (e, por consequência, da lei), propunha-se a conferir o exercício da atividade de defesa da Constituição a órgãos estranhos às hostes judiciárias clássicas ou tradicionais.

Essa percepção parece guardar conexão direta com a própria natureza do poder constituinte, que está situado acima do universo jurídico, atuando como seu antecedente lógico e fundamento de sua própria validade.

Como expressão da própria soberania, o poder constituinte pretende-se uma potência ilimitada ou, quando menos, com limites de atuação bastante flexíveis, com a qual os “fatores reais de poder” definem o estatuto jurídico e a organização política de um determinado Estado.⁵⁴

Cuida-se, portanto, de um poder exercitável ampla e livremente, uma autêntica “força bruta”, cujas vontades são representadas e traduzidas na arena constituinte.⁵⁵

Por conseguinte, ainda que se possa questionar a existência de uma natureza também jurídica do poder constituinte, com fundamento nas noções de “legitimação e legitimidade”,⁵⁶ não se pode negar a essência pura de “facticidade” desse conjunto de “forças brutas”, detentoras do poder histórico, do poder real ou de fato, que

⁵⁴ “Como já lecionava Carl Schmitt, o poder constituinte é a vontade política cujo poder ou autoridade é capaz de tomar a decisão concreta sobre o tipo e a forma da própria existência política, ou seja, de determinar, na sua integralidade, a existência da unidade política. Assim – na sua condição de potência, pertencente ao mundo do ser e não do dever-ser –, o poder constituinte atua de modo desatrelado de processos jurídicos anteriores, assumindo, portanto, a função de criador da própria ordem jurídica estatal, mas situando-se fora desta mesma ordem jurídica. (...) Nessa perspectiva, como averba Ernst-Wolfgang Böckenförde, do ponto de vista da teoria e da dogmática constitucional, o poder constituinte não pode ser reduzido – como pretendem alguns – à noção de uma norma hipotética fundamental (como no caso da teorização de Hans Kelsen) ou mesmo reconduzido a um fundamento de direito natural, já que o poder constituinte há de ser compreendido (pelo menos também!) como uma grandeza política real, que fundamenta a força normativa (jurídica) da constituição, razão pela qual o poder constituinte não pode existir no interior ou mesmo com base numa constituição, como se fosse um órgão criado pela constituição, mas preexiste, cria e limita a própria constituição e os poderes constituídos.” (SARLET et al, ob. cit., p. 104).

⁵⁵ No contexto que precedeu a Revolução Francesa, ganhou destaque o manifesto assinado pelo Abade Sieyès, com o título “Que é o Terceiro Estado?” Analisando o conteúdo desse documento, BRANCO ressalta que: “Sieyès enfatiza que a Constituição é produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes do Estado (os poderes constituídos), sendo, até por isso, superior a eles. Sieyès se propunha a superar o modo de legitimação do poder que vigia, baseado na tradição, pelo poder político de uma decisão originária, não vinculada ao direito preexistente, mas à nação, como força que cria a ordem primeira da Sociedade. (...) Para isso, cercou o conceito do poder constituinte originário de predicados colhidos da teologia, ressaltando a sua desvinculação a normas anteriores e realçando a sua onipotência, capaz de criar do nada e dispor de tudo ao seu talento.” (BRANCO, ob. cit., p. 154).

⁵⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 67.

produz os valores estruturantes da comunidade política, posteriormente expressos em cartas constitucionais.⁵⁷

Configurado como o “poder dos poderes”, situado antes mesmo da própria ordem constitucional, nada mais natural do que a tendência de projeção do poder constituinte para outros campos ou “domínios institucionais constitucionalizados”, com o objetivo de defender o sistema normativo produzido e que cumpre a função de ordenar as relações econômicas, sociais, políticas e jurídicas que se produzem no interior do Estado.

Afinal, cuidando-se o poder constituinte de um poder permanente, consequência natural de sua própria imanência às comunidades políticas, a atividade de defesa da ordem suprema por ele editada assume especial significado.

Com a promulgação de textos constitucionais - que são, em regra, gravados pela nota da rigidez -, as eventuais “mutações de sentido” desses conteúdos fundamentais, impostas a partir da atuação de outras esferas de poder, podem ensejar novas disputas pelo canal da jurisdição constitucional, sem rupturas institucionais onerosas, quando em desarmonia com os valores fundamentais originalmente idealizados pelo poder constituinte.

Daí a sempre atualidade e relevância dos debates que gravitam em torno desses sistemas de controle e de seus respectivos órgãos e que estão vinculados aos mais diferentes aspectos, entre os quais a natureza do controle (político ou jurídico), aos requisitos e critérios de recrutamento e tempo de permanência de seus integrantes e às regras procedimentais de funcionamento.

Ao pretender domesticar o poder político, confinando-o a parâmetros e regras democráticos, o constitucionalismo acabou produzindo mais complexidade nas relações e arranjos entre as forças políticas e sociais, remetendo a solução final dos múltiplos embates e disputas para a arena composta pelos órgãos de defesa da Constituição.

⁵⁷ “A noção de que o poder constituinte é simultaneamente um poder político e jurídico acaba, contudo, assumindo um viés reducionista, especialmente por condicionar (ou, pelo menos, vincular fortemente) a dimensão jurídica ao princípio democrático, quando, embora seja possível questionar a legitimação e a legitimidade de determinada ordem constitucional em função de sua origem (na perspectiva de quem elaborou a constituição e de como foi elaborado o texto constitucional), seja mais difícil recusar a tal ordem a qualidade de constitucional, visto que constitutiva e vinculativa de um novo Estado e de uma nova (ainda que eivada de um déficit de legitimidade democrática) ordem jurídico-positiva. É (também) por esta razão que aqui se enfatiza – neste ponto filiando-nos à posição ao que tudo indica prevalente – que “o poder constituinte, como manifestação da soberania, é um poder histórico, um poder de fato, que, embora tenha uma relevância (repercussão jurídica), não pode ser definido como sendo um poder jurídico” (SARLET et al, ob. cit., p. 105).

Nesse específico âmbito de reflexão, há de se recordar o debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, ainda sob a vigência da Constituição de Weimar, acerca da titularidade do poder de defesa da Constituição.

Diferentemente do que se poderia supor, a posição de Schmitt – que foi primeiro exposta em texto publicado no ano de 1929 (“Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung” – O Tribunal de Justiça do Reich como guardião da Constituição) – não objetivava apoiar o regime nazista, na medida em que já existia na comunidade política alemã, àquela época, a clara percepção acerca da existência de um sistema de defesa da “vontade popular”, protagonizado legítima e oficialmente pelo Chefe de Estado.

Para a adequada compreensão da visão de Schmitt, é preciso considerar as raízes históricas e culturais que moldavam o espírito da sociedade alemã à época, bem assim os profundos desafios de ordem econômica e social que pesavam sobre a sociedade alemã, marcados por tentativas de golpes e revoluções – entre as quais o “Golpe na Baviera”, em 1923, do que resultou a prisão de Hitler.⁵⁸

Naquele cenário histórico, Carl Schmitt pretendeu fundamentar sua tese sobre quem deveria ser o defensor da Constituição, invocando o argumento da democracia majoritária, forjada a partir da ideia de unidade infensa ao pluralismo e à diferença. Segundo sustentava, com base na “Teoria do Poder Neutro” de Benjamin Constant, além de independente em relação aos partidos políticos – corpos políticos considerados incapazes de identificar a unidade de valores do povo alemão, o que era necessário para a sobrevivência e desenvolvimento adequados –, o Chefe do Executivo, legitimado pelo voto majoritário, seria o único capaz de mediar, regular e tutelar os valores que manteriam a unidade do povo alemão.⁵⁹

⁵⁸ No conjunto de normas da Constituição de Weimar destacava-se o art. 48, segundo o qual caberia ao Presidente do Reich a prerrogativa de salvaguardar a ordem e a segurança públicas, se necessário com uso da força, podendo inclusive suspender, no todo ou em parte, os direitos fundamentais. A utilização reiterada dessa prerrogativa constitucional acabou criando as condições que viabilizaram a ascensão de Hitler ao posto de Chanceler, em 1933. Paradoxalmente, porém, foram os poderes amplos do art. 48 da Constituição de 1919 que conduziram à própria superação desse paradigmático documento constitucional, corroborando o vaticínio de Kelsen, para quem a manutenção da função de defesa da Constituição no Chefe do Poder Executivo implicaria a própria anulação dessa função. Ainda que toda norma constitucional possa ter a legítima pretensão de perenidade ou continuidade, prevendo mecanismos para sua própria defesa e preservação, a regra do art. 48 da Carta Política alemã de 1919 representou o ponto de escape do próprio ideal democrático, substituído pelas ideais totalitários com a ascensão do nacional socialismo de Hitler ao poder, em 1933.

⁵⁹ Cf. TAVARES, André Ramos. A Defesa da Constituição de Weimar. In BERCOVICI, Gilberto. Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019). São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 83-106.

Carl Schmitt sustentava a especificidade do papel de defensor da Constituição, que teria natureza essencialmente política e que, por essa característica, não poderia ser exercido por tribunais.⁶⁰

Mas o ponto central da teoria de Schmitt, ligada à restrição dos poderes de controle constitucional dos órgãos do Poder Judiciário, é sistematizado com a definição de que apenas as normas objetivas, de conteúdo semântico claro e inquestionável, poderiam se prestar ao controle judicial, diferentemente das demais normas, de conteúdo aberto ou principiológico, normas gerais, normas de poderes e de competência, as quais exporiam natureza essencialmente política.

Nesse cenário, a fixação de competência para superação de dúvidas interpretativas em um tribunal representaria usurpação da legitimidade democrática do povo, devendo o defensor da Constituição, sob um ângulo mais abrangente, considerar os perigos e problemas reais e concretos da sociedade alemã.

Apesar de o desenrolar da história revelar o acerto da visão de Kelsen, especialmente porque a legitimidade revelada no momento da eleição presidencial não pode se confundir com a concessão de um poder absoluto para a definição das grandes e controvertidas questões e dilemas éticos e morais vivenciados pelas sociedades, a prevalência e a disseminação do modelo kelseniano de controle de constitucionalidade, a partir do segundo pós-guerra, ainda produz muitos questionamentos em relação à forma como operam os tribunais constitucionais.

Além da superação do simples papel de legislador negativo, originalmente assentado por Kelsen, esses tribunais avançaram substancialmente, de forma criativa ou inovadora, sob o argumento genérico da necessidade de realização e consolidação do ideal democrático, em todas as suas dimensões, em um processo que parece ainda não ter encontrado seu ponto final e que segue em expansão em diferentes regiões do planeta.⁶¹

⁶⁰ Schmitt expôs dúvidas sobre os registros dos debates travados na constituinte de Weimar, a propósito da adoção de um tribunal aos moldes da Suprema Corte norte-americana, recordou a doutrina de Benjamin Constant e relembrou a diferença entre os sistemas jurídicos (common law e civil law), com o destaque para a constatação de que a experiência daquela Corte demonstrava o uso sistemático de princípios muito gerais, o que a diferenciava em termos universais.

⁶¹ “In the vários ‘waves’ of democratisation since 1945 a ‘new constitutionalism’, focused on transformative constitutional texts and expansive bill of rights, saw constitutional courts and Strong judicial review become ‘stadard equipment’ for states transitioning from Communist, military, and autocratic rule, across Europe, South America, Africa, and East Asia, with the perceived democratisation successes of post-war European courts exerting a stromg influence. (...) The focus on courts as key actors in new democracies shows no sign of abating. In scholarship or practice. For instance, at a conference in 2014 on constitutional reforms in the Middle East and North Africa – bringing together judges,

O risco envolvido nessa situação alcança a possibilidade de conversão desses tribunais em um poder aristocrático ou absolutamente autônomo, liberto de amarras, e que pode, a depender de circunstâncias históricas (econômicas, sociais e políticas), rebelar-se contra a Constituição e contra a própria sociedade, criando um novo conjunto de significados constitucionais, numa espécie de Constituição material paralela, a partir da adesão aos interesses da elite econômica ou do poder político ou mesmo da imposição da própria vontade arbitrária dos membros da Corte.⁶²

Ao assim se conduzir, como autêntico poder constituinte, o tribunal estará, confessadamente, atuando no campo da política pura, suprimindo os espaços decisórios assegurados às demais instancias do poder político e colocando em risco a própria democracia, com o aniquilamento da participação popular.⁶³ A apropriação do sentido último das normas da Constituição, deixando a sociedade refém das visões do tribunal, não se confunde com a defesa daquele importante documento fundacional do Estado, antes colocando em risco, ao contrário, a própria independência do tribunal, segundo tem revelado a experiência histórica contemporânea.

Urge, pois, criar mecanismos que possam legitimar a atuação desses tribunais, reconduzindo-os ao eixo da legitimidade democrática, sempre dependente da manifestação popular, nos instantes de tensão institucional com os demais poderes.

A questão da legitimidade desses órgãos, pouco importando sejam integrados ao Poder Judiciário, sejam lançados à margem ou acima dos demais Poderes do Estado, sempre suscita considerações ligadas ao ideal democrático, na medida em que há uma inegável tendência de superação dos limites ou das balizas da

constitutional lawyers, and political activists from across the regional, as well as international experts – discussion of legal mechanisms for enhancing rights protection and supporting nascent or potential democratisation process in Arab states was dominated by courts.” (Daly, ob. cit., p. 3-4).

⁶² Por examinar a situação da expansão da jurisdição constitucional em diversos países, com ênfase para o caso brasileiro, mas também na Alemanha, Hungria, África do Sul e Colômbia, recomenda-se a leitura da obra Tom Gerald Daly, referida na nota de rodapé anterior.

⁶³ Oportuna a crítica de Sarmiento: “Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.” (SARMENTO, Daniel (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores.. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007, p. 144).

ordem constitucional, em sua atuação ordinária, rompendo com a noção da separação dos poderes.

Precisamente por isso, a forma de seleção dos integrantes desses órgãos reclama um modelo capaz de legitimar amplamente a sua atuação, em linha de harmonia com o ideal democrático. Não parece suficiente que essas indicações ocorram de forma indireta, a partir de atos de vontade do Chefe do Executivo ou dos demais Poderes constituídos: é que as atribuições e competências desses órgãos de defesa da Constituição, na medida em que fixam o significado constitucional em situações controversas, não raras vezes impondo mutações de sentido, são imanentes à própria noção de soberania, patrimônio coletivo que pertence ao povo nas sociedades democráticas.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1. Evolução histórica do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: a jurisdição difusa como regra e a ascensão gradual do modelo concentrado.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade surge no Brasil com o alvorecer da República, com clara inspiração no sistema norte-americano.

Antes de 1891, na linha da experiência francesa da supremacia do Parlamento, não havia dúvidas acerca da prerrogativa do Poder Legislativo para editar leis, suspendê-las, interpretá-las ou revogá-las, além de velar pela guarda da Constituição,⁶⁴ competindo ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e titular do Poder Moderador, velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os demais Poderes.⁶⁵

Proclamada a República, a tradição norte-americana representou a fonte de inspiração para a conformação da Suprema Corte brasileira, instituída pelo Decreto 848, de 1890, e instalada em 26.2.1891.

⁶⁴ Nesse exato sentido dispunham os incisos VIII e IX do art. 15 da Carta do Império: “Art. 15. E’ da atribuição da Assembléa Geral: (...)VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.”

⁶⁵ Eis a dicção do art. 98 da Constituição Imperial de 1824: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”

No cenário histórico então vivenciado, o Supremo Tribunal Federal, ao lado de sua significativa função institucional como órgão de cúpula do Poder Judiciário, representou um ator essencial para a tutela do modelo federativo, preservando a unidade política e territorial do Brasil e a própria supremacia do poder da União em detrimento dos Estados.

O advento da República também impôs a organização da Justiça Federal, estabelecendo-se que os juízes federais apenas poderiam intervir concretamente quando fossem provocados, competindo-lhes a guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais.⁶⁶

Essa mesma orientação foi estabelecida na Carta Constitucional Provisória, editada ainda em 1890, em que prevista a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recursos contra as decisões de última instância dos tribunais estaduais, quando contestados atos e leis locais em face da Constituição, com a afirmação da validade daqueles.⁶⁷

Com a promulgação da Constituição de 1891, foi inserida a previsão expressa da competência dos juízes federais para examinar as causas em que fossem suscitadas questões constitucionais⁶⁸ e reafirmada a competência do Supremo Tribunal Federal nos parâmetros antes estabelecidos no Texto Provisório de 1890, incorporando-se, definitivamente, o controle difuso de constitucionalidade ao ordenamento jurídico nacional.⁶⁹

Apesar dos questionamentos apresentados a esse sistema judicial de defesa da Constituição e das razões que buscaram justificá-lo,⁷⁰ em 1894,

⁶⁶ O Decreto 848, de 11/10/1890, assim dispôs em seu art. 3º: “*Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.*”

⁶⁷ Segundo o § 1º, “b”, do art. 58 da Constituição Provisória, introduzida pelo Decreto 914-A, de 23 de Outubro de 1890, das sentenças da justiça dos Estados em última instância seria cabível recurso para o Supremo Tribunal Federal, “*quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.*”

⁶⁸ O art. 60 da primeira Carta Republicana dispunha: “*Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; (...).*”

⁶⁹ De acordo com a alínea “b” do § 1º do art. 58 da CF de 1891, das sentenças das justiças dos Estados em última instância seria cabível recurso para o Supremo Tribunal Federal: “*b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas.*”

⁷⁰ A defesa do modelo então criado foi feita com maestria por Rui Barbosa, ao comentar as novas disposições, em texto produzido ainda em 1893: “*A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso,*

como forma de sepultar todos os questionamentos, sobreveio a edição da Lei 221, de 20 de novembro, tornando explícita, em texto de clareza inquestionável, essa exponencial competência dos órgãos judiciários.⁷¹

O modelo judiciário republicano, objeto de polêmica na Assembleia Constituinte que produziu a Carta de 1891, lançou a lados opostos duas correntes de pensamento: a unitária e a dual, a primeira estruturada a partir da própria unidade do direito legislado, fundamentalmente sob a responsabilidade da União, ao passo que a segunda, com os olhos postos na experiência norte-americana, sustentava o concurso das jurisdições federal e estadual.

Como resultado dos debates, houve a distribuição de competências legislativas entre a União e os Estados, resguardando-se, no entanto, ao Congresso Nacional a competência privativa para *“legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”* (art. 34, inciso 23).⁷²

Mas a história da Suprema Corte brasileira, em seus primeiros passos, foi marcada por intensas pressões e turbulências com o Poder Executivo, cujos interesses acabavam priorizados, em detrimento da tutela de interesses e direitos fundamentais.

Um de seus mais ilustres ministros, Aliomar Baleeiro, em obra clássica e exponencial, editada em 1968, bem descreve os primeiros passos

para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.” (BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55).

⁷¹ O § 10 do art. 13 da Lei 221, de 20/11/1894, consagrou a seguinte previsão: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

⁷² Como recorda Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia: “Nos primeiros meses da República havia mesmo fortes correntes que, seguindo a linha do federalismo norte-americano, propunham que a maior parte das leis deveria ser elaborada pelos Estados. Ao Legislativo Federal ficariam somente questões referentes a interesses gerais e à coexistência harmônica dos Estados. A Assembleia Nacional Constituinte durante certo período também caminhou nesse sentido, com o apoio do Ministro Campos Salles. No entanto, o Governo Provisório impôs uma mudança de direção para garantir a centralização, vindo a provocar grandes discussões dentro da Assembleia. Uma das medidas foi a dissolução das Assembleias Provinciais e a atribuição de funções aos Governos Provisórios dos Estados, através do Decreto, de 20.11.1889.” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco., Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado. Curitiba: Juruá, 2009, p. 97/98).

daquele órgão judicial na história republicana brasileira, alternando momentos de independência e submissão.

Relembra o referido autor que, superado o impacto inicial, os ministros da primeira composição do STF, que eram oriundos do Supremo Tribunal de Justiça, logo buscaram suas aposentadorias, pois não estavam preparados para exercer o ofício jurisdicional no ambiente republicano, especialmente quando envolvida a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, a partir do controle dos atos do poder público.⁷³

Foi a atuação decisiva de republicanos ilustres que permitiu a afirmação institucional da Suprema Corte brasileira, entre os quais se destaca Rui Barbosa.⁷⁴

Apesar disso, novos cenários de tensão foram produzidos nos anos que se seguiram, com retrocessos na atuação daquele tribunal.⁷⁵

Um dos capítulos mais riscos da história do Supremo Tribunal Federal, que sempre merece ser realçado, diz com a consagração da doutrina brasileira do *habeas corpus*, fruto da disciplina genérica do art. 72, § 22, da

⁷³ “Pouco mais de um ano depois de instalado o Supremo Tribunal Federal, já se achava renovado na quase metade. (...). O ano de 1893, marcado pelo estado de sítio e pela guerra fratricida no mar, no Rio, em Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, está assinalado por esses vários *habeas corpus* e causas contra a União, no batismo de fogo e sangue do regime e do novo Tribunal, ora ameaçado de dissolução, ora de processos de responsabilidade contra seus juízes menos dóceis à fúria do Executivo. Êste era acossado pelos revoltosos, pela pressão estrangeira e pela dos militares, que, vinculados à Proclamação da República, queriam mantê-la pela força das armas, dentro da lei, se possível, mas a despeito dela, se necessário. (...) A história do Supremo, nessa fase agônica e sobressaltada confunde-se com a própria história política nacional. Repete-se o fato ou anedota, segundo a qual, ciente de um desses *habeas corpus*, Floriano, à maneira do presidente americano Andrew Jackson contra o chief justice Marshall, teria dito: ‘eles concedam a ordem, mas depois procurem saber quem dará *habeas corpus* aos ministros do Supremo Tribunal Federal.’ (BALEEIRO, ob. cit., p. 24/25).

⁷⁴ Nas palavras de Aliomar Baleeiro, o STF: “Vacilou. Errou. Tergiversou. Mas, dentro de pouco tempo, o Supremo Tribunal imbuu-se de sua missão e aos poucos, tenazmente, constituiu-se realmente o guardião do templo das liberdades ameaçadas.” Como reação, recorda Baleeiro, Floriano Peixoto indicou Barata Ribeiro, um médico, para compor o Supremo Tribunal, no qual teve assento por quase um ano, até que sua indicação fosse rejeitada pelo Senado. Também relembra que o Senado desaprovou a indicação de dois generais – Inocêncio Galvão de Queiroz e Raimundo Ewerton Quadros, o que levou Floriano a retaliar, com ações que envolveram desde a ausência de indicação de sete novos ministros, a não designação de um novo Procurador-Geral e a protelação da posse do novo Presidente do STF que diante dele deveria se realizar. (BALEEIRO, ob. cit., p.25).

⁷⁵ Em rica passagem do livro “Tanques e Togas – O STF e a Ditadura Militar”, Felipe Recondo retrata fração daquele cenário histórico: “Ao contrário da postura de 1892, dessa vez os ministros não se esquivaram da decisão sob o argumento de que aquela seria uma questão política. A tese defendida por Rui Barbosa venceu. O governo foi derrotado pela nova composição do Supremo – dos ministros que julgaram o HC 300 em 1892, apenas três permaneciam na corte seis anos depois. O presidente da República, Prudente de Moraes protestou em mensagem enviada ao Congresso Nacional. Ele que decreto o estado de sítio, após sofrer um atentado que provocou a morte do então ministro da Guerra, Machado Bittencourt, ressaltou que o tribunal romperia com seus precedentes.” (RECONDO, Felipe. Tanques e Togas – O STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 13/14).

Constituição de 1891, da atuação decisiva de Rui Barbosa e da visão singular de Pedro Lessa, Ministro do STF.⁷⁶

Apesar dos notáveis avanços nesse âmbito de defesa de direitos fundamentais, a construção doutrinária do *habeas corpus*, que recebeu a adesão da jurisprudência do STF, não sobreviveu às investidas do poder político, sobrevivendo a Reforma Constitucional de 1926, por iniciativa do Presidente Artur Bernardes.

A duríssima campanha presidencial de 1921-1922, aliada aos levantes na Marinha e no Exército em 1923 e 1924, levou o Presidente Bernardes a buscar meios de reforço de sua autoridade central, entre os quais figurava a restrição do alcance do *habeas corpus*, o que se verificou com a Reforma de 1926.⁷⁷

A Revolução de 1930 levou Vargas ao poder e o STF mais uma vez foi vítima de ataques do Poder Executivo. Registra a história que os vencedores daquele movimento revolucionário, que haviam sido derrotados nas Revoluções de 1922, 1924 e 1927 e que não tiveram sucesso em seus *habeas corpus* perante a Suprema Corte, impuseram de imediato a cassação de seis ministros, entre eles o Procurador-Geral Pires e Albuquerque. Também determinaram a redução da remuneração dos ministros do STF.

No Decreto nº 19.656, de 18 de fevereiro de 1931, foi ainda inserida a justificativa das “imperiosas razões de ordem pública”, que exigiram o “*afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções, por motivos de moléstia, idade avançada e outros de natureza relevante.*”⁷⁸

⁷⁶ Baleeiro resgata as origens da denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*, salientando que o dispositivo citado, da Carta de 1891, previa o *habeas* como via idônea para defesa de indivíduo que sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. Também recordou que Rui Barbosa foi responsável por fazer germinar no STF as teses que conduziram à expansão do objeto do *habeas corpus*, para além da defesa da liberdade física clássica de ir, vir e permanecer. E finalmente demonstrou que o Ministro Pedro Lessa, a quem comparou ao juiz Holmes da Suprema Corte norte-americana, conhecido por seus votos dissidentes, foi também responsável pela consolidação da referida doutrina.

⁷⁷ Muito embora tenha acenado com a adoção de outros mecanismos processuais de defesa de direitos e liberdades fundamentais, nos moldes dos “*writs*” norte-americanos, o Governo não se empenhou na edição rápida de uma nova legislação, o que apenas ocorreu anos mais tarde, com o advento da Carta de 1934. (BALEEIRO, ob., cit., p. 68/69 e 79).

⁷⁸ A historiadora Lêda Boechat Rodrigues registra detalhes desse momento histórico, ressaltando o protesto em plenário produzido pelo Ministro Hermenegildo de Barros contra as medidas adotadas, bem assim a manifestação do Ministro Pires e Albuquerque, publicada no *Jornal do Commercio* em 25 de fevereiro de 1931, da qual se extrai: “A dignidade e o fervor com que servi ao país, e em particular à Justiça, durante perto de quarenta anos, deviam constituir uma garantia ainda mais sólida que a promessa das leis, ainda mais sagrada que o caráter do meu ministério, contra as possibilidades de uma destituição injustificada; porque deriva de um princípio moral, superior aos códigos, inacessível ao poder destruidor da força desgovernada. (...) Não me afastei uma linha do que marcava o dever estrito. Não obedeci jamais a outro sentimento senão o sentimento de justiça, que não aconselha condescendência nem

Diversos outros atos foram editados pelo Governo Provisório, com o propósito de criar a nova ordem institucional. Nesse contexto, seguiu-se a dissolução do Congresso e das Assembleias estaduais, a intervenção nos Estados e a suspensão das garantias constitucionais.

Além disso, os atos do governo foram excluídos do exame judicial, bem assim os atos praticados por seus agentes ou delegados, vedando-se o uso do *habeas corpus* quando em discussão delitos políticos ou funcionais, tudo, sem prejuízo a competência de um tribunal de exceção que seria criado (Decreto 19.398, de 11.2.1931).

Também se verificou a criação da Justiça Eleitoral (Decreto 21.076, de 24.2.1931) e da Justiça do Trabalho (Decreto 21.396, de 12.5.1932 e Decreto 22.132, de 25.11.1932).

A pressão pela rápida reorganização institucional brasileira, cujo pano de fundo envolvia o debate sobre a autonomia dos Estados frente ao Governo central e que desaguou na Revolução Constitucionalista de 1932, acabou produzindo a Carta Política de 1934, na qual, entre tantas inovações, estabeleceu-se a competência do Senado Federal para suspender total ou parcialmente a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (assim conferindo eficácia *erga omnes* à decisão judicial), também se fixando que a declaração de inconstitucionalidade apenas poderia ser produzida pelo voto da maioria de todos os integrantes dos tribunais.⁷⁹

Representando o “espírito político da época”, a Constituição de 1934 buscou também blindar as chamadas questões políticas do controle do Poder Judiciário, dispondo em seu art. 68 que “*é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas*”.

Ainda no rol de inovações significativas produzidas em 1934, a Carta Constitucional disciplinou a figura político-instrumental da “representação interventiva”, consagrando um peculiar procedimento que dependia da manifestação da Suprema Corte, que deveria ser provocada pelo Procurador-Geral da República para

fraquezas.(...)” (RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Tomo IV, Volume I, 2002, p. 37).

⁷⁹ O art. 91, IV, da CF de 1934 assim dispunha: “Art 91 - Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;”. Por sua vez, o art. 179 da mesma Carta rezava que: “Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

avaliar a constitucionalidade da lei de intervenção, cuja iniciativa estava reservada ao Senado Federal.⁸⁰

A intervenção da União nos Estados seria admissível nas situações em que afrontados os princípios da forma republicana representativa; da independência e coordenação de poderes; da temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; da autonomia dos Municípios; das garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; da prestação de contas da Administração; da possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; e da representação das profissões.⁸¹

Apesar das previsões consagradas e de suas muitas virtudes, especialmente aquelas ligadas ao constitucionalismo social inaugurado pelas Cartas mexicana de 1917 e alemã de 1919 (Weimar), a Constituição de 1934 teve vigência efêmera, com a implantação do Estado Novo de Vargas.⁸²

Entre as explicações possíveis para a curta vigência da Constituição de 1934 está, além das incompatibilidades entre o projeto tenentista que levou Vargas ao Poder e o liberalismo presente naquela Carta Política, o cenário histórico-político vivido em nível mundial, que revelou a existência de movimentos políticos em ascensão gravados pela nota do extremismo, com perfis ideológicos de direita (fascismo e nacional-socialismo) e esquerda (socialismo e comunismo).

⁸⁰ “Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello²⁶⁷, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7o, I, a a h, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3o), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2o). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembleia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2o, a expressão tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade por tomar conhecimento da lei local arguida de infringente desta inconstitucionalidade.” (MENDES e BRANCO, ob. cit., p. 1824).

⁸¹ Nesse sentido dispunham os artigos 7o, I, “a” a “h”, 12, § 2º, e 41, § 3º, do Texto Constitucional de 1934.

⁸² “O projeto constitucional (...) por mais progressista que tenha sido, especialmente em matéria de direitos sociais, praticamente não teve chance de se afirmar na vida cotidiana política, social e econômica do Brasil, visto que, em virtude de golpe desferido em 10 de novembro de 1937, pelo próprio líder do movimento revolucionário que esteve na base do texto de 1934, acabou sendo substituída de forma autoritária, dando lugar ao Estado Novo, pouco mais de três anos após sua entrada em vigor. Sua derrocada precoce pode ser reportada, ainda que não exclusivamente, ao fato de estar permeada por princípios antagônicos, é dizer, apesar de seu “brilhantismo jurídico”, não era possível identificar um projeto político hegemônico para o País.”(SARLET et all, ob. cit., p. 256).

Esses movimentos produziram grande repercussão no Brasil, fazendo surgir, em 1932, a Ação Integralista Brasileira (AIB), coordenada por Plínio Salgado, com perfil fascista.

Paralelamente, organizaram-se também os opositores a Vargas, com a criação da Aliança Nacional Libertadora (ANL), que contava com o apoio do Partido Comunista do Brasil, tendo à frente Luís Carlos Prestes, um dos principais articuladores da Intentona Comunista de 1935.⁸³

No ano de 1937, surgiu, a partir do Exército brasileiro, um documento cuja autoria foi atribuída à Internacional Comunista, em que noticiada a existência de um plano para a tomada do poder no Brasil, conhecido como Plano Cohen.

Por essa proposta, seriam realizadas amplas mobilizações de trabalhadores, com greves, incêndios e depredações de prédios públicos, além de saques e manifestações coletivas, que deveriam desaguar na completa eliminação das autoridades civis e militares que resistissem ao movimento.

Aproveitando-se daquele turbulento cenário histórico e do “fato concreto” ligado ao Plano Cohen, Vargas, que aspirava continuar no poder e buscava razões para suspender o pleito eleitoral de 1938, deu início a um novo ciclo na história republicana brasileira, suspendendo as liberdades civis, extinguindo os partidos políticos, dissolvendo a Câmara e o Senado e outorgando, ao final, a nova Constituição em 10.11.1937.⁸⁴ Nasce o Estado Novo, sob inspiração na Carta Política da Polônia e que recebeu, por isso, a alcunha de “polaca”.⁸⁵

⁸³ Reportando-se àquele contexto histórico, Dulce Pandolfi assinala que: “Dois importantes movimentos de massas, com conotações ideológicas bem distintas, mobilizaram a população: a Ação Integralista Brasileira (AIB), nacionalista e antiliberal, e a Aliança Nacional Libertadora (ANL), nitidamente de oposição a Vargas e que congregava socialistas, comunistas, católicos e nacionalistas. Em novembro de 1935, levantes comunistas eclodiram em Natal, Recife e Rio de Janeiro. As revoltas foram debeladas rapidamente, mas o “perigo comunista” passou a ser utilizado como justificativa para o governo intensificar e aprimorar mecanismos de repressão e de controle da sociedade. Abrindo mão de suas prerrogativas, o Legislativo aprovou medidas que implicaram o fortalecimento do Executivo e que conduziram a um gradativo fechamento do regime. A escalada repressiva iniciada em 1935 teve como desfecho o golpe de 10 de novembro de 1937, que deu origem ao Estado Novo. Naquele dia, alegando que a Constituição promulgada em 1934 estava “antedatada em relação ao espírito do tempo”, Vargas apresentou à Nação nova carta constitucional, baseada na centralização política, no intervencionismo estatal e num modelo antiliberal de organização da sociedade.” (PANDOLFI, Dulce. REPENSANDO o Estado Novo. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. Disponível em: < : <http://www.cpdoc.fgv.br> >. Acesso em 14.02.2021).

⁸⁴ Colhe-se do preâmbulo da Constituição outorgada em 1937 os seguintes motivos: “ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos,

Com a outorga da Constituição de 1937, editada com o escopo de conferir forma constitucional ao regime de força então implantado, o Poder Judiciário viu mitigada. Ainda uma vez mais, a sua competência, com a expressa vedação ao exame de “*questões exclusivamente políticas*” (art. 94).

Além disso, a idade para aposentadoria dos ministros foi reduzida de 75 para 68 anos, o que levou à exclusão imediata de cinco ministros da composição da época. Durante o Governo Provisório (1930-1934), Vargas nomeou sete ministros para o STF e mais quatorze ao longo do Estado Novo (1937-1945), sem que nenhum deles tenha sido submetido à aprovação do Senado Federal.

Ainda, revelando o objetivo de dominar a Suprema Corte, Vargas assumiu a responsabilidade de nomear, por decreto, o Presidente e Vice-Presidente do STF, afastando o tradicional escrutínio interno, situação que apenas foi revertida em 1945, após a deposição de Vargas da Presidência, ocasião em que o Presidente do STF, Ministro José Linhares, assumiu a presidência da República em caráter provisório.

Outro aspecto digno de destaque na estratégia política de Vargas envolveu a previsão constitucional de o Congresso Nacional reverter eventuais decisões judiciais em que afirmada a inconstitucionalidade de diplomas legais reputados pelo Presidente da República compatíveis com o bem comum ou necessários para a promoção ou à defesa de interesse nacional.⁸⁶

tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País (...).”

⁸⁵ “No que diz com suas principais características, a Carta de 1937, redigida por Francisco Campos e também designada de “A Polaca”, em virtude de ter sido inspirada fortemente na Constituição da Polônia, de 23.04.1935, fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, atribuindo a este uma intervenção mais ampla na elaboração das leis, designadamente, assegurando a possibilidade da expedição de decretos-leis em todas as matérias de competência da União, enquanto não fosse reunido o Congresso Nacional, conforme preceitua seu art. 13, no título destinado à organização nacional.” (SARLET et al., ob. cit., p. 256).

⁸⁶ “O art. 96 e seu parágrafo único da CF de 1937 prescreviam que: “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do

Nesses casos, o Congresso seria novamente provocado a examinar a matéria, podendo declarar constitucional a legislação examinada pelo voto da maioria de dois terços dos integrantes de cada uma das Casas Legislativas.⁸⁷

No desenho institucional ditatorial concebido por Vargas, o Procurador-Geral da República seria livremente nomeado e demitido a critério do Presidente da República, observados para a respectiva investidura os mesmos requisitos previstos para o cargo de Ministro do STF.⁸⁸

Com relação à intervenção federal, representando o espírito centralizador da época, a Carta de 1937, em seu art. 9º, parágrafo único, limitou substancialmente a atuação do Supremo Tribunal, prevista apenas para assegurar a execução das leis e sentenças federais, ao mesmo tempo em que distribuiu, formalmente, entre o Presidente da República e a Câmara dos Deputados a competência para a decretação da intervenção em outras hipóteses.

Ainda que a Carta Política de 1937 tenha servido de balizamento para o funcionamento das instituições políticas durante o Estado Novo, é preciso ressaltar a existência de alguma polêmica acerca de sua real vigência em nossa ordem constitucional. É que estava prevista em seu art. 187 a necessidade de sua aprovação mediante Plebiscito, o que, como se sabe, jamais chegou a ocorrer.⁸⁹

Superado o Estado Novo e restabelecido o ciclo democrático, sobreveio nova ordem constitucional em 1946, prestigiando-se o modelo federativo e a importância dos direitos e garantias individuais.

Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

⁸⁷ Apenas revogado com o advento da Lei Constitucional n. 18, de 11 de dezembro de 1945, o parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937 dispunha que: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

⁸⁸ Era a dicção do art. 99 da Carta de 1937: “O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.”

⁸⁹ “Para além dessas notas sobre o seu conteúdo, importa registrar que, em determinada perspectiva, a Carta de 1937 não entrou sequer em vigor, visto que previa, no seu art. 187, a necessidade de sua aprovação em Plebiscito, que nunca veio a ocorrer, o que foi admitido mesmo pelo seu autor, Francisco Campos, em entrevista concedida já na fase final do Estado Novo, em março de 1945. Aliás, neste sentido também o magistério de Pontes de Miranda, para quem a Constituição de 1937 ‘foi solapada, logo depois, pelos seus próprios autores. Não se realizou; não foi respeitada – quase toda, nem, sequer, existiu’”. (SARLET et al, ob. cit., p. 267).

Em clara evolução no sistema de defesa da Constituição, sob a vigência do Texto de 1946, que foi responsável por explicitar a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 141, § 4º), foi consagrada a fórmula da representação por inconstitucionalidade de leis (art. 101, I, “k”), o que ocorreu com o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965.

Com relação à intervenção federal, a atuação da Suprema Corte ficou condicionada à requisição do Procurador-Geral da República, caso em que deveria examinar o ato normativo reputado inconstitucional, editado no âmbito dos estados federados, processando-se a intervenção mediante lei federal, apenas quando reconhecida a inescusável ofensa à forma republicana representativa, à independência e harmonia dos Poderes, à temporariedade das funções eletivas, à proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato, à autonomia municipal, à prestação de contas da Administração ou às garantias do Poder Judiciário.

Com o golpe militar de 1964, o STF voltou a ser alvo dos militares, à frente do Poder Executivo, com a edição dos Atos Institucionais nº 2, quando elevado a dezesseis o número de ministros, e nº 5, quando decretada a aposentadoria dos ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Em solidariedade, anteciparam suas aposentadorias os ministros Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada.

A Carta Constitucional de 1988, editada em momento particularmente relevante da nossa história democrático-republicana, amplificou as expectativas em relação à atuação do Poder Judiciário e, particularmente, do Supremo Tribunal Federal.

Além de preservar, no essencial, os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, trouxe novos mecanismos para aparelhar a atuação da Corte Suprema, de que são exemplos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), às quais se somou, em 1993, com a Emenda Constitucional n. 3, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Relevante observar que o Texto de 1988 trouxe um novo rol de legitimados para acionamento da jurisdição constitucional concentrada, rompendo com o monopólio do Procurador-Geral da República.

A partir da previsão de uma comunidade de atores políticos e institucionais habilitados à participação do processo de construção de sentido das

prescrições inscritas na norma fundamental, por meio do processo objetivo de problematização da compatibilidade de leis e atos normativos com as normas da Constituição, pretendeu-se democratizar o debate constitucional, garantindo-se a máxima efetividade às suas disposições.

Ainda na Carta Política de 1988, a previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instrumento processual de significação imprecisa e que permaneceu adormecido até o advento da Lei 9.882/99, acabou por permitir a conformação de um sistema de controle de constitucionalidade em que absolutamente todas as controvérsias constitucionais podem ser levadas ao exame do STF.

Além disso, a criação pouco tempo depois, em 1993, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) reforçou o claro movimento de expansão da jurisdição concentrada em detrimento da difusa, num processo que pressupôs, em alguma medida ingenuamente, que a Corte Suprema seria capaz de equacionar adequadamente os conflitos, com capacidade institucional, grande legitimidade e reconhecimento social.⁹⁰

A realidade que se seguiu, no entanto, acabou produzindo situações curiosas e inusitadas, a exemplo o debate sobre a possibilidade de o Brasil sediar a Copa América, competição de futebol que galvaniza as atenções e produz grandes impactos econômicos e sociais.⁹¹

Esse sistema de defesa e realização constitucional permanece hígido até os dias atuais, permitindo que atos praticados na esfera pública e/ou privada, comissivos e omissivos, sejam submetidos à sindicância judicial, quando questionados à luz de sua conformidade com as normas fundamentais da nossa organização sociopolítica.

Cabe, então, investigar as vias instrumentais da jurisdição concentrada, a partir dos parâmetros legais constitucionais e aplicáveis, antes de examinar a realidade empírica ou a forma concreta como esses mecanismos estão sendo

⁹⁰ A Emenda Constitucional 3, de 1993, introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade no texto da Constituição. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-3-17-marco-1993-354966-publicacaooriginal-1-pl.html>> . Acesso em 28 fev 2022.

⁹¹ Nos autos da ADPF 756 (Tribunal Pleno, min. Ricardo Lewandowski, julgada em 10/06/2021), prevaleceu, com a maioria mínima possível de seis votos, a tese de que a ação não deveria prosseguir, registrando-se cinco votos para determinar que o governo federal e os estados apresentassem plano com medidas a serem tomadas para diminuir a contaminação por Covid-19 em meio ao evento. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6035593>> . Acesso em 28 fev 2022.

utilizados pelos atores legitimados e gerenciados pelos ministros do STF. Antes, ainda, cumpre referir à atuação do STF no sistema da jurisdição difusa, cujas decisões estabelecem pontos de contato com o processo objetivo.

2.2. A jurisdição constitucional difusa no paradigma constitucional de 1988

Como resultado do arranjo constitucional responsável por alargar o conteúdo normativo da Carta Constitucional de 1988, com a inserção de múltiplos temas na agenda constitucional, assistiu-se a uma gradativa expansão da atuação do Poder Judiciário e, particularmente, da Suprema Corte, essa última também no campo da jurisdição constitucional concentrada.

Mas o fenômeno da “judicialização da vida” também se faz presente na arena judicial difusa, composta por juízes de diferentes instâncias e segmentos do Poder Judiciário. E a razão para essa realidade está, certamente, no objetivo de realização e concretização do projeto constitucional, por meio de ações individuais, ações civis públicas e ações civis coletivas, propostas, respectivamente, por cidadãos, pelo Ministério Público e outras entidades da sociedade civil. Por esses instrumentos, pretende-se a realização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, num cenário que confirma a tese de que a presença judicial na arena política está definitivamente consolidada e que deve ser compreendida como essencial para o Estado Democrático de Direito.

Frente a esse cenário, parece natural também investigar a forma como os juízes, sobretudo os do Supremo Tribunal Federal (STF), estão desenvolvendo a função jurídico-política de defesa da Constituição, mas não sob uma perspectiva meramente formal ou limitada aos conteúdos e categorias dogmáticas que informam essa disciplina fundamental ou mesmo a partir dos métodos e técnicas decisórias e/ou argumentativas adotadas para a resolução dos milhares de conflitos de índole constitucional submetidos aos órgãos do Poder Judiciário.

Tais aspectos, conquanto extremamente relevantes, têm sido explorados com profusão pela rica doutrina nacional e estrangeira, sendo também alvo da notável e copiosa jurisprudência produzida pela Excelsa Corte. Muito além dessas questões, e mesmo sem prejuízo desses estudos e análises – sempre relevantes e necessários, ressalte-se –, cuida-se de perceber as práticas e os procedimentos, formais e

informais, adotados pelos magistrados da Suprema Corte, sobretudo nos diálogos promovidos com atores dos diferentes sistemas (político, econômico, moral etc) para a resolução dos múltiplos conflitos constitucionais que lhes são submetidos, o que confirma a natureza essencialmente política da jurisdição constitucional.

Buscar mecanismos que confirmem maior grau de legitimidade substantiva às decisões da Excelsa Corte, em temas relevantes e sensíveis, que deveriam ser equacionados, originariamente, em outras esferas de Poder, é o grande desafio que se coloca no presente.

A crescente e já referida expansão das áreas de atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), representa fenômeno verificado também em relação a outras Cortes Supremas, mas que no Brasil, como já enunciado, tem sua origem identificada no processo constituinte formalmente encerrado em 1988, cujas conclusões, muitas delas, seguem buscando efetividade no plano da realidade socioeconômica concreta.

Pode-se afirmar que entre as causas para esse complexo cenário atual, em que o STF tem expandido suas lindes de atuação, figura a abertura ampla do acesso à jurisdição constitucional concentrada, imposta pela Carta Política de 1988, que rompeu com o modelo tímido da representação de inconstitucionalidade previsto na Emenda Constitucional 16/65 (EC), em que a legitimidade para a instauração dessa instância excepcional de jurisdição perante o STF estava reservada, em termos exclusivos, ao Procurador Geral da República (PGR).

Buscando amplificar a semântica democrática e forjar mecanismos para a máxima eficácia de suas prescrições, a Carta Política de 1988 adotou um modelo de abertura da jurisdição constitucional sem precedentes em nossa história republicana, permitindo o acesso não apenas ao Procurador-Geral da República, como antes consagrado no sistema restritivo de 1965, mas também ao Presidente da República, às Mesas do Senado, da Câmara e das Assembleias Legislativas, aos Governadores de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além disso, a previsão no Texto Constitucional de 1988 de um sistema processual singular, destinado a orientar o exercício da jurisdição no âmbito do STF, confirma a relevância que foi atribuída em 1988 a esse órgão de cúpula do

Poder Judiciário, guardião último do Texto Constitucional e “pedra angular” do regime federativo. Ao lado das sofisticadas técnicas decisórias e modernas construções doutrinárias no campo das ações clássicas de controle concentrado de constitucionalidade, os novos e diferenciados instrumentos processuais idealizados em 1988 -- o Mandado de Injunção - MI e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF -- produzem tensões de diferentes níveis entre os poderes e confirma a ressignificação do postulado da tripartição dos poderes.

Ainda outra característica da Carta Política de 1988, digna de destaque, alcança a ampliação dos papéis cometidos ao Ministério Público, instituição pública autônoma e permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

No rol das relevantes funções institucionais do Ministério Público, sobressai o cuidado pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, e a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, II e III, da CF).

A esse conjunto de opções e aparatos instrumentais, legados pela Carta de 1988, soma-se o aumento da complexidade das relações sociais, econômicas e políticas, no contexto da sociedade globalizada contemporânea, estruturada em redes de comunicação instantânea, e que vivencia os impactos do progresso tecnológico sem precedentes, no contexto da denominada Revolução 4.0. E esse quadro rico em complexidades ganha contornos ainda mais significativos em face da crise de representatividade do sistema político, crise composta, fundamentalmente, pela crescente ausência de conexão ou “identidade ideológica” entre eleitores e partidos políticos, gerando um preocupante déficit de legitimidade, e pela incapacidade de produzir respostas satisfatórias a esses novos desafios.

Como efeito desse quadro de crise do sistema político, muitos dos debates da arena parlamentar são deslocados para a cena judicial, possibilitando a atuação, dita “expansiva”, do Poder Judiciário.

Nesse novo cenário, demandas novas e das mais diferentes naturezas são levadas aos vários órgãos do Poder Judiciário, em todos os graus de jurisdição, mas é no seu órgão de cúpula, cujos pronunciamentos assumem eficácia

vinculante, que esses debates ganham significado e expressão singulares, impactando toda a sociedade brasileira, por envolver temas ligados a políticas públicas asseguradoras de direitos fundamentais de “cunho prestacional” (saúde, educação, moradia, trabalho, assistência social etc), questões vinculadas ao campo político em sentido estrito e ainda questões ligadas aos conflitos e dilemas de ordem moral que dividem a sociedade brasileira.

Como forma de dotar o procedimento judicial de mecanismos que legitimem as decisões proferidas, a ordem jurídica tem passado por alterações significativas.

No âmbito da jurisdição concentrada, em especial, mesmo antes do advento do CPC de 2015, a legislação nacional já havia consagrado a possibilidade de oitiva de especialistas e atores interessados nas questões debatidas no âmbito das ações concentradas, segundo se observa da Lei 9868/99, demonstrando o louvável propósito de se conferir um maior grau de legitimidade democrática a essas decisões.

As recentes inovações previstas no Código de Processo Civil de 2015, de igual modo, concorrem para ampliar a legitimidade das decisões proferidas no campo da jurisdição constitucional difusa.

Nesse universo, merece destaque a adoção do Sistema de Direito Jurisprudencial, no qual foi prevista a possibilidade de edição de decisões com força obrigatória pelos tribunais, tomadas a partir de um procedimento democrático, com ampla possibilidade de participação dos interessados, tudo com o propósito de aproximar o rito judicial daquele praticado nas arenas legislativas, em que há prevista a ampla possibilidade de participação dos grupos interessados no processo de regulação de temas sensíveis.

No âmbito do STF, em especial, alguns aspectos adicionais merecem ser destacados.

Além das “demandas atípicas” direcionadas ao Poder Judiciário em processos objetivos, o trânsito de ações penais originárias, movidas em face de agentes políticos detentores da prerrogativa de foro perante o STF, no histórico processo de combate ao crime organizado e à corrupção na Administração Pública brasileira, concorreram para amplificar as atenções sobre suas práticas e seus magistrados.

Há significativo consenso no sentido de que o processamento e julgamento da Ação Penal 470, conhecida como a “ação do mensalão”, representou um marco significativo no processo de transição da forma de atuação do STF e na percepção social sobre a atuação de seus integrantes.

Nesse espaço de cognição especial, composto por muitas ações penais, recursos e “habeas corpus”, com questionamentos de diferentes níveis e naturezas, merece particular destaque o debate marcado pelas oscilações na leitura da Constituição, a propósito da possibilidade de início do cumprimento da pena por aqueles que foram condenados ou tiveram condenações confirmadas em segunda instância.

Outro aspecto que deve ser referido nesse conjunto de elementos ou condições que conduziram à centralidade do Poder Judiciário, na arquitetura político-institucional contemporânea, diz com a criação da TV Justiça, responsável por apresentar o Poder Judiciário e particularmente os ministros do STF à sociedade, aproximando-os do cidadão comum, num processo que parece irreversível de transparência e publicidade de suas atividades. A transmissão das sessões de julgamento do STF em tempo real, procedimento que também passou a ser adotado em relação às sessões de outros tribunais, quando em discussão temas de grande interesse social, galvanizaram as atenções nacionais e internacionais.

Os efeitos dessa exposição excessiva dos magistrados – sobretudo da Suprema Corte, tornando-os amplamente conhecidos – podem ser examinados com diferentes perspectivas, especialmente se considerados os exemplos e as práticas adotadas por tribunais supremos de outros países com regimes democráticos consolidados.

Apesar das fortes luzes que são lançadas sobre o STF e seus ministros, tribunais e magistrados de todos os graus de jurisdição vivenciam, embora em diferentes graus, os efeitos desses novos parâmetros da atuação judicial.

Nesse novo cenário, a independência do Poder Judiciário e de seus magistrados, característica essencial dos sistemas democráticos, vem sendo submetida a um rigoroso “teste de consistência”.

Nesse quadro rico em desafios e complexidades, muitos magistrados passaram a adotar condutas diferenciadas, expondo comentários e críticas em mídias e redes sociais sobre diferentes temas de interesse social, econômico e

político, muitos dos quais passíveis de judicialização ou já veiculados em ações e recursos em trânsito perante o Poder Judiciário.

Essa forma de proceder, embora justificada pela própria condição de cidadãos e pelo propósito legítimo de esclarecimento de temas e decisões proferidas, tem amplificado críticas e censuras sociais e políticas a esses magistrados e, por extensão, ao próprio Poder Judiciário. E os impactos dessas manifestações, sobretudo quando originárias de membros da Suprema Corte, assumem diferentes níveis, com efeitos de dissuasão, encorajamento ou viabilização de estratégias por parte de atores sociais, econômicos e políticos, gerando impactos concretos nos mais variados âmbitos.

Essa nova realidade levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a editar, recentemente, ato normativo destinado a fixar parâmetros para o uso das redes sociais pelos magistrados.⁹²

Antes vinculado a um modelo de atuação discreto e inercial, sempre dependente da provocação dos interessados e com atuação geralmente retrospectiva no exercício de suas competências, o Poder Judiciário tornou-se um ator político central, ditando normas com eficácia prospectiva, suscetíveis de impactar todas as esferas da experiência social coletiva.

Historicamente, a forma de atuação dos magistrados sempre se fez cercada de regras impositivas de discrição e reserva, com restrições de diferentes naturezas nos planos pessoal, social e funcional, tudo com o propósito de garantir a independência, a dignidade da função judicial e a própria respeitabilidade do Poder Judiciário.

Na tradição republicana nacional, tem-se a impressão de que o diálogo entre os órgãos do Poder Judiciário e os membros dos demais poderes sempre esteve limitado a aspectos de interesse institucional recíproco, a exemplo das demandas e questões vinculadas à estruturação do respectivo orçamento e das contribuições públicas para os debates voltados ao aprimoramento de textos normativos, jamais alcançando eventuais tentativas de interferência nos processos e decisões vinculados ao exercício último ou finalístico de suas competências e atribuições.

⁹² Resolução N° 305 de 17/12/2019. Disponível em: <

Nesses casos, a defesa dos interesses patrocinados pelos demais entes públicos envolvidos se efetivava por meio dos canais jurídico-institucionais legalmente previstos e aplicáveis a todos os jurisdicionados, em estrita conformidade com o devido processo legal e com as notas essenciais da isonomia, da transparência e da publicidade, sem riscos de interferências indevidas ou constrangimentos de quaisquer espécies para o livre exercício de suas competências jurisdicionais.

Em perspectiva ampla, esse “agigantar” do Poder Judiciário contrasta com o seu passado recente, sobretudo antes do advento da Constituição de 1988.

Em obra publicada no final da década de 60 do século passado, Aliomar Baleeiro, que integrou a Suprema Corte, notabilizou-se, ao descrever o Supremo Tribunal como um ilustre desconhecido da sociedade brasileira. E de fato o STF não detinha grande expressão no concerto dos poderes do Estado.

Ressalvados alguns momentos episódicos de atuação em defesa da liberdade física fundamental dos cidadãos contra atos arbitrários praticados pelos regimes de exceção que sucessivamente se implantaram em nosso país, no curso da história republicana, a atuação do STF sempre se revelou secundária, apática e discreta.

Mesmo após o advento da Constituição de 1988, um dos marcos institucionais mais expressivos da nossa história republicana, a atuação da Suprema Corte ainda se mostrou conservadora ou refratária às grandes inovações, podendo-se citar, como exemplo, a própria compreensão inicial conferida ao Mandado de Injunção, importante instrumento político-processual de superação de lacunas em temas ligados ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da CF), e que restou equiparado, em um primeiro momento, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a despeito das sinalizações em sentido contrário de respeitadas vozes da doutrina.

O quadro atual, diversamente, revela um Poder Judiciário, e particularmente a Suprema Corte, como o espaço central de resolução das grandes

questões nacionais, com seus ministros agindo de forma a influenciar a agenda política e o debate sobre temas atuais e sensíveis à cidadania.⁹³

Como efeito natural dessa curiosa e inédita realidade, surgem múltiplos questionamentos sobre o modo de ser deste órgão singular, sobre seus atores, sobre suas práticas. Questionamentos que transitam entre a real identidade desse tribunal e seu “locus” institucional, passam pela revisão do modelo de recrutamento de seus membros e limitação de suas investiduras e pela forma como exercem a jurisdição (excesso de decisões singulares ou monocráticas, pedidos de vista sem data e articulações e composições internas), tudo, com o propósito de ampliar a legitimidade para a guarda em última instância da Constituição.

As opções do legislador constituinte materializadas no Texto de 1988 e que corporificaram um documento analítico e abrangente, para o qual concorreram muitas das normas – princípios e regras – informativas dos diferentes ramos do direito, estimulou a judicialização de muitas dessas questões, antes inseridas no denominado “direito comum”, mas que passaram a ser examinadas e resolvidas à luz da metodologia hermenêutica própria do direito constitucional.

Como autênticas questões constitucionais, embora sob o prisma estritamente formal, as respostas construídas pelo sistema judicial contribuíram para a difusão da semântica constitucional sobre diferentes domínios, elevando a carga de trabalho direcionada à Suprema Corte tanto na esfera jurisdicional difusa, quanto nas ações de controle concentrado.⁹⁴

O processo de “civilização” do direito constitucional ou de constitucionalização do direito comum promoveu a busca massiva do acesso ao Supremo Tribunal, reforçando o cenário de crise sistêmica que logo foi enfrentado pelo legislador constituinte derivado, com a Reforma do Poder Judiciário, objeto da Emenda Constitucional 45/2004.

⁹³ Recente exemplo divulgado pela mídia confirma a asserção: “Barroso se reúne com deputados da comissão do voto impresso.” Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-06/barroso-se-reune-com-deputados-da-comissao-do-voto-impresso>. Acesso em 12 jul 2022.

⁹⁴ A crítica de KELSEN à jurisdição difusa deve ser lembrada: “A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.” (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303).

Muito embora esse cenário de excesso de demandas pareça acompanhar a trajetória institucional da Suprema Corte, ensejando respostas de diferentes espécies em distintos momentos,⁹⁵ o marco normativo fundamental de 1988 promoveu impactos de grandes dimensões, que ainda se fazem sentir na conformação das demandas e das respostas produzidas pelo órgão máximo do sistema judicial brasileiro.

Parece incontestável a tese de que um modelo judiciário ideal deve assegurar garantias básicas aos jurisdicionados, envolvendo não apenas o acesso ao sistema (art. 5º, XXXV, da CF), mas a própria conclusão das disputas em tempo razoável (art. 5º, LXXIV, da CF), com decisões substancialmente justas (CPC, art. 4º), proferidas depois de concluído um procedimento em que preservados amplamente o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV, da CF).

Entre as garantias da cidadania há de figurar também a possibilidade de pelo menos uma revisão das decisões proferidas (CF, art. 5º, LV), afastando-se o risco de decisões arbitrárias ou injustas e esvaziando-se resistências na fase de cumprimento dessas decisões judiciais. Consagra-se, assim, a noção do duplo grau de jurisdição, embora sem significado absoluto, pois está autorizado o legislador a limitar determinadas disputas de menor expressão econômica ou relevância jurídica ao crivo judicial singular.

É certa, porém, a premissa de que o acesso aos tribunais de cúpula ou de superposição, notadamente ao STF, no âmbito dos conflitos subjetivos, não poderia representar simples opção do litigante sucumbente, mas, ao contrário, haveria que se legitimar a partir da presença de elementos adicionais, ou pressupostos específicos ou intrínsecos, que transcendem o aspecto meramente subjetivo da disputa, alcançando o próprio interesse público estatal na defesa da integridade da ordem jurídica.

⁹⁵ Comentando a realidade do STF na década de 1970, que ensejou a consagração da arguição de relevância a partir do Regimento Interno do STF, DANTAS recorda que: “Preocupado com a crescente sobrecarga de trabalho, e exercitando a competência legislativa primária que lhe fora constitucionalmente conferida, o STF iniciou, já em 1970, o movimento que culminaria na adoção da arguição de relevância da questão federal no ano de 1975. Com efeito, naquele ano, editou-se emenda regimental que estabelecia filtros relacionados com o valor e a natureza da causa, excetuando das restrições impostas os casos de ofensa à Constituição e de discrepância manifesta da jurisprudência dominante do STF. Conforme o tempo evidenciou a insuficiência da modificação, o STF se reuniu para, em 1975, editar a Emenda Regimental 3 ao seu regimento interno. Essa emenda alterava substancialmente o art. 308, de modo que nele se previu, pela primeira vez no direito brasileiro, a referência à relevância da questão federal como critério balizador da apreciação dos recursos extraordinários pela Corte.” (DANTAS, Bruno. Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251–252).

Ainda, ao lado desses requisitos especiais de admissibilidade da atuação da Suprema Corte, também observados perante os demais órgãos da jurisdição extraordinária, haveria mesmo o legislador de considerar a introdução de um filtro seletivo adicional, e rigoroso (!), como forma de preservar o órgão máximo do sistema judicial, o que ocorreu com a introdução do requisito da “repercussão geral”, com o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004,⁹⁶ também responsável pela inserção das súmulas com efeito vinculante no Texto Fundamental de 1988.⁹⁷

Particularmente em relação às súmulas com efeito vinculante, há de se reconhecer o louvável esforço do legislador constituinte derivado na perspectiva da máxima racionalização do sistema judicial.⁹⁸

Disciplinado o procedimento para edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006,⁹⁹ o legislador dispôs que o objetivo visado foi permitir a superação de quadros graves de insegurança jurídica traduzidos em múltiplos e repetitivos processos, nos quais suscitada dúvida acerca da validade, da interpretação ou da eficácia de normas jurídicas determinadas.

A par de estabelecer a participação obrigatória do Procurador-Geral da República nesse procedimento, o legislador estabeleceu o quórum

⁹⁶ Com o advento da EC 45/2004, introduziu-se o § 3º ao art. 102 da CF, com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” A regulamentação desse instituto é encontrada nos arts. 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e nos arts. 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

⁹⁷ Essa importante inovação, a par de reforçar o papel criativo e integrativo das decisões judiciais, particularmente as editadas pelo STF em matéria constitucional, foi prevista no art. 103-A da CF, com o seguinte conteúdo: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁹⁸ Foram editadas até o instante em que realizada esta pesquisa 58 súmulas vinculantes pelo STF: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>.

⁹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em 13 jan 2022.

qualificado de dois terços para a produção, revisão ou cancelamento de súmulas, conferindo legitimidade para deflagrar o procedimento aos mesmos legitimados para as ações de controle concentrado (art. 103 da CF), mas com o acréscimo do Defensor Público-Geral da União e de todos os tribunais. Buscando ainda vivificar o ideal federativo, previu-se aos municípios a possibilidade de provocação incidental em processos subjetivos de que sejam partes, com o mesmo fim de edição, revisão ou cancelamento de súmulas, mas sem suspensão desses processos.

A técnica da modulação de efeitos foi também prevista de modo expresso para as súmulas vinculantes, como forma de tutelar o valor segurança jurídica ou por razões de excepcional interesse público, não sendo admitida em nenhuma hipótese a suspensão de processos em curso pela só apresentação de propostas de edição, revisão ou cancelamento desses vetores jurisprudenciais.

Como forma de reforço ao sistema vinculante, estabeleceu-se a reclamação contra decisões judiciais ou atos administrativos que contrariarem enunciados de súmulas vinculantes, negar-lhes vigência ou aplicá-los indevidamente, devendo ao STF, se julgar procedente a reclamação, anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial, determinando seja outra proferida, com a aplicação da tese sumulada, conforme o caso.

No plano do contencioso administrativo, disciplinado pela Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o objetivo de vinculação administrativa às teses vinculantes foi ainda enfatizado com os deveres de as autoridades administrativas explicitarem, de forma exaustiva e analítica, as razões pelas quais os casos decididos não se amoldam às teses vinculantes, com a ressalva de que, eventual decisão do STF em contrário, obrigará o reexame do caso concreto e dos casos futuros semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.¹⁰⁰

Assentada a forte vinculação da Administração Pública às teses vinculantes editadas pelo STF, não parece haver também sentido ético, lógico ou

¹⁰⁰ Ao editar a Lei 11.417/2006, o legislador alterou três dispositivos da Lei 9.784/99, a saber: “Art. 56. (...) § 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” “Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” “Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

jurídico em se permitir que decisões judiciais sejam proferidas de forma dissonante acerca das mesmas questões jurídicas já definitivamente equacionados pelo STF ou mesmo pelos demais órgãos judiciários aos quais vinculados os julgadores.

Aos magistrados a ordem jurídica confere prerrogativas tidas por essenciais para o exercício livre e independente da jurisdição,¹⁰¹ afastando-se o risco do arbítrio estatal e de supressão dos direitos e garantias fundamentais. Ao lado das garantias funcionais conferidas aos membros do Poder Judiciário, a ordem jurídica assegura-lhes também, com particular destaque, a liberdade de convencimento¹⁰², a qual apenas é contingenciada pelo dever ético e jurídico de motivação ou fundamentação de suas decisões.¹⁰³

Nesse cenário, “decisões judiciais assistemáticas” – assim concebidas aquelas que se recusam, sem racional e consistente fundamentação,¹⁰⁴ a dar aplicação às diretrizes superiores, notadamente do STF – não devem ser toleradas ou

¹⁰¹ A Lei Complementar 35, de 1979, a LOMAN, e a CF estabelecem, entre outras, as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (arts. 25 a 32 da LOMAN e art. 95 da CF).

¹⁰² O Código de Processo Civil de 1973 fixava regra com o seguinte teor: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” No CPC de 2015, o preceptivo correspondente conta com a seguinte redação: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” A par de suprimir a expressão “livremente” no novo CPC, o legislador expressamente aludiu à liberdade na valoração das provas, ligadas às denominadas “questões de fato”, não obviamente às “questões de direito”. Questões de direito concernem à existência, validade ou eficácia de determinadas normas jurídicas ou ainda à definição de seu sentido e alcance, diversamente das questões de fato, ligadas à ocorrência de determinados eventos polemizados pelos litigantes no plano da realidade vivencial concreta. Compreendidas essas questões como pontos controvertidos sobre os quais o magistrado deve necessariamente se pronunciar, como condição para a regular composição do conflito, há que se afirmar que a liberdade decisória dos magistrados será ampla, tanto em questões de fato quanto nas de direito, desde que os órgãos judiciários a que vinculados não tenham, ainda, se debruçado sobre essas últimas, equacionando-as de forma regular. As decisões sobre questões de direito proferidas pelos órgãos superiores da jurisdição tornam-se obrigatórias, como prevê o art. 927, I a V, do CPC.

¹⁰³ É o que prevê o inciso IX do art. 93 da CF, “*verbis*”: “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

¹⁰⁴ Decisões judiciais que se recusam a aplicar teses vinculantes apenas são legítimas e justificáveis apenas quando demonstradas situações claras de distinção, ou seja, casos cujas premissas de fato e/ou de direito sejam gravadas por singularidades que justifiquem um exame particular e diferenciado, tal como prevê o novo Sistema de Direito Jurisprudencial introduzido pelo CPC de 2015, consoante as seguintes regras: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” e “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...) § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

consideradas legítimas, desde que sejam claramente lesivas aos interesses maiores da própria cidadania, titular dos direitos à isonomia, também nos instantes da interpretação e aplicação do direito, e à eficiência do sistema de justiça estatal.

Definitivamente, o equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, valores que devem, respectivamente, balizar a conformação e a atuação dos sistemas normativo e judicial, há de encontrar no veto à recorribilidade ilimitada ou excessiva o seu ponto ideal de inflexão. Por isso, devem ser consideradas excepcionais as hipóteses de intervenção da Corte Suprema no campo da jurisdição difusa, sobretudo em razão da prévia atuação de outros órgãos judiciários na resolução dessas causas, muitos dos quais, inclusive, vinculados à jurisdição extraordinária (TSE, STJ e TST).

Em outras palavras, se foi amplamente assegurado às partes o direito de acesso à Justiça, expondo argumentos e produzindo provas perante os graus ordinários e extraordinários da jurisdição, segundo as regras do devido processo legal, nada justifica a possibilidade objetiva de elevação do debate à jurisdição da Suprema Corte, por simples ato de vontade da parte sucumbente. E o filtro seletor da repercussão geral, nesse contexto, cumpre o relevante papel de preservar a atuação do Supremo Tribunal, qualificando-a para o enfrentamento das questões de grande importância para o conjunto da sociedade brasileira.

No plano da jurisdição difusa, o STF examina recursos extraordinários interpostos contra acórdãos proferidos em única ou última instância, em hipóteses nas quais é alegada a afronta a dispositivos da Constituição, em que efetivada a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou ainda quando considerada válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou quando reputada válida “lei local” contestada em face de lei federal.¹⁰⁵

Em todas essas hipóteses, cumpre ao litigante recorrente demonstrar a repercussão geral da questão constitucional debatida, como capítulo específico,¹⁰⁶ sob pena de não admissão de seu recurso.¹⁰⁷

¹⁰⁵ É o que prevê o art. 102, III, “a” a “d”, da CF.

¹⁰⁶ Segundo decisão proferida na QO-AI 664.567 (Min. Sepúlveda Pertence), a preliminar formal de repercussão geral deve ser observada nos recursos extraordinários interpostos a partir de 3 de maio de 2007, quando entrou em vigor a Emenda Regimental nº 21/07 ao RISTF, que definiu critérios para aplicação do novo instituto.

¹⁰⁷ Cabe referir aqui, no entanto, a registro disponível no site do STF, acerca da possibilidade de não aplicação do regime da repercussão geral, segundo critério discricionário de cada relator: “No que respeita aos recursos interpostos já sob a égide do instituto da repercussão geral, alguns Relatores têm entendido possível seu julgamento - monocrático, nas Turmas ou no Pleno - sem a observância das novas regras. Vale dizer, para esses casos, a decisão proferida não produzirá, para recursos que versem sobre o

Será reconhecida a repercussão geral quando presentes questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo, sendo, objetivamente, afirmada nos casos em que a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

Tal como ocorre em relação às ações de controle concentrado e nos procedimentos para resolução de demandas e recursos repetitivos, admite-se a participação de terceiros interessados no debate jurídico submetido à Suprema Corte, mas a critério discricionário do relator, que poderá também determinar a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

O volume de trabalho dirigido aos órgãos do Poder Judiciário sempre foi a causa principal da lentidão na produção das respostas judiciais. Apesar dos sucessivos e elevados índices de produtividade dos órgãos judiciários, verificados ano a ano, sobretudo a partir das metas criadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário não tem logrado responder aos reclamos sociais em tempo oportuno.

A análise dos dados estatísticos disponíveis no sítio mantido pelo STF junto à Internet confirma a excessiva carga de trabalho direcionada ao órgão de cúpula do sistema judicial.¹⁰⁸

No ano de 1988, data da promulgação da Constituição, foram recebidos no STF 21.328 processos, distribuídos 18.674, julgados 16.313 e lavrados e publicados 4.760 acórdãos. Dez anos depois, em 1998, esse número se elevou em mais de 100%, pois foram recebidos 52.636 processos, distribuídos 50.273, julgados 51.307, com 13.954 acórdãos publicados. Ainda seguindo o ciclo de dez anos, em 2008 o STF recebeu 100.781, dos quais foram distribuídos 66.873, o que possibilitou a edição de 85.608 decisões monocráticas e 18.629 decisões colegiadas, com 19.377 acórdãos publicados. Por fim, os dados estatísticos do ano de 2019 revelam que foram recebidos

mesmo tema, os efeitos pretendidos pela nova legislação (decisão de prejudicialidade ou retratação pelos tribunais).” Disponível em: <
<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=comrecvisaogeral>>. Acesso em 13 fev 2022.

¹⁰⁸ Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em 28 fev 2022.

93.197, distribuídos 87.595, sendo lavradas 97.908 decisões monocráticas e 17.695 colegiadas, além de 17.556 acórdãos.¹⁰⁹

O exame desses dados permite concluir que o total de processos multiplicou-se em 4,4 vezes entre os anos 1988 e 2019, bem assim que os julgamentos colegiados representaram apenas 19% da produtividade do STF no ano de 2019.

Buscando responder a esse cenário de crise na prestação jurisdicional tempestiva, observado de forma generalizada, o legislador ordinário tem sido incansável em propor soluções normativas em diferentes níveis. Ao longo da década de 90 do século passado, propostas várias foram produzidas pela Escola Nacional da Magistratura, levando à edição de diversos diplomas legais, a exemplo das Leis 8.952/94 e 10.444/02, responsáveis por introduzir o instituto da antecipação dos efeitos da tutela e da tutela específica da obrigação, impondo aos litigantes a distribuição equitativa dos ônus decorrentes da demora patológica do processo.

Com esse mesmo espírito, a Lei 9.756/98 produziu a quebra da noção de colegialidade nos tribunais, possibilitando os julgamentos monocráticos, embora ressalvada a possibilidade de interposição de recurso ao órgão colegiado competente. Outra iniciativa importante envolveu a fusão do processo de execução ao processo de conhecimento, um autêntico sincretismo processual, objeto da Lei 11.232/05.

Mais recentemente, o advento do novo Código de Processo Civil, responsável por introduzir diversas inovações, voltadas a garantir um processo justo e capaz de produzir respostas breves, além de estimular as vias adequadas – outrora tratadas como alternativas – de resolução de conflitos.

As inovações em questão, embora bem vindas, não se mostraram capazes de viabilizar a melhor gestão de acervos pelos órgãos do Poder Judiciário, levando a algumas distorções, detectadas pela doutrina, a exemplo do número excessivo de decisões monocráticas.

Cabe, porém, realçar que a sistemática da repercussão geral tem produzido bons resultados, a despeito das dificuldades do próprio STF em julgar tantas questões. Atualmente, foram examinados 505 casos com repercussão geral reconhecida, dos quais 115 no Plenário Virtual. A inexistência de repercussão geral foi

¹⁰⁹ Os dados relativos aos anos de 2020 e 2021 não estavam disponibilizados em 28.02.2022, quando da realização dessa pesquisa.

afirmada em 383 casos, dos quais 342 recusados por envolver questões infraconstitucionais. Também com repercussão geral reconhecida e pendente de julgamento, existem 177 casos, o que remarca o sucesso do sistema.¹¹⁰

Para dinamizar as análises, o STF tem se valido do Plenário Virtual, cujo alcance foi ampliado, inicialmente pela Resolução 642, de 14.6.2019, com classes processuais outras, e mais recentemente pela Resolução 675, de 22.4.2020, para abranger todas as classes processuais. Por essa via eletrônica, a análise em sessão presencial de casos inicialmente submetidos ao Plenário Virtual fica vinculada à deliberação do Relator, muito embora às partes esteja assegurada a possibilidade de exercício, também por meio eletrônico, da sustentação oral.

Caber recordar que, entre as críticas direcionadas à forma como a jurisdição vem sendo exercitada no âmbito do STF, figuram as expressões “monocratismo” e “ministrocracia”: a primeira, reveladora de uma abrangente atuação solitária por parte dos ministros, quando seria conveniente que as decisões fossem colegiadas e precedidas de amplos debates, inclusive com a participação dos interessados, por meio de sustentações orais; e a segunda, em que se denunciados desvios ligados aos poderes de agenda, decisão e sinalização política.

A despeito das críticas, é preciso lembrar que há sempre a possibilidade de recurso, via agravo interno, contra decisões singulares ao órgão colegiado competente, o que representa garantia, ainda que diferida, de submissão do tema a pelo menos uma revisão.¹¹¹ Nada obstante, com o advento da Emenda Regimental 54, de 1º de julho de 2020, previu-se que as decisões monocráticas devem

¹¹⁰ Dados colhidos do site do STF. Disponível em: <
https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>.
Acesso em 28 fev 2022.

¹¹¹ No âmbito do próprio STF, o tema tem sido debatido, havendo inclusive proposta de alteração regimental apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, para inclusão do inciso XII ao artigo 5º do Regimento Interno do STF, determinando que as decisões que afetassem os demais poderes não poderiam ser editadas monocraticamente. Apresentada logo após a decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, em que ordenada a suspensão liminar da nomeação de Alexandre Ramagem para a Diretoria-Geral da Polícia Federal, a proposta foi recusada pelos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Dias Toffoli. Os Ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Luiz Fux entenderam que a existência de outra proposta faria prejudicada a apresentada pelo Ministro Marcio Aurélio. De fato, os Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli propuseram a inserção de regras regimentais com os seguintes conteúdos: “Art. 21. (...) V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, submetendo-as imediatamente ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual. (...) § 5º A decisão proferida nos termos do inciso V somente produzirá efeitos após a liberação do referendo para julgamento pelo colegiado competente, sendo o processo automaticamente inserido na pauta da sessão imediatamente posterior.” Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoAtasSessoesAdministrativas/anexo/Proposta8509.pdf>>.
Acesso em 28 fev 2022.

ser submetidas a referendo do plenário, nos casos em que o objeto de questionamento for ato do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal e do Presidente do Supremo Tribunal Federal.¹¹²

A segunda crítica, diversamente, produzida com a alcunha de “ministocracia”, mostra-se bem mais séria, com efeitos sobre a legitimidade do exercício da jurisdição. Os elementos que permitem visualizar os desvios foram assim identificados pela doutrina: a) exercício individual do poder judicial, sem aval do pleno ou mesmo contra ele; b) supressão da competência plenária ou submissão ao colegiado após a consumação do impacto na realidade considerada; c) liminares não submetidas a ratificação e pedidos de vista - “a perder de vista”; d) ações e declarações com efeito de dissuasão, encorajamento ou viabilização de estratégias de atores políticos; e) STF como ator político central, agindo via imprensa.^{113 114}

A despeito dos inconvenientes gerados a partir dessas sugeridas disfuncionalidades identificadas pela doutrina, é fato que esse modo de proceder – que deve ser superado – reflete as características do processo decisório próprio da arena política em sentido estrito, marcado pela ampla flexibilidade das regras de funcionamento aplicáveis. Reconhecer a natureza essencialmente política da atuação do STF em diversas questões facilita a compreensão dessa realidade e permite avançar com propostas destinadas ao desejado aprimoramento institucional.

2.3. A jurisdição constitucional concentrada sob a perspectiva dogmático-procedimental.

A Carta Política de 1988 define as competências dos tribunais que cumprem a função jurisdicional extraordinária, sendo possível, a partir

¹¹² O teor da Emenda Regimental 54, de 1.7.2020, está disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RIEmenda.pdf>>. Acesso em 28 fev 2022.

¹¹³ Diego W. Arguelhes e Leandro M. Ribeiro apontam o risco grave envolvido no que denominam ministocracia, por levar a um “super contramajoritarismo” e por oferecer o risco de captura política dos ministros ou de captura da política pelos ministros, sempre de forma solitária, comprometendo-se a legitimidade da atuação do próprio STF. (Ministocracia. Arguelhes, Diego W.; Ribeiro, Leandro M. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013>. Acesso em 19 junho 2020).

¹¹⁴ Para confirmar concretamente a hipótese dos desvios referidos, citam no mesmo estudo alguns exemplos concretos: a) nomeação de Lula como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff - Ministro Gilmar Mendes; b) tramitação do pacote das “10 medidas contra a corrupção” - Ministro Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar a tramitação na Câmara; c) prosseguimento a um pedido de impeachment contra Michel Temer - Ministro Marco Aurélio; d) processo de cassação Dilma/Temer no TSE – vista regimental do Ministro Gilmar Mendes, com sucessão de notícias da Lava-jato; e) declaração do Ministro Lewandowski acerca da possibilidade de exame do mérito do impeachment pelo STF.

desses critérios de atuação, extrair os diferentes perfis da Suprema Corte, que se desdobram, essencialmente, nos dois âmbitos das jurisdições constitucionais difusa e concentrada.

Como já anotado, ao exercitar a jurisdição difusa, o STF examina recursos extraordinários interpostos contra acórdãos proferidos em única ou última instância, em hipóteses em que é alegada a afronta a dispositivos da Constituição, quando tiver havido declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou ainda quando foi considerada válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou quando reputada válida “lei local” contestada em face de lei federal.

No rol de competências originárias do STF, entre as dezesseis alíneas que compõem o art. 102, I, da CF, figura um conjunto de ações voltadas à defesa objetiva da Constituição, ao julgamento de infrações penais comuns por determinadas autoridades, bem assim os respectivos habeas corpus, além dos conflitos federativos entre a União e os demais entes subnacionais e da reclamação destinada à preservação de sua competência e à garantia da autoridade de suas decisões.

Merecem especial destaque nesse complexo instrumental a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), às quais concorrem as Reclamações, via processual singular e cada vez mais utilizada, a pretexto de defender não apenas a competência daquele órgão de cúpula, mas de preservar a eficácia “erga omnes” e vinculante das próprias decisões proferidas. Ainda ao longo desse trabalho, pretende-se realçar a tendência de uso das reclamações à margem da disciplina constitucional, como forma de abreviar discussões e resolver desde logo questões jurídicas que deveriam seguir a via jurisdicional ordinária, antes de ascender às instâncias extraordinárias, em clara subversão ao devido processo legal.

Integradas ao processo objetivo de defesa da Constituição, essas ações foram referidas de modo genérico no corpo da Carta Política, sem qualquer disciplina normativa adicional ligada ao respectivo processamento, ressalvadas apenas as disposições vinculadas à legitimidade para a instauração dessas instâncias excepcionais, à oitiva prévia em parecer do Procurador-Geral da República e à citação do Advogado-Geral da União, para promoção da defesa do ato legal ou normativo impugnado.

Essa curiosa situação de anomia normativa, característica também presente nas cartas políticas pretéritas,¹¹⁵ ensejou a edição de normas regimentais pela própria Suprema Corte, as quais buscaram guardar o espírito do contexto político em que foi prevista a possibilidade desse controle objetivo amplo, malgrado com a prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral da República para acioná-lo, consoante a disciplina da Emenda Constitucional 16, em 1965.

Compondo o Regimento Interno do STF, essas normas processuais estão sediadas nos arts. 169 a 178, às quais se somaram, em 1999, as disposições da Lei 9.868, sendo ainda hoje notável o descompasso de muitas dessas disposições com a disciplina da Carta Constitucional de 1988 e da própria compreensão da Excelsa Corte acerca de algumas matérias.¹¹⁶

Com o propósito de superar essa lacuna normativa, em 10 de novembro de 1999 foi editada a Lei 9.868, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A par de exigir critérios lógicos de dialeticidade -- a exemplo da exposição das normas questionadas e das razões e fundamentos jurídicos que justificam a impugnação e o pedido dela decorrente (art. 3º) -- e de procedibilidade, tais como a racionalidade da narrativa e a plausibilidade das alegações (art. 4º), o novel diploma legal vedou a intervenção de terceiros (induzindo eventuais interessados na disputa objetiva a proporem suas próprias ações), mas franqueou ao relator, considerada a relevância da matéria e a representatividade de eventuais postulantes, a admissão de manifestações de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º).

¹¹⁵ A Carta de 1934 previa apenas a análise pelo STF da constitucionalidade da lei de intervenção federal nos Estados, nos casos em que afrontados um dos seguintes princípios: forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões (art. 12, § 2º). O Texto de 1937 nada dispôs sobre a competência da Suprema Corte para a intervenção federal, até porque tal competência foi reservada ao Presidente da República ou a Câmara dos Deputados, ressalvada apenas a requisição do STF ao Presidente da República, quando necessário para assegurar a execução das leis e sentenças federais (art. 9º, parágrafo único). A Constituição de 1967 dispôs sobre a competência para julgamento da representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 114, I, "I").

¹¹⁶ Ainda está prevista a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral para a instauração do processo de controle objetivo, vedada a "assistência" a qualquer das partes (art. 169, "caput" e § 2º), bem assim o caráter dúplice das decisões proferidas nessa sede excepcional, desde que atingido o quórum mínimo de seis votos (art. 173). Também está prevista a necessidade de comunicação ao Senado Federal, para efeito de suspensão da norma jurídica declarada inconstitucional, em julgamento proferido em controle difuso de constitucionalidade (art. 178)

Ainda como forma de legitimar a mais ampla e adequada resolução do conflito constitucional, o legislador fixou a possibilidade de o relator requisitar informações adicionais, inclusive aos tribunais, designar perito ou comissão de peritos para emissão de parecer ou fixar data para audiência pública destinada à oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, §§ 1º e 2º).

Ponto relevante também tratado na Lei 9.868/99 diz com a tutela provisória de urgência de natureza cautelar, destinada a preservar a integridade da ordem jurídica fundamental, aparentemente ameaçada ou afrontada por leis e atos normativos.

De forma compatível com a cláusula da reserva de plenário de que trata o art. 97 da Constituição de 1988, a lei em causa permitiu a concessão da cautelar, como meio de interditar provisoriamente a eficácia do ato normativo questionado, pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal.

Nada obstante, foram excluídos do exame colegiado os pedidos cautelares em ações de controle concentrado formulados durante o período do recesso judicial, quando possibilitada a ação singular do presidente da Excelsa Corte.

Ainda que de forma questionável, diante da clareza do art. 97 da CF, o legislador ordinário inseriu regra de exceção ao exame das cautelares em ações de controle concentrado, nos casos em que a defesa da ordem fundamental se mostrar urgente e necessária, sem que haja possibilidade da atuação do colegiado.

Tal compreensão, fruto evidente do momento histórico em que foi editada, poderia ser facilmente questionada e mesmo superada nos dias atuais, em que a atuação dos órgãos judiciais vem sendo realizada com a utilização de recursos tecnológicos de transmissão de sons e imagens em tempo real.¹¹⁷

Significa dizer, então, que não mais se pode cogitar da impossibilidade absoluta de atuação colegiada mesmo nos períodos de recesso judicial, bastando apenas a designação de sessão extraordinária de julgamento pelo Presidente do STF, para que os ministros possam se reunir e deliberar a respeito de pretensões cautelares deduzidas em defesa da ordem jurídica constitucional.

A ocasional ausência ou dificuldade de participação de um ou outro ministro, eventualmente inacessível ou inalcançável pelos recursos tecnológicos

¹¹⁷ O CPC de 2015 fixou a possibilidade de prática de atos remotos ou telepresenciais, o que foi amplamente adotado implementado no quadro de Pandemia instalado pelo vírus SARS-CoV-2 (COVID19). O § 3º do art. 236 do CPC dispõe: “§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.”

durante o recesso forense, não impediria a deliberação plenária, que está condicionada à presença de no mínimo oito magistrados (art. 22 da Lei 9.868/99) e à obtenção do quórum mínimo de seis votos (maioria absoluta) para a resolução da questão constitucional, com eficácia vinculante e efeito “erga omnes” (arts. 97 e 102, § 2º da CF c/c o art. 23, par. único, da Lei 9.868/99).

Como expressão da própria garantia fundamental do acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário, a previsão normativa autorizativa ao Presidente do STF para deliberar sobre pedidos cautelares, em ações de controle concentrado, objetivou resguardar os pressupostos da plausibilidade jurídica da tese e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do provimento judicial concentrado, requisitos gerais do processo projetados também ao domínio da jurisdição constitucional concentrada (CPC, art. 300).

Essa competência singular do Presidente do STF, no entanto, materializa regra de exceção absoluta, como tem reconhecido a própria jurisprudência do STF, na qual afirmada ainda, e de forma acrítica e sem lastro legal inequívoco, a competência funcional dos respectivos ministros relatores para o juízo deliberativo cautelar.¹¹⁸

É preciso, ainda, recordar que o legislador prefigurou a eficácia dessas decisões concessivas de cautelas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, fixando-as, regra geral, com efeitos futuros ou “ex nunc” (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99), certamente com o propósito de tutelar, embora sob condição resolutiva, a eficácia das relações jurídicas que se constituíram sob a vigência da norma censurada.

Com essa medida, pretendeu harmonizar o exercício do poder geral de cautela com a própria presunção de constitucionalidade que grava as leis e atos normativos editados pelo Poder Público.

Nada obstante, de forma coerente e necessária, ressaltou também a possibilidade de suspensão com efeitos “ab ovo” da eficácia das leis ou atos normativos combatidos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nos casos em que, obviamente, o vício máximo da transgressão a dispositivos fundamentais da ordem jurídica se revelar manifesto e evidente.

¹¹⁸ ADI 2.849-MC, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 3.4.2003; ADI 4.232-MC, Rel. Ministro Menezes Direito, DJe 22.5.2009; ADI 1.899-7, ADI 4307, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 8.10.2009.

Da decisão cautelar que impõe a supressão da eficácia da lei ou ato normativo, mesmo em sede cautelar, extrai-se o efeito repristinatório de eventual lei ou ato normativo que tenha sido revogado pela norma censurada, salvo se houver disposição expressa em contrário editada pelo próprio tribunal (art. 11, § 2º, da Lei 9.868/99).

Aspecto que merece atenção, ainda na Lei 9.868/99, alcança a disciplina conferida às Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), subespécie de ADI (§ 2º do art. 103 da CF), nas quais se objetiva combater situação de anomia normativa inconstitucional de responsabilidade de um dos Poderes ou de órgão da Administração Pública.

A par de reprisar os comandos de ordem dialética e de procedibilidade (arts. 12-A a 12-E), o legislador ordinário aludiu ao poder geral de cautela, remarcando a competência plenária para o exame respectivo e fixando o conteúdo da decisão a ser proferida e que pode consistir, no caso de omissão parcial, na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência considerada adequada pelo Tribunal (art. 12-F, § 1º).

Ainda, estabeleceu que o julgamento final da ADO deve implicar simples ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias, diferentemente, porém, do que ocorre quando a omissão é imputada a órgão administrativo, caso em que a medida deverá ser adotada em 30 dias ou em prazo razoável arbitrado pelo tribunal, considerados o interesse público envolvido e as circunstâncias do caso (art. 12-H, “caput” e § 1º).

Do julgamento da ADO, portanto, duas são as consequências que se podem extrair: no primeiro caso, em que o sujeito passivo da demanda constitucional é um dos Poderes do Estado, opera-se simples ciência ou mera exortação para que cumpra seu papel constitucional, sem sanção específica; na segunda hipótese, expede-se um mandado para cumprimento de obrigação de fazer aos órgãos da Administração envolvidos, cenário em que a decisão proferida alcançará concreta eficácia.

Sem olvidar dos efeitos subjetivos concretos inerentes ao Mandado de Injunção (MI), a ADO parece mesmo aproximar-se dessa espécie de ação constitucional, por envolverem os objetos de ambas essas ações a efetiva edição de norma jurídica capaz de fazer cessar o quadro de inconstitucionalidade detectado a

partir da omissão na regulação normativa. É dizer: as pretensões postas na ADO e no MI são, em essência ou substância, precisamente as mesmas, ainda que os efeitos processuais subjetivos sejam diversos.¹¹⁹

Apesar da outorga dessa excepcional competência normativa “in concreto” ao STF pelo Texto de 1988, fundada controvérsia doutrinária se instalou a respeito¹²⁰ e longo foi o percurso jurisprudencial para alcançar o sentido material ou concretista contemporâneo.

É conhecida a decisão proferida no MI 107-DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves, equiparando o Mandado de Injunção à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.¹²¹

Apenas com o julgamento do MI 670 a posição “neoconcretista” do STF foi definitivamente alterada, quando do exame da omissão advinda da falta de edição, pelo Congresso Nacional, da lei complementar necessária à viabilização do exercício do direito de greve por servidores públicos.

Desde o julgamento do MI 20, ainda em 1996, o STF vinha sinalizando a necessidade de edição da norma jurídica, o que jamais foi cumprido pelo Poder Legislativo. Por isso, o STF se viu na contingência histórica de avançar e consagrar, a partir do parâmetro previsto na Lei 7.783/89 para os trabalhadores da

¹¹⁹ No inciso LXXI do art. 5º da CF está previsto o cabimento do Mandado de Injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

¹²⁰ FEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Mandado de Injunção. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 80-116; e PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2003, pp. 134-182.

¹²¹ Em seu voto ficou registrado: “Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente, que deu particular relevo à separação de poderes (art. 2º e 60, §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação à matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.” Nessa mesma direção o voto do Min. Celso de Melo: “O Mandado de Injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita à competência, não exercida, dos órgãos públicos. O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder.”

iniciativa privada, um sistema processual de resolução dos conflitos coletivos no serviço público.¹²²

Ao disciplinar a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), o legislador ordinário, reprisando a previsão constitucional, reafirmou a limitação do rol de legitimados, reconhecendo-a apenas o Presidente da República, às Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República.

Essa disposição restritiva foi oportunamente revogada, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Não havia, de fato, sentido lógico, racional ou jurídico na limitação fixada, na medida em que, além de cerrar de modo injustificável e antidemocrático o acesso à jurisdição constitucional também por essa via declaratória positiva, desconsiderava a óbvia evidência da natureza dúplice da cognição exercitada nessas ações de controle concentrado, de tal modo que julgar improcedente o pedido em ADI implicava, “ipso facto”, afirmar a constitucionalidade da lei ou ato normativo censurado.

¹²² Confira-se fração da ementa desse histórico julgado: “EMENTA: (...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1o). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”. 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o). (MI 670, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011)

Além de reprisar os requisitos lógicos de discursividade e procedibilidade previstos para a ADI e ADO, inseriu o legislador um pressuposto adicional, qual seja, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (art. 14, III, da Lei 9.868/99).

Com relação ao poder geral de cautela, cuidou o legislador de fixar que a decisão judicial eventualmente concessiva do pedido ficaria circunscrita à determinação de suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até seu julgamento definitivo (art. 21 da Lei 9.868/99).

Em comum na disciplina das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, figura a regra que permite a modulação dos efeitos da decisão, pelo voto da maioria de dois terços dos membros do tribunal, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27 da Lei 9.868/99).

Com essa importante prescrição, rompeu-se o dogma da nulidade absoluta de leis e atos normativos editados contra as disposições fundamentais do sistema normativo, em prestígio aos postulados da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelos Poderes e órgãos do Estado, ao mesmo tempo em que se preserva a expectativa e a confiança legítima dos cidadãos.

Por fim, entendeu por bem o legislador reafirmar que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade produz eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, o que igualmente deve ser observado em relação às decisões que consagram interpretações conforme a Constituição ou que pronunciem parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99).

As técnicas decisórias adotadas para a resolução de conflitos objetivos de constitucionalidade serão ainda analisadas neste estudo, cumprindo, por ora, examinar aspectos da disciplina legal conferida à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), objeto da Lei 9.882/99.

De acordo com o texto da Constituição, a ADPF será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (§ 1º do art. 102 da CF).

A amplitude semântica das expressões que qualificam a via processual em exame, especialmente as locuções “preceitos fundamentais”, já antecipa a grande relevância e complexidade do debate ligado ao seu efetivo âmbito de atuação.

Nesse âmbito, a jurisprudência segue avançando na construção de balizas para orientar a adequada vocação da ADPF, a despeito da amplitude de significação que se pode conferir aos “preceitos fundamentais”.¹²³

Ainda relevante realçar a existência de julgados recentes oriundos da Excelsa Corte, gravados de alta significação reflexiva, que oferecem importante contribuição para a compreensão/conformação desse instituto.¹²⁴

¹²³ A propósito da questão, cabe revisitar o julgamento proferido na ADPF 33, sob a relatoria segura do Min. Gilmar Mendes, ocasião em que a matéria foi “sutilmente” problematizada pelo Min. Ayres Brito, quando da ratificação da cautelar deferida monocraticamente. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes destacou: “É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J. J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros ‘limites textuais implícitos’ (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1.049).” A seu turno, o Min. Ayres Brito, embora votando pela ratificação da liminar, fez registrar: “(...) tenho a tendência de fixar constitucionalmente a expressão ‘preceito fundamental’ enquanto direito ou garantia que a própria Constituição chama de fundamental. E a Constituição só usa o adjetivo ‘fundamental’ em duas oportunidades: para caracterizar os princípios (Título I – Dos Princípios Fundamentais); e para caracterizar certos direitos e garantias (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Por isso é que me inclino a pensar, cada vez mais, que ‘preceito fundamental’ é apenas aquele inserto no Título II da Constituição, é aquela regra que está a serviço de um princípio fundamental da República.” Dessarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmem densidade normativa ou significado específico a esse princípio.” (A íntegra da decisão está disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>>. O andamento processual pode ser conferido em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2030720>>. Acesso em 6 julho 2021).

¹²⁴ Ao examinar a Medida Cautelar na ADPF 405, a Min. Rosa Weber ponderou que: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental desempenha, no conjunto dos mecanismos de proteção da higidez da ordem constitucional, específica função de evitar, à falta de outro meio eficaz para tanto, a perenização no ordenamento jurídico de comportamentos estatais – ostentem eles ou não a natureza de atos normativos – contrários a um identificável núcleo de preceitos – princípios e regras – tidos como sustentáculos da ordem constitucional estabelecida. Sem risco de vulgarizar o conteúdo do núcleo essencial merecedor da proteção singular da ADPF, pode-se afirmar que o descumprimento de preceito fundamental acionador do mecanismo de defesa da ordem constitucional (art. 102, § 1º, da Carta Política) se manifesta na contrariedade às linhas mestras da Constituição, àquilo que, mesmo não identificado com esta ou aquela fração do texto positivado, tem sido metaforicamente chamado, por escolas do pensamento jurídico, de seu espírito. Pilares de sustentação, explícitos ou implícitos, sem os quais a ordem jurídica delineada pelo Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, ficaria desfigurada na sua própria identidade. A própria redação do art. 102, § 1º, da Constituição da República, ao aludir a preceito fundamental “decorrente desta Constituição”, é indicativa de que os preceitos em questão não se

Ao disciplinar o instituto, e seguindo a tendência de submissão do controle difuso ao concentrado, o Congresso Nacional cuidou de ampliar o objeto da ADPF, estabelecendo o seu cabimento também aos casos em que for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, par. único, I, da Lei 9.882/99).¹²⁵

Além de conferir legitimidade ativa aos mesmos habilitados para a ADI, o legislador ordinário dispôs sobre os requisitos da petição inicial, exigindo a indicação do preceito fundamental reputado violado, a identificação do ato questionado e da prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações, e ainda, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental envolvido (art. 3º da Lei 9.882/99).

Adotando a técnica de estímulo às decisões monocráticas, assentou o legislador a possibilidade de o relator indeferir liminarmente a petição inicial, quando não for o caso de sua propositura, quando for inepta ou quando não cumpridos quaisquer dos requisitos estabelecidos, mas sem prejuízo da interposição de agravo pela parte requerente (art. 4º da Lei 9.882/99).

restringem às normas expressas no seu texto, incluindo, também, prescrições implícitas, desde que revestidas dos indispensáveis traços de essencialidade e fundamentalidade. É o caso, v.g., de princípios como o da razoabilidade e o da confiança, realidades deontológicas integrantes da nossa ordem jurídica, objetos de sofisticados desenvolvimentos jurisprudenciais nesta Corte, embora não expressos na literalidade do texto da Constituição. Isso porque os conteúdos normativos – preceitos – da Constituição são revelados hermeneuticamente a partir da relação entre intérprete e texto, tomada a Constituição não como agregado de enunciados independentes, e sim como sistema normativo qualificado por sistematicidade e coerência interna. Nessa ordem de ideias, parece restarem poucas dúvidas de que lesão ao postulado da separação e independência entre os Poderes, ao princípio da igualdade ou ao princípio federativo, considerada a centralidade da posição por eles ocupada no complexo deontológico e político consubstanciado na Constituição, desfigura a própria essência do regime constitucional pátrio. O mesmo pode ser dito da garantia de continuidade dos serviços públicos, na medida em que estes assumem, no regime previsto na Carta de 1988, instrumentos particularmente relevantes de distribuição de direitos materiais subjetivos, notadamente os de natureza prestacional.”

(O texto da decisão está disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14290724>. Acesso em 6 julho 2021. O andamento do processo pode ser conferido em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977301>>. Acesso em 6 julho 2021).

¹²⁵ Essa disposição, ao lado de outras (arts. 5º, § 3º, 10, caput e § 3º, e 11), é alvo da ADI 2231, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em junho de 2000 e que está em trâmite há mais de duas décadas. Originalmente distribuída ao Min. Néri da Silveira, a pretensão cautelar foi levada a julgamento, ocasião em que, com o voto favorável do relator para sustar a eficácia dos dispositivos insertos no inciso I do parágrafo único do artigo 1º, e no §3º do artigo 5º, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence. O processo apenas retornou à pauta em 21.06.2018, vinculado ao Min. Dias Toffoli, ocasião em que o Plenário deliberou pelo perecimento do interesse cautelar, retomando-se a marcha processual para exame do mérito. O Relator atual é o Min. Roberto Barroso. (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828554>. Acesso em 6 julho 2021).

Entre tantos requisitos, consagrou o legislador a natureza subsidiária da ADPF, dispondo-a inadmissível quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade questionada na petição inicial (§ 1º do art. 4º da Lei 9.882/99).¹²⁶

Integrando a técnica das tutelas provisórias de urgência ao rito da ADPF, estabeleceu-se a possibilidade de concessão de liminar pela maioria absoluta dos membros do STF, mas ressaltou-se, em questionável afronta à cláusula da reserva de plenário (art. 97 da CF), ao relator a faculdade de conceder a liminar, *ad*

¹²⁶ Ementa: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITOS À SAÚDE, À VIDA, À IGUALDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ALEGADAMENTE VIOLADOS. ATINGIMENTO DE UMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA COMO META CONSTITUCIONAL. PANDEMIA ACARRETADA PELA COVID-19. PRETENSÃO DE REQUISITAR ADMINISTRATIVAMENTE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PRIVADOS. ADPF QUE CONFIGURA VIA PROCESSUAL INADEQUADA. INSTRUMENTO JÁ PREVISTO EM LEIS AUTORIZATIVAS. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS INSTRUMENTOS APTOS A SANAR A ALEGADA LESIVIDADE. DEFERIMENTO DA MEDIDA QUE VIOLARIA A SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATUAÇÃO PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. MEDIDA QUE PRESSUPÕE EXAME DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E CONSIDERAÇÕES DE CARÁTER ESTRATÉGICO. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, pressupõe, para a admissibilidade da ADPF, a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade eventualmente causado pelo ato impugnado. II - O sistema jurídico nacional dispõe de outros instrumentos judiciais capazes de reparar de modo eficaz e adequado a alegada ofensa a preceito fundamental, especialmente quando os meios legais apropriados para viabilizar a requisição administrativa de bens e serviços já estão postos (art. 5º, XXV, da Constituição Federal; art. 15, XIII, da Lei 8.080/1990; art. 1.228, § 3º, do Código Civil; e art. 3º, VII, da Lei 13.979/2020). III – A presente ação não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos adequados para sopesar os diversos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19. IV – Vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Executivo, substituindo-o na deliberação de cunho político-administrativo, submetidas a critérios de conveniência e oportunidade, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, cujo escopo é a requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia. V - O § 1º do art. 3º da Lei 13.979/2020 dispõe que as requisições e outras medidas de emergência para combater a Covid-19 “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”. VI - Essa apreciação, à toda a evidência, compete exclusivamente às autoridades públicas, caso a caso, em face das situações concretas com as quais são defrontadas, inclusive à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem prejuízo do posterior controle de constitucionalidade e legalidade por parte do Judiciário. VII - Não está evidenciada a ocorrência de omissão dos gestores públicos, de modo que não é possível concluir pelo descumprimento dos preceitos fundamentais apontados na inicial da ADPF ou no presente recurso. VIII - Agravo regimental a que se nega provimento. (ADPF 671 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 03-07-2020 PUBLIC 06-07-2020. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884983>> . Acesso em 28 dez 2022)

referendum do Tribunal Pleno, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso (art. 5º da Lei 9.882/99).¹²⁷

Ainda na perspectiva de assegurar maior qualidade e legitimidade às decisões proferidas nessas arguições, o legislador buscou aproximar o rito processual instrutório da ADPF ao modelo deliberativo amplificado próprio da arena parlamentar, dispondo que o relator, se entender necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, além de autorizar sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (art. 6º, §§1º e 2º da Lei 9.882/99).

Também reafirmando a absoluta relevância da decisão em ADPF, dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, exigiu o legislador que o julgamento se processe com quórum mínimo de dois terços dos ministros do STF (art. 8º da Lei 9.882/99), podendo o tribunal, quando reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo - por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e pelo voto de dois terços de seus membros -, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 11 da Lei 9.882/99).

Por fim, dispôs o legislador que a decisão em ADPF é irrecorrível, também estando blindada contra as ações rescisórias, cumprindo-se de imediato a decisão, independentemente da publicação do acórdão (art. 10, § 1º, da Lei 9.882/99), e admitindo-se reclamação por eventual descumprimento do quanto decidido (art. 12 da Lei 9.882/99).

Posto o quadro normativo dos instrumentos processuais da jurisdição constitucional concentrada, cabe examinar, a partir de alguns julgamentos, o “estado da arte” ou a forma como a Suprema Corte tem se posicionado em relação ao papel que lhe cabe exercer no cenário político-institucional brasileiro.

¹²⁷ Objetivando conferir a máxima efetividade às decisões produzidas em ADPF, o legislador esclareceu que o poder geral de cautela não deveria observar parâmetros típicos ou fechados, antes devendo colher quaisquer medidas tendentes a assegurar o resultado útil da decisão a ser proferida. Nesse sentido, anotou que: “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.” (art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/99)

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

3.1. O STF sob a vigência da CF de 1988.

Antes de centrar a análise sobre a forma como os novos instrumentos processuais da jurisdição constitucional concentrada foram recebidos pelo STF, exame que deve se desenvolver a partir do estudo de casos concretos, cabe recordar, mesmo que brevemente, o “conflito de visões de mundo e funções institucionais” que marcou a atuação inicial da Suprema Corte no período pós-Constituição de 1988.

Como enfatizado em tópicos anteriores, a Constituição de 1988 assumiu “conteúdo dirigente”,¹²⁸ o que se justificou não apenas em razão do momento em que foi produzida – quando pretendeu romper o divórcio entre Estado, sociedade e direito, na perspectiva da promoção do retorno à legalidade após os anos de exceção democrática –, mas pelo objetivo de transformação efetiva da realidade social e de realização do valor central da dignidade humana, o que deveria ser alcançado a partir da prévia consagração de objetivos e vínculos materiais positivos e negativos ao Poder Público e à sociedade em geral.

O direito constitucional, nessa perspectiva, pretendeu assumir o papel de instrumento de “antecipação da mudança social”, ao definir tarefas e objetivos a serem alcançados, impondo limites, parâmetros de ação ou mesmo suprimindo a discricionariedade do legislador em determinadas áreas ou matérias

¹²⁸ A ideia de “Constituição dirigente” foi sistematizada e desenvolvida pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, com o propósito de “domesticar” a ação estatal, confinando-a a determinados objetivos prescritos na Carta Política, que seriam efetivados por meio de ações concretas também prescritas pelo próprio constituinte originário (Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001). O debate acerca da “facticidade” dessa proposta, facticidade aqui utilizada como relação dialética entre objetivos e contingências postas pela realidade social, no entanto, levou Canotilho a revisitar o tema e a desenvolver a dimensão pragmática das normas constitucionais. Em suas palavras, “O problema central da Constituição dirigente consistia (e consiste) em saber se, através de “programas”, tarefas e directivas constitucionais, se conseguiria uma imediatividade actuativa e concretizável das normas constitucionais de forma a acabar com os queixumes constitucionais da “constituição não cumprida” ou da “não concretização da constituição”. (...) Uma coisa é o texto constitucional materialmente enriquecido com normas programáticas, e outra coisa é uma constituição escatológica e utopicamente pré-concebida.” (CANOTILHO, J.J GOMES. “Brançosos” e interconstitucionalidades: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 32).

vinculadas a direitos fundamentais,¹²⁹ segundo a natureza e a hierarquia dos valores considerados.

A radicalidade da mudança do paradigma constitucional -- de simples documento retórico revelador das características fundamentais da organização sócio-política e do conjunto de direitos fundamentais, para norma jurídica fundamental, consagradora de regras e princípios vinculantes -- não foi assimilada com naturalidade pelos magistrados da Suprema Corte.

Esse cenário poderia ser explicado, em parte, pela manutenção pela Constituinte dos ministros indicados pelo regime político anterior, cuja formação jurídica e visão político-institucional mantinham-se afinadas com o perfil clássico de um Poder Judiciário, e particularmente de uma Suprema Corte, absolutamente discreto e inerte, autocontido e deferente às demais instâncias de Poder.

É bem verdade que o perfil da maioria dos integrantes do STF, que estavam em exercício quando da promulgação da Carta de 1988, acabou representando, durante considerável lapso de tempo, um importante elemento de contenção, e porque não dizer, de frustração de muitas das expectativas que se criaram em torno do novo cenário institucional previsto para o Poder Judiciário.¹³⁰

Apesar dessa realidade, justificada pela percepção de mundo daqueles protagonistas, a sociedade, por intermédio de sua comunidade de intérpretes qualificados, não se furtou a recorrer à Suprema Corte, segundo comprovam os dados estatísticos.

O cenário de timidez institucional, nos primeiros passos pós-Constituição de 1988, também pode ser compreendido como expressão de cautela institucional, fruto do momento histórico vivenciado de profunda transição democrática, momento em que as instituições, os partidos políticos e a própria democracia ainda

¹²⁹ Para um exame mais acurado do tema, sob a perspectiva da teoria objetiva dos direitos humanos fundamentais: SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria*. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII – Direitos Fundamentais: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298 e seguintes; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e seguintes; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138.

¹³⁰ Algo semelhante, guardadas evidentemente as devidas proporções e especificidades de tempo e espaço, ao que se vivenciou no alvorecer da experiência republicana nacional, a partir de 1891, quando a maior parte dos integrantes do Supremo Tribunal de Justiça logo recorreram à jubilação, na medida em que professavam visões de mundo incompatíveis com a lógica e a ética constitucional republicana, fundadas na limitação do poder, na supremacia da Constituição e no reconhecimento e defesa de direitos fundamentais. Conforme nota de rodapé 68, *supra*. (BALEEIRO, ob. cit., p. 24/25).

estavam em construção, com lastro nos ares libertários que sopravam depois de mais de duas décadas de exceção.

Superadas as resistências internas iniciais, a sociedade brasileira, por seus canais institucionais de representação, passou a buscar o STF de forma insistente, para a resolução de demandas dos mais diferentes matizes. Fundamentalmente, essas demandas poderiam ser reunidas em três grupos, ligados às políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, às questões morais que impactam e dividem a sociedade e às questões essencialmente políticas, objeto de disputas na arena parlamentar.

Não se pode olvidar, no entanto, que a atuação de tribunais constitucionais, suplantando as balizas clássicas da tripartição dos Poderes, não pode ser considerada natural ou desejada no curso do processo histórico de conformação das sociedades democráticas.

A rigor, é possível afirmar que a atuação expansiva das cortes constitucionais parece ter lugar em momentos de desequilíbrio institucional, quando os demais poderes, no exercício de suas respectivas competências, não logram alcançar a eficiência mínima desejada, frustrando expectativas sociais legítimas, gerando déficits de legitimidade e reações que acabam canalizadas para a arena político-judiciária.¹³¹

Embora seja sempre arriscado propor e demarcar períodos históricos, desde que a história se traduza num processo contínuo e irrefreável, forjado por fatos e eventos não necessariamente conectados, para efeito de justificação deste trabalho propõe-se o estudo de três instantes na história recente do STF: o primeiro, que se inicia com a promulgação da Carta Política de 1988 e que se exaure no instante em que é concluído o julgamento da Ação Penal 470, envolvendo o rumoroso caso

¹³¹ Como observa com arguta sensibilidade e precisão o Ministro Luís Roberto Barroso: “Tenho assistido, de fora e de dentro, à centralidade que o STF assumiu na vida brasileira. Isso se deve a circunstâncias específicas da evolução da democracia brasileira. Mas essa situação já dura há muito tempo. Seria bom para o país e para as instituições um novo reequilíbrio. É bem de ver que, mais recentemente, o Congresso Nacional vem reocupando um maior espaço no debate público brasileiro. E é assim que deve ser. Para que o processo se consolide e se aprofunde, no entanto, será necessária uma reforma política capaz de superar o descolamento hoje existente entre a classe política e a sociedade civil. O Tribunal Superior Eleitoral encaminhou à Câmara, há poucos meses, uma proposta pelo voto distrital misto, aproveitando amplamente projetos que já haviam sido aprovados no Senado Federal. É preciso que essa agenda avance na Câmara dos Deputados, para que se possam concretizar três objetivos patrióticos importantes: baratear o custo das eleições, aumentar a representatividade dos parlamentares e facilitar a governabilidade. Enquanto isso não for feito, o Supremo continuará com um protagonismo indesejado, que o expõe ao fogo das paixões políticas que vêm de todos os lados.” (BARROSO, Luís Roberto. In “O Supremo Tribunal Federal ainda no olho do furacão”, g.n., Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/luis-roberto-barroso-supremo-ainda-olho-furacao>. Acesso em 20 jan 2022).

“mensalão”; o segundo, em que a Suprema Corte, já renovada com a chegada de novos ministros, inicia o período seminal de ativismo,¹³² com a revisão de sua jurisprudência e a prolação de decisões relevantes com lastro na denominada “doutrina brasileira da efetividade da Constituição”; e o terceiro, ainda em curso, em que a Corte consolidou seu perfil de órgão central da política nacional, a partir do instrumental processual de controle de constitucionalidade, das modernas técnicas decisórias, das próprias demandas que lhe são canalizadas pela sociedade e pelas demais potências políticas e, sobretudo, pela postura político-institucional de muitos de seus ministros.

Alguma nota inicial ainda parece necessária para a melhor apreensão do sentido que se pretende atribuir à expressão “ativismo”, até porque, em sua origem no contexto norte-americano, não procurava descrever um quadro de expansão de poderes judiciais, mas apenas revelar a divisão interna detectada na Suprema Corte norte-americana.¹³³

Relevante anotar, ainda, a distinção que grava a atuação dos juízes nos países de tradição romano-germânica, afeiçoados à concepção de que a Constituição e as leis são as normas primárias a serem consideradas, em relação àqueles juízes que oficiam nos países que adotam o *common law*, em que os precedentes

¹³² A expressão “ativismo judicial” surge na literatura especializada a partir da proposta reflexiva desenvolvida por Arthur M. Schlesinger Junior, em 1947, em texto publicado na prestigiada Revista *Fortune*, com o título: “The Supreme Court: 1947”. Examinando a situação então vivenciada pela Suprema Corte norte-americana, registrou a divisão interna sobre a vocação institucional da Corte: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”. (*apud* Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, California Law Review 92:1441, 2004, p. 1446).

¹³³ “A própria nomenclatura judicial activism surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a *Fortune*, “entre propagandas de whisky e Aqya Vekva”. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 389).

assumem força expressiva, orientando a resolução de casos futuros. Nesse ambiente de tradição anglo-saxã, em que a jurisprudência assume a posição de fonte primária do direito, o papel do julgador em muito se aproxima do legislador, na produção de normas jurídicas, o que sugere um olhar diverso para que se possa identificar uma atuação judicial ativista.¹³⁴

Embora assumam conotação negativa, para alguns, equiparável a um autêntico insulto,¹³⁵ sua ambiguidade semântica já foi também examinada pela doutrina, a partir dos diferentes usos que lhe têm sido empregados no curso da história.¹³⁶

Há casos em que a constitucionalidade de determinada norma produzida por um dos outros poderes seria razoavelmente defensável ou justificável, ainda que a opção adotada possa não ser a melhor aos olhos dos juízes constitucionais. Esse cenário ainda mais parece razoável, em face do pluralismo cultural que marca as sociedades contemporâneas, em que convivem distintas visões de justiça, moral e ética, gerando “desacordos razoáveis” (“*reasonable disagreement*”).

Em tal situação, a presunção de constitucionalidade das leis haveria de induzir o órgão julgador à democrática deferência ao legislador, aplicando-se a máxima “*in dubio pro legislatore*”,¹³⁷ especialmente porque não parece adequado afirmar a supremacia do Poder Judiciário sobre as demais instâncias de poder, no

¹³⁴ Apesar dessa dificuldade de identificação e da conotação negativa usualmente atribuída à expressão ativismo, não se pode refutar a relevância da jurisprudência nos países de tradição anglo-saxã, como remarca Barroso: “As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973).” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009, p. 27).

¹³⁵ “Some people label a decision “activist” when they think that the court has departed from the correct approach to the Constitution. On this view, the word “activist” isn’t merely a description; it is also and always an insult. When people criticize a court for unjustifiably contracting or expanding constitutional rights, and call the contraction or expansion “activist,” they usually mean that the court is departing from the right understanding of the Constitution. To label a decision as activist is to say that it is wrong.” (SUNSTEIN, Cass R. *A hand in the matter: has the Rehnquist court pushed its agenda on the rest of the country?*. Disponível em: http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp. Acesso em 15 jul 2022).

¹³⁶ KMIEC, Keenan D., ob. cit., p. 1441-1477.

¹³⁷ COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 1997, p. 141.

instante da definição de políticas públicas ou de realização concreta de normas constitucionais mais gerais ou abstratas.

Há, ainda, um segundo instante em que se pode compreender tipificada a conduta ativista das cortes constitucionais, nos casos em que acabam por criar novos direitos, com base em argumentos sistêmicos e principiológicos consistentes, mas que desprezam os limites de suas competências e o próprio postulado da separação dos poderes. São situações em que as motivações apresentadas nessas situações seriam adequadas à justificação de proposições de emendas à Constituição ou outras espécies normativas, mas não para legitimar a decisão produzida no exercício da atividade jurisdicional típica.

3.2. A fase inicial de timidez institucional.

Partindo-se do critério temporal proposto acima, parece razoável qualificar o momento que se seguiu ao advento da Carta Política de 1988 como “fase de retração” ou de absoluta “contenção”, ou seja, um instante inicial de estranhamento com as tantas inovações produzidas, sobretudo aquelas que conferiram, ou pretenderam conferir, um novo papel ao STF no concerto do Estado Democrático de Direito.

O exemplo mais eloquente talvez seja o tratamento conferido pelo STF ao Mandado de Injunção, definido de forma enigmática e abrangente no inciso LXXI do art. 5º da CF.¹³⁸

Como referido neste trabalho, a perspectiva inicial conferida a esse importantíssimo instrumento político-processual – vocacionado à superação de lacunas em temas ligados ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da CF) – correspondeu a sua equiparação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão,¹³⁹ como se fosse possível e razoável considerar que o legislador constituinte originário tivesse atuado em inescusável redundância normativa.

¹³⁸ O preceptivo constitucional em causa dispõe que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”.

¹³⁹ “Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre a sua autoaplicabilidade ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por porte do

Nesse primeiro período de atuação da Suprema Corte após a edição da Constituição de 1988, a presença majoritária de ministros indicados ou egressos do regime político anterior, como já ressaltado, parece representar uma das principais “chaves de compreensão” desse modo de proceder e de interpretar o quadro riquíssimo constitucional que se inaugurava.

Além disso, o perfil e a personalidade marcante de alguns dos ministros do STF, entre eles Moreira Alves, bem confirma aquele quadro de “resistência conservadora”¹⁴⁰ às inovações produzidas.¹⁴¹

Desse período inicial data o debate acerca da possibilidade da prisão civil do depositário infiel, travado nos autos do HC 72.131-1/RJ, em 23.11.1995. Relatado pelo Min. Marco Aurélio e resolvido após rico debate a propósito dos efeitos decorrentes da disciplina prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos

Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão fixada.” (STF, Mandado de Injunção nº 107, Supremo Tribunal Federal, Min. Relator Moreira Alves, DJ 21.09.1990).

¹⁴⁰ O uso das expressões “resistência conservadora” não denota conteúdo crítico, mas apenas objetiva descrever o propósito de conservação do quadro político-institucional anterior, marcado pela atuação discreta, deferente e autocontida do STF. Apesar de tal tendência marcar aquele momento histórico, a chegada de Sepúlveda Pertence ao STF, em 17.05.1989, deu início a um dos períodos mais ricos da Corte no período posterior ao advento do Regime Militar de 1964. O Professor Rodrigo de Oliveira Kaufmann, que assessorou o Min. Moreira Alves, bem descreveu aquele momento histórico: “Aqui está talvez a mais elogiosa e especial oposição entre exemplos do que de melhor o país já produziu em termos de visão política em matéria constitucional: enquanto o ministro Moreira Alves representou no tribunal a visão conservadora do Direito, sempre muito preocupado com as consequências das decisões e com os eventuais exageros e protagonismo da jurisdição constitucional, o ministro Sepúlveda Pertence encampava o olhar de um progressismo jurídico, inquieto com o marasmo institucional e com uma opção deliberada por não enfrentar determinadas questões politicamente delicadas. De um lado, o exemplo da prudência, da cautela, da hesitação com as propostas inventadas de mudança e a certeza de que a revolução por meio do Direito é o pior do que se pode fazer; do outro a incorporação do sentimento de mudança, da superação dos antigos formatos, da construção de algo consistente para o futuro. (...) Suas polêmicas e discussões, em realidade, não representavam divergências pontuais, mas tornavam claras suas profundas discordâncias acerca da forma como deve se comportar um tribunal de cúpula e como deve ser lida a própria Constituição. Além disso, sempre foram exemplo de como duas autoridades intelectuais de alto grau devem conviver em ambiente de extrema pressão e constantes embates.” (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. In “A grande dicotomia: o STF entre as visões de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/grande-dicotomia-stf-entre-moreira-alves-sepulveda-pertence>. Acesso em 16 julho 2021).

¹⁴¹ Ao lado do natural desconforto pessoal ou do estranhamento que pode ser eventualmente vivenciado pelos julgadores com as inovações normativas dotadas de grande impacto econômico, social ou político, a visão conservadora, que objetiva literalmente conservar o estado de coisas já amplamente conhecido e “domesticado”, parte do critério da “hermenêutica retrospectiva”, impondo ao novo texto normativo um significado que o aproxime tanto quanto possível do critério normativo anterior, frustrando o escopo das inovações. Esse modo de proceder configura clara “subversão hermenêutica”, contrária aos ideais democráticos e, por isso, qualifica-se como autoritária e inconstitucional. Representa, segundo a crítica dura da boa doutrina, “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional”. (BARROSO, ob. cit., 1996, p. 67).

(Pacto de San José da Costa Rica). Pelo quórum de sete votos favoráveis à manutenção da ordem e quatro em sentido contrário, foi afastada a tese do constrangimento ilegal na prisão do depositário infiel, na linha do voto dissonante inaugurado pelo Min. Moreira Alves, em que reafirmada a jurisprudência até então consolidada pelo STF.¹⁴²

Apenas em 2009, com o julgamento unânime em plenário do RE 466.343, relatado pelo Min. Cezar Peluso, houve a alteração dessa jurisprudência, ocasião em que se considerou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada em 1992 pelo Brasil, teria *locus* especial de supralegalidade no ordenamento jurídico interno, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante.¹⁴³

Ainda em relação ao Min. Moreira Alves, sem dúvida um dos mais notáveis protagonistas de toda a história do STF, o fechamento de seu ciclo na Corte e de sua incontestável liderança parece ter sido o julgamento do rumoroso caso Siegfried Ellwanger, responsável pela publicação de livros com teor antissemita e que sofrera condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (HC 82.424).

Como relator, o Min. Moreira Alves afastava o enquadramento dos judeus como raça e, por conseguinte, a tese da imprescritibilidade

¹⁴² A ementa do julgado foi vazada com o seguinte teor: “EMENTA: “Habeas corpus”. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida.” (HC 72131, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 PP-00104 EMENT VOL-02117-40 PP-08650)”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1603947>. Acesso em 16 julho 2021.

¹⁴³ Desse histórico julgamento, cabe citar trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, segundo o qual: “(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.” (RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>. Acesso em 16 julho 2021).

do delito de racismo reconhecido nas instâncias anteriores, no que foi derrotado pelo voto dissonante proferido pelo Min. Maurício Correa.¹⁴⁴

Mas existem outros casos, igualmente significativos, reveladores desse momento inicial de transição entre perspectivas político-institucionais do papel reservado ao STF.

Tome-se o exemplo das Medidas Provisórias, previstas no art. 62 da CF e condicionadas à presença de situações de urgência e relevância, tidas por essenciais para legitimar a excepcional atuação normativa do Chefe do Poder Executivo Federal.

A despeito de proclamações jurisprudenciais algo retóricas ligadas à possibilidade de controle pelo STF,¹⁴⁵ havia a tendência de não se imiscuir na

¹⁴⁴ "HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). (...) 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aécticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. (...). 7. A Constituição Federal de 1988 impõe aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (...) 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. (...) Ordem denegada." (HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em 16 julho 2021).

¹⁴⁵ "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) - (...) A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional

pesquisa, “in concreto”, do efetivo atendimento a esses pressupostos, naturalmente vinculados a juízos políticos de conveniência e oportunidade.¹⁴⁶

Muito embora o texto da norma constitucional, em sua redação originária, fosse substancialmente claro no sentido de fixar a submissão da norma provisória imediatamente ao Congresso Nacional, inclusive quando em recesso, caso em que a convocação se faria para reunião em cinco dias, também dispondo o Texto Maior que a norma perderia sua eficácia desde a sua edição, se não corroborada

que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. (...).” (ADI 2213 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-02 PP-00296. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1823899>> . Acesso em 6 julho 2021.)

¹⁴⁶ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925-5, SUCESSIVAMENTE REEDITADA ATÉ O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, CAPUT; 37, 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas. Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF. Ação julgada improcedente. (ADI 2.150/DF, Relator Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 11.09.2002, Tribunal Pleno, DJ: 29.11.2002). (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=2150&numProcesso=2150>. Acesso em 12 julho 2021).

no prazo de 30 dias de sua edição,¹⁴⁷ a jurisprudência do STF rendeu-se à possibilidade de que essas normas provisórias fossem reiteradamente editadas.¹⁴⁸

Essa linha de compreensão parece justificada pela excessiva reverência à “tradição presidencialista” que sempre marcou a história republicana nacional, contrariando o postulado da supremacia do Poder Legislativo no campo da produção normativa, assentada na Carta Política de 1988, com claro desequilíbrio da relação entre os poderes.

Não por outra razão, com o propósito de recompor o necessário “estado ideal” entre frações da potestade e preservar as competências primárias de cada qual dos poderes, foi editada a Emenda Constitucional 32, em 2001, fixando novas regras para a edição e processamento dessas normas excepcionais.¹⁴⁹

3.3. O início da transição e a busca pela efetividade da Constituição.

Vencido o período inicial de convivência com a nova ordem constitucional, a chegada de novos ministros e a consolidação da democracia fizeram surgir um novo tribunal, mais atuante e aberto aos novos “ventos sociais”, um tribunal mais à vontade com a denominada “doutrina brasileira da efetividade”.

Nesse novo ciclo histórico, a nova postura adotada, que se poderia qualificar como “ativista embrionária”, foi responsável por gerar importantes e

¹⁴⁷ Eis o texto da norma: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

¹⁴⁸ “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional pode ser reeditada dentro do seu prazo de validade de trinta dias, mantendo a eficácia de lei desde a sua primeira edição. (RE 231.630 AgR, rel. min. Néri da Silveira, 2ª T, j. 24-8-1999, DJ de 24-9-1999). Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. (ADI 1.612, rel. min. Carlos Velloso, P, j. 6-5-1999, DJ de 18-6-1999).” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3009>>. Acesso em 12 julho 2021).

¹⁴⁹ De acordo com as principais inovações trazidas pela EC 32/2001, foram excluídas determinadas matérias do poder normativo provisório do Presidente da República (art. 62, § 1º), além de fixados critérios para os casos de instituição ou majoração de impostos (art. 62, § 2º), bem assim ampliado o prazo de vigência da norma (60 dias), limitado a uma única prorrogação (art. 62, § 3º). Ainda, foi prevista de modo expresse a competência do Congresso Nacional para aferir, como questão preliminar, o atendimento dos pressupostos constitucionais (art. 62, § 5º) e fixado o regime de urgência quando não examinada a norma provisória em até 45 dias em cada Casa Legislativa, caso em que ficam sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas (art. 62, § 6º).

interessantes decisões na linha da afirmação dos ideais democráticos da liberdade e da igualdade, no contexto de uma assim denominada jurisprudência progressista.¹⁵⁰

A questão do exercício do direito de greve dos servidores públicos foi alvo de sucessivos Mandados de Injunção, nos quais fixada a tese de que, embora direito fundamental, o exercício correspondente apenas seria possível quando da edição da lei própria, qualificando-se, portanto, a norma constitucional sediada no art. 37, VII, da CF, como “norma de eficácia limitada”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Por questão de justiça, há de se reconhecer a atuação seminal do Min. Sepúlveda Pertence, ainda sob os auspícios da tradição deferente e autocontida que marcou a primeira fase do STF no pós-Constituição de 1988. Na direção da realização efetiva das promessas constitucionais, recorda-se que “‘O espírito libertário, rebelde, no sentido de insubmissão à injustiça, é a marca do ministro Sepúlveda Pertence’, anotou o ministro Carlos Velloso quando da sua posse na presidência do STF. Sua história também explica a sua postura progressista na visão acerca dos direitos e garantista nas matérias relativas à relação entre o Estado e o cidadão e no Direito Penal. Sua compreensão acerca da Constituição sempre esteve envolta em um contexto de “estado social”, no qual as pessoas e as minorias precisavam de atuações pró-ativas da máquina judiciária para compensar desigualdades e injustiças. (...) Para Sepúlveda Pertence, a Constituição, nessa dimensão, não poderia ser um mero instrumento, mas a própria mentalidade democrática e reformista - que inundou o país na década de 80 - condensada em um texto normativo. O Supremo Tribunal Federal, diante desse contexto, não poderia se acomodar em uma posição passiva, mas deveria se apresentar de maneira mais protagonista na defesa de direitos e em uma interpretação constitucional que pudesse concretizar as promessas emancipatórias plasmadas na Carta Política de 1988. Ao contrário de Moreira Alves, “direitos fundamentais”, “justiça social”, “princípio de liberdade política”, “redução de desigualdades” eram ideias que faziam parte do *main core* da atividade judicante do tribunal. Certamente, o custo do protagonismo político da corte logo após a Constituição de 1988 não seria um problema diante das enormes dificuldades que o tribunal teria que enfrentar para tornar a Constituição Cidadã efetivamente cumprida, especialmente pelo Estado social.” (KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. In “A grande dicotomia: o STF entre as visões de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/grande-dicotomia-stf-entre-moreira-alves-sepulveda-pertence>. Acesso em 16 julho 2021).

¹⁵¹ EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. (...)” (MI 20, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001)

Com isso, o STF limitava-se a comunicar ao Congresso Nacional o estado de mora legislativa, sem maiores consequências fáticas ou jurídicas.¹⁵²

Mas esse cenário de anomia envolvendo a greve dos servidores públicos acabou definitivamente superado em 2007, quando do julgamento conjunto dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712.¹⁵³

Naquela ocasião foi processada uma radical mudança de orientação do STF, com a assunção efetiva da competência normativa que antes havia sido rejeitada, quando do julgamento do Mandado de Injunção 107.

Ainda que o resultado desses julgamentos tenha revelado uma nova forma de proceder na análise das injunções propostas, é preciso reconhecer alguns movimentos embrionários anteriores que a anunciavam, embora com efeitos ou impactos em menor extensão ou significado.¹⁵⁴

¹⁵² Essa mesma orientação foi reafirmada em julgamentos posteriores: MI 485 (Rel. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002) e MI 585/TO (Rel. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002).

¹⁵³ Com o propósito de efetivar ou dar concretude à norma constitucional que assegura o exercício do direito fundamental de greve aos servidores públicos, o STF avançou substancialmente. Confira-se trecho da ementa lavrada em uma dessas ações: “EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. (...). 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. (...) 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). (...)” (MI 670, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em 19 julho 2021.

¹⁵⁴ Dois julgamentos produzidos em Mandados de Injunção ensaiaram essa nova tendência de exercício pleno da competência constitucional normativa delegada ao STF. O primeiro deles, relatado pelo Min. Moreira Alves, teve ementa lavrada com o seguinte teor: “Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.” (MI 232, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965). Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1495785> >. Acesso em 18 julho 2021. No segundo caso, submetido à relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, garantiu-se o direito de propositura de ação para cobrança da indenização prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT, a todos quantos

Também digna de referência, em razão de seu largo impacto, a decisão proferida em 29.05.2008, a propósito da possibilidade ético-jurídica de realização de pesquisas com células tronco embrionárias, tal como disciplina pela Lei da Biossegurança (art. 5º da Lei nº 11.105/2005). Alvo da ADI 3510, proposta pelo Procurador-Geral da República, o relator, Min. Ayres Brito, promoveu neste julgamento, gravado por acirrada disputa entre diferentes atores e organizações sociais, uma clara distinção entre os embriões concebidos “in vitro”, o feto e a pessoa humana.

Embora sem negar que os embriões sejam “bens jurídicos” merecedores de proteção, assentou que não são eles equiparados à pessoa no “sentido biográfico” referido na Constituição.

Ainda, num interessante jogo reflexivo de palavras destinado à construção de sentido e justificação de suas conclusões, considerou o relator que “o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião.”

A partir dessas e de outras proposições, concluiu-se que as pesquisas com células-tronco embrionárias não se subsumiam ao tipo penal do aborto, julgando-se improcedente a pretensão formulada na referida ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵⁵

impedidos, no contexto do Regime Militar implantado em 1964, de exercer, na vida civil, atividade profissional específica. Confira-se a ementa do julgado: “Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. (...) 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” (MI 283, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1506604>>. Acesso em 18 julho 2021.

¹⁵⁵ CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. (...) II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-

No ano seguinte, em 2009, outra importante decisão foi proferida pelo STF, no exame da ADPF 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com o objetivo de ver declarada a total ineficácia da Lei 5.250/67, a denominada “Lei de Imprensa”, a partir do confronto com a Constituição Federal de 1988, ou, sucessivamente, para que fosse reconhecida a não recepção de alguns de seus dispositivos e a interpretação conforme de tantos outros.¹⁵⁶

tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhal progressiva, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). (...) Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. (...) A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.” (Ministro Celso de Mello). (...)” (ADI 3510, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043) Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 15 julho 2021.

¹⁵⁶ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. (...) 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa

No ano de 2010, ano de eleições gerais, o STF, à época, presidido pelo Min. Cezar Peluso, enfrentou temas da área eleitoral, entre os quais a aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010, a denominada “Lei da Ficha Limpa”, nas eleições daquele ano,¹⁵⁷ a constitucionalidade da proibição de divulgação por emissoras de rádio e televisão, tal como inscrita na lei eleitoral, de programas humorísticos em que os candidatos pudessem, nos três meses anteriores à eleição, ser ridicularizados ou degradados¹⁵⁸ e, ainda, a pretensão declaratória deduzida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de não recepção pela Carta Constitucional de 1988 do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/79 (Lei da Anistia).¹⁵⁹

hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. (...) 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020) Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>>. Acesso em 15 julho 2021.

¹⁵⁷ O RE nº 630147 foi apresentado por Joaquim Roriz, então candidato ao cargo de governador do Distrito Federal.

¹⁵⁸ LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.” (ADI 4451, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>>. Acesso em 18 julho 2021).

¹⁵⁹ “EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. (...) CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. (...) EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE

Entre tantas decisões relevantes proferidas nesse segundo período de análise, há de se recordar também o julgamento conjunto da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, em 05.05.2011, cuidando da relevante questão das uniões homoafetivas.

Em voto rico e substancioso proferido por um dos grandes humanistas daquela Corte e que foi seguido à unanimidade pelos demais ministros, o relator, Min. Carlos Ayres, gravou com letras fortes a disciplina constitucional da proibição do preconceito em razão do sexo, masculino ou feminino, ou da orientação sexual de cada cidadão.¹⁶⁰

EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. (...) 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. (...) É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. (...) A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não -- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. (...) A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura." (ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>>. Acesso em 19 julho 2021.

¹⁶⁰ 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). (...). 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da

Outro caso digno de destaque nesse segundo ciclo de análise da história do STF após a Constituição de 1988 diz com o debate em torno do aborto dos fetos anencefálicos, que teve início no ano de 2004, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ.

Embora esse julgamento não tenha alcançado o mérito, em razão da delonga que ensejou o nascimento da criança e a perda superveniente do interesse de agir,¹⁶¹ o exame da questão foi retomado poucos meses depois, ainda naquele ano de 2004, quando da propositura da ADPF 54, em 17 de junho, subscrita pelo então Advogado Luís Roberto Barroso.

Proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e distribuída ao Min. Marco Aurélio, a liminar foi deferida monocraticamente pelo Relator, em 01.07.2004, com julgamento definitivo apenas transitando em julgado quase nove anos depois, em 08.05.2013.¹⁶²

interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-0212). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 15 julho 2021.

¹⁶¹ EMENTA: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. REALIZAÇÃO DE ABORTO EUGÊNICO. SUPERVENIÊNCIA DO PARTO. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. 1. Em se tratando de habeas corpus preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do writ implica a perda do objeto. 2. Impetração prejudicada. (HC 84025, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2004, DJ 25-06-2004 PP-00043 EMENT VOL-02157-02 PP-00329 RTJ VOL-00191-02 PP-00624). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2204728> . Acesso em 15 julho 2021.

¹⁶² ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCEFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA

A forma como esse caso foi tratado pelo Relator, alvo de tantas críticas e censuras internas, permite identificar um novo modo de proceder, de caráter essencialmente estratégico, no âmbito de uma ação judicial vinculada à jurisdição concentrada e que suscitava um debate sensível do ponto de vista moral: a possibilidade de interrupção de gestações de fetos anencéfalos e os efeitos penais das condutas das mães que haviam se submetido, em tais condições, a práticas abortivas.¹⁶³

Do julgamento final proferido pelo STF aproximados oito anos depois da propositura da ação, extraiu-se uma nova hipótese de excludente de ilicitude, num movimento de inovação da ordem jurídica por meio de decisões judiciais, movimento esse que foi, desde então, gradativamente sendo ampliado e consolidado, inclusive com a aceitação passiva e mesmo o próprio estímulo das demais esferas de poder que alimentavam, cada vez mais esse processo, com a transferência de questões das arenas administrativa e política para a Corte Suprema.

Mas esse ponto de inflexão ou de mutação dos papéis e da forma de atuação da Suprema Corte foi também forjado por razões outras, entre as quais despontam a máxima publicidade das sessões do STF, transmitidas pela TV Justiça

GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (ADPF 54 QO, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2005, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 15 julho 2021.

¹⁶³ A propósito desse episódio, vale recordar a interessante análise desenvolvida por Felipe Recondo e Luiz Weber: “A causa chegou ao gabinete do ministro Marco Aurélio no dia 17 de junho de 2004, e foi liberada para julgamento sete dias depois, e a uma semana do recesso de julho. Em apenas sete dias o processo não seria pautado pelo presidente e o julgamento ficou para depois do recesso. Entretanto, Marco Aurélio Mello, considerando o tema urgente, adotou um procedimento inédito, que ele repetiria em outros casos polêmicos: esperou o último dia de trabalho antes das férias e concedeu a liminar (para o plenário não cassar a decisão). Nesse caso, suspendeu todas as ações contra mulheres que haviam interrompido a gestação de bebê anencéfalo, e reconheceu a elas o direito constitucional de abortar. Era mais uma decisão do ministro que se tornou o desbravador do exercício — sem rédeas — de alguns dos poderes individuais que marcam o Supremo de hoje, como o monocratismo e a desinibição dos julgadores diante de temas que terão de decidir. (...) No entanto, quando o tribunal voltou do recesso e a liminar foi submetida ao plenário, mais uma vez o Supremo barrou os atrevimentos de Marco Aurélio, com o explícito protesto de Joaquim Barbosa contra a decisão isolada em assunto tão grave. (...) Depois de ter sua liminar cassada, Marco Aurélio manteve o tema longe do plenário por oito anos. Ao longo desse período, a sociedade debateu a questão em mais profundidade e encontraram-se algumas alternativas para permitir a interrupção de uma gravidez inviável. (...) Em 2012, o momento parecia propício para retomar a análise do tema. ‘Quando cassaram a minha liminar, eu percebi que a concepção era contrária ao pano de fundo. Então coloquei o processo na prateleira, porque não envolvia interesses subjetivos. Quando o Tribunal liberou as pesquisas com células tronco, muito embora por um escorço muito apertado de 6 × 5, eu entendi que era a hora, e o resultado foi muito satisfatório.[...] Nós temos sempre um termômetro. Aí devemos atuar no campo político-institucional’, disse Marco Aurélio em depoimento a uma pesquisadora da UNB que preparava sua tese de doutorado em antropologia. Tratava-se de exemplo notório do manejo do tempo em favor da tese do ministro.” (RECONDO, F.; WEBER, L., ob. cit., 2019, p. 211/213).

criada em 11 de agosto de 2002,¹⁶⁴ e o julgamento da Ação Penal 470,¹⁶⁵ destinada a apurar os crimes cometidos no contexto do denominado “Mensalão” e que ocupou a pauta plenária por 53 sessões, ao longo de 2012.¹⁶⁶

Desde então, como partícipes exponenciais do processo democrático, os ministros do STF passaram a ser alvo de grande interesse social,

¹⁶⁴ Embora inicialmente as sessões não fossem transmitidas ao vivo, sofrendo edições e cortes para preservar a imagem de ministros e da própria instituição, o julgamento do caso de Siegfried Ellwanger, no qual os Ministros Maurício Corrêa e Moreira Alves travaram acesa discussão, acabou impondo a mudança daquele critério. É que, na edição que foi ao ar, a resposta de Maurício Corrêa às duras críticas que lhe foram dirigidas por Moreira Alves não foi transmitida. Como Presidente, Corrêa determinou, então, que todas as transmissões ocorressem em tempo real, o que impactou substancialmente a forma de agir dos julgadores, transformados em celebridades e amplamente acompanhados, para o bem e para o mal, pela mídia e pela sociedade. A propósito, vale conferir a análise de Weber e Recondo acerca desse quadro histórico (ob. cit., p. 92/94).

¹⁶⁵ “AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. (...) CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. SUBITENS VI.1, VI.2, VI.3 E VI.4. CORRUPÇÃO ATIVA E CORRUPÇÃO PASSIVA. ESQUEMA DE PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A PARLAMENTARES PARA FORMAÇÃO DE “BASE ALIADA” AO GOVERNO FEDERAL NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMPROVAÇÃO. RECIBOS INFORMAIS. DESTINAÇÃO DOS RECURSOS RECEBIDOS. IRRELEVÂNCIA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE, SALVO EM RELAÇÃO A DOIS ACUSADOS. CONDENAÇÃO DOS DEMAIS. 1. Conjunto probatório harmonioso que, evidenciando a sincronia das ações de corruptos e corruptores no mesmo sentido da prática criminosa comum, conduz à comprovação do amplo esquema de distribuição de dinheiro a parlamentares, os quais, em troca, ofereceram seu apoio e o de seus correligionários aos projetos de interesse do Governo Federal na Câmara dos Deputados (...) Os parlamentares receberam o dinheiro em razão da função, em esquema que viabilizou o pagamento e o recebimento de vantagem indevida, tendo em vista a prática de atos de ofício. 3. Dentre as provas e indícios que, em conjunto, conduziram ao juízo condenatório, destacam-se as várias reuniões mantidas entre os corréus no período dos fatos criminosos, associadas a datas de tomadas de empréstimos fraudulentos junto a instituições financeiras cujos dirigentes, a seu turno, reuniram-se com o organizador do esquema; a participação, nessas reuniões, do então Ministro-Chefe da Casa Civil, do publicitário encarregado de proceder à distribuição dos recursos e do tesoureiro do partido político executor das ordens de pagamento aos parlamentares corrompidos; os concomitantes repasses de dinheiro em espécie para esses parlamentares corrompidos, mediante atuação direta do ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores e dos publicitários que, à época, foram contratados por órgãos e entidades públicas federais, dali desviando recursos que permitiram o abastecimento do esquema; existência de dezenas de “recibos”, meramente informais e destinados ao uso interno da quadrilha, por meio dos quais se logrou verificar a verdadeira destinação (pagamento de propina a parlamentares) do dinheiro sacado em espécie das contas bancárias das agências de publicidade envolvidas; declarações e depoimentos de corréus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquérito e da chamada “CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido contexto fático-probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva. Ficaram, ainda, devidamente evidenciadas e individualizadas as funções desempenhadas por cada corréu na divisão de tarefas estabelecida pelo esquema criminoso, o que permitiu que se apontasse a responsabilidade de cada um. (...). (AP 470, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013 RTJ VOL-00225-01 PP-00011).” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false>>. Acesso em 17 julho 2021.

¹⁶⁶ Cabe recordar aqui a análise feita por Weber e Recondo: “O mensalão foi o ponto de inflexão do STF. Até ali, o tribunal ainda era aquele “outro desconhecido” de que falava o ministro Aliomar Baleeiro, que o presidiu no início dos anos 1970. Mas que se tornaria presente à mesa das pessoas, depois de 69 sessões televisionadas, com uma soma de ingredientes de forte carga dramática: políticos graúdos na cadeia; empresários poderosos condenados à prisão; suspeitas de um tribunal contaminado politicamente; heróis e anti-heróis; alianças inusitadas; bate-bocas esquentados. O mensalão reunia num só processo mais elementos narrativos que o total de casos julgados pela Corte em décadas. Era o maior caso que já passara pelo Supremo desde sua criação. Portanto, tudo o que acontecesse durante as sessões teria efeito turbinado, sobretudo as divergências internas.” (Ob. cit., p. 286).

enfrentando questões cada vez mais impactantes, de diferentes naturezas ou dimensões e que podem, como já mencionado, ser agrupadas em três conjuntos: questões morais relevantes, questões ligadas ao controle de políticas públicas e questões políticas em sentido amplo.

3.4. A fase da consolidação do STF como um dos protagonistas exponenciais da democracia

Embora a ampliação de poderes das cortes supremas e tribunais constitucionais seja um fenômeno verificado em escala global¹⁶⁷, no Brasil esse processo parece caminhar de forma acelerada, não apenas em razão da riqueza e das características do arsenal instrumental disponibilizado pelo ordenamento jurídico (vias processuais e respectivos escopos) e das técnicas decisórias forjadas pela doutrina (decisões intermediárias construtivas e interpretativas, situadas entre a pronúncia da nulidade de leis e atos normativos inconstitucionais e a preservação ou ampliação de seus efeitos), mas da própria opção decisória adotada pelos integrantes do STF, que raramente assumem postura deferente ou autocontida, quadro que parece encontrar explicação, em larga medida, pelo crescente desprestígio social das demais esferas de expressão da soberania.

Sem dúvida, o processo político-jurídico de defesa da Constituição e de tutela de direitos no sistema brasileiro se caracteriza – e assim se distingue dos modelos do Direito Comparado – pela quantidade, diversidade e originalidade de ações constitucionais.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Confira-se: GINSBURG, Tom. The Global spread of constitutional review. IN: WHITTINGTON, Keith.; KELEMEN, R. Daniel. CALDEIRA, Gregory. The Oxford handbook of law and politics. New York: Oxford University Press, p. 82/88. Assinala Ran Hirschal que: “Nas últimas décadas, o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais. O conceito de supremacia constitucional — que há muito tempo é um pilar central da ordem política norte-americana — é hoje compartilhado, de uma maneira ou de outra, por mais de 100 países ao redor do mundo. Diversos regimes pós-autoritários no antigo Bloco Oriental, no sul da Europa, na América Latina e na Ásia rapidamente adotaram princípios do constitucionalismo moderno durante suas transições para a democracia. Até mesmo países como o Canadá, Israel, Reino Unido e Nova Zelândia — há pouco tempo descritos como os últimos bastiões da soberania parlamentar no estilo Westminster — gradualmente embarcaram na onda global rumo à constitucionalização. A imprensa cobre quase diariamente questões como processos de constitucionalização na União Europeia (UE) e no Iraque, julgamentos de ditadores depostos perante tribunais internacionais e a tomada de importantes decisões constitucionais nos Estados Unidos, na Alemanha e na África do Sul.” (HIRSCHAL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em 17 julho 2021).

¹⁶⁸ Muito embora o foco de análise esteja centrado nas ações de controle concentrado, não se pode olvidar a existência de vias específicas para a defesa subjetiva de direitos fundamentais, entre as quais o mandado

Algumas das decisões produzidas no período que se seguiu ao julgamento do mensalão corroboram a ascensão institucional do STF no contexto da arquitetura institucional dos poderes, num movimento sem precedentes na história republicana nacional e que parece ressuscitar a figura do poder moderador, presente na Constituição do Império.¹⁶⁹

De fato, além dos casos já noticiados, existem outros exemplos expressivos dessa expansão do poder político do STF, entre os quais a decisão proferida em dezembro de 2015, quando o STF reafirmou o procedimento do *impeachment* adotado no caso Collor em 1992, para fins de processamento da denúncia contra Dilma Roussef, segundo o qual a Câmara concederia autorização para abertura do processo, mas reservando-se ao Senado a palavra final acerca da instalação ou não do procedimento correspondente.¹⁷⁰

No ano de 2016, ainda sob os efeitos das ações e decisões proferidas no contexto da Operação Lava-Jato, surgiu o debate, uma vez mais renovado à época, acerca da possibilidade de iniciar-se a execução de pena após a condenação em segunda instância. Essa decisão, proferida no *Habeas Corpus* 126.292,¹⁷¹ a par de representar a mudança da orientação que prevalecia desde 2009,¹⁷² serviu de base para o

de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.

¹⁶⁹ O art. 98 da Constituição do Império (1891) dispunha que: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” No rol de suas competências, figuravam, entre tantas atribuições, a nomeação de senadores, a convocação, prorrogação ou adiamento da Assembleia Geral ou ainda a dissolução da Câmara dos Deputados, além da nomeação de ministros de Estado e a suspensão de magistrados representados (art. 101 da Constituição de 1891).

¹⁷⁰ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4899156>. Acesso em 20 julho 2021.

¹⁷¹ “Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClassificacao=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 21 julho 2021.

¹⁷² EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. (...) A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (...) 4. A ampla defesa, não se a pode

julgamento do habeas corpus impetrado em 2018, em favor do ex-presidente Lula e que objetivava evitar que a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), na qual reconhecida a prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, pudesse ser efetivada antes de seu trânsito em julgado.¹⁷³

Mas o ano de 2016 trouxe, ainda, uma novidade teórica interessante, colhida da experiência da Corte Constitucional da Colômbia¹⁷⁴ e qualificável como um “processo estrutural”.¹⁷⁵

visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.” (HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em 21 julho 2021.

¹⁷³ “Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. (...) 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.” (HC 152752, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em 21 julho 2021.

¹⁷⁴ A partir da técnica decisória adotada pela Corte Constitucional da Colômbia, ao proferir a Sentença T-025/04, a identificação do estado de coisas inconstitucional está vinculada aos seguintes critérios de análise: a) violação difusa e generalizada de direitos fundamentais diversos, afetando contingente expressivo de cidadãos; b) a ação omissiva e reiterada dos agentes públicos responsáveis pela promoção, defesa e realização desses direitos; c) incapacidade administrativa e gerencial, omissão legislativa e não destinação de recursos públicos para assegurar a realização dos direitos fundamentais envolvidos; d) alta sensibilidade da questão jurídico-social envolvida, a demandar o concurso de diferentes esferas ou instâncias do poder público, por meio de ações diversas e coordenadas, a demandar recursos orçamentários expressivos; e) risco de demandas múltiplas ao Poder Judiciário destinadas a combater as mesmas transgressões de direitos. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 21 julho 2021.

Ao julgar a medida cautelar na ADPF 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), reconheceu o STF o denominado “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário nacional, determinando: (i) a realização de audiências de custódia previstas nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no prazo máximo de 24 horas da prisão; (ii) a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, afastados eventuais contingenciamentos ulteriores; e (iii) a prestação de informações pela União e Estados acerca da situação prisional.¹⁷⁶

A partir dos julgados indicados até aqui, confirma-se a premissa de que o Supremo Tribunal, após a Constituição de 1988, foi submetido a um processo gradativo e irrefreável de ampliação de suas áreas de atuação, justificado por diferentes fatores, numa espécie de mutação institucional sem precedentes.¹⁷⁷

¹⁷⁵ A noção de “processo estrutural” é ainda recente na experiência jurídica nacional. Corresponde, em breve síntese, ao reconhecimento de conflitos multidimensionais e coletivos, destinados à reorganização, a partir da ação do Poder Judiciário, de estruturas ou instituições, públicas ou privadas, nas quais são deduzidos, exercitados e tutelados direitos fundamentais. Embora abrangente, a proposta conceitual em questão apenas remarca a relevância dessa nova categoria, que é resultado, em grande medida, da expansão das fronteiras da ação judicial. Para uma análise mais específica: VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017; ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista de Processo, v. 225, 2013.

¹⁷⁶ “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.” (ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> . Acesso em 21 julho 2021.

¹⁷⁷ Não por outra razão instalou-se recentemente um aceso debate acerca dos reais limites de sua competência político-jurisdicional, havendo juristas respeitados que apontam a existência de previsão constitucional reservando às Forças Armadas competência para arbitrar e recompor eventuais conflitos entre os Poderes. Confira-se, nesse sentido, o texto de Ives Gandra da Silva Martins: “Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes.” Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>>. Acesso em 22 julho 2021.

Nesse percurso institucional singular, há um aspecto procedimental que merece ser destacado, na perspectiva da legitimação das decisões, ligado à realização de audiências públicas,¹⁷⁸ destinadas à oitiva de atores experientes e referenciais nas questões suscitadas em ações de controle concentrado.¹⁷⁹

No ano de 2017 foram realizadas três audiências públicas no STF, destinadas a aclarar aspectos ligados aos temas do armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos,¹⁸⁰ da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil¹⁸¹ e do marco Civil da Internet e suspensão do aplicativo *WhatsApp* por decisões judiciais no Brasil.¹⁸²

¹⁷⁸ Previstas nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, a regulamentação ocorreu com a edição da Emenda Regimental 29/2009, que conferiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante.” Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. (Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 22 julho 2021).

¹⁷⁹ Até julho de 2021, o STF realizou 33 audiências públicas, envolvendo temas os mais diversos, muitos deles moralmente controvertidos e alvos de aceras controvérsias, a exemplo do uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas, uso de pneus usados, aborto de fetos anencefálicos, políticas de ações afirmativas para acesso ao ensino superior, judicialização do direito à saúde, financiamento de campanhas eleitorais, biografias não autorizadas, ensino religioso nas escolas públicas, marco civil da internet, direito ao esquecimento na esfera civil, interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês, redução da letalidade policial, monitoramento prisional e superlotação carcerária. Para o acompanhamento analítico desses procedimentos, recomenda-se a visita ao site do STF: <http://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>.

¹⁸⁰ A audiência pública foi determinada para viabilizar o exame do Recurso Extraordinário 973.837, Relator Ministro Gilmar Mendes, em regime de repercussão geral, no qual no qual suscitada a tese de que a coleta de material genético, prevista na Lei 12.654/2012, violaria o princípio constitucional da não autoincriminação. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>. Acesso em 22 julho 2021.

¹⁸¹ Nos autos do Recurso Extraordinário 1.010.606, em que Relator o Ministro Dias Toffoli, discutiu-se direitos reparatórios de irmãos de vítima de crime violento ocorrido na década de 1950, fato que obteve grande repercussão à época, sendo designada audiência pública para examinar: i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil; e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em 22 julho 2021.

¹⁸² Nos autos da ADPF 403 e da ADI 5.527, em que são Relatores, respectivamente, os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, propõe-se a discussão de decisões judiciais que determinaram a suspensão de serviços que permitem a troca de mensagens entre usuários da Internet, bem assim questiona-se a constitucionalidade de dispositivos da lei que encerra o Marco Civil da Internet, invocadas em abono dessas decisões. O STF já deu início ao julgamento da ADI 5.527, que foi interrompido em razão de pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em 22 julho 2021.

Também no ano de 2017 o STF publicou o acórdão proferido no julgamento da ADI 4.983 e declarou inconstitucional lei do Estado do Ceará que regulamentava a vaquejada.¹⁸³

Reagindo a essa decisão, em um típico caso de *backlash*,¹⁸⁴ o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional (EC) 96, ainda em 2017, acrescentando o § 7º ao art. 225 da CF, com o seguinte teor: “Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

Apesar da reação congressual, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5728/DF, com o propósito de obter a declaração da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2017. Distribuída ao Min. Dias Toffoli, foi incluída em pauta para julgamento em 05.11.2020, mas retirada posteriormente pelo Presidente do STF, havendo grande expectativa em relação a esse julgamento, que parece confrontar a Suprema Corte, com

¹⁸³ “PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.” (ADI 4983, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em 22 julho 2021.

¹⁸⁴ De acordo com Cass Sunstein, *backlash* pode ser definido como um: “Intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force”. (Backlash’s Travels. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n°. 157, 2007, p. 01). Em tradução livre diz com uma “intensa e sustentada desaprovação social de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e para remover sua coercibilidade.” Ainda segundo a doutrina comparada: “Backlash challenges the presumption that citizens should acquiesce in judicial decisions that speak in the disinterested voice of law. Backlash twice challenges the authority of this voice. In the name of a democratically responsive Constitution, backlash questions the autonomous authority of constitutional law. And in the name of political self-ownership, backlash defies the presumption that lay citizens should without protest defer to the constitutional judgments of legal professionals. [...] Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of Law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy.” (POST, Robert and SIEGAL, Reva B., *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, p. 82. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 22 julho 2015.

sua função de guardiã da Constituição, e o Poder Legislativo, em matéria alvo de grande interesse e atenção.

De fato, a partir da perspectiva “biocêntrica” ou “ecocêntrica” que se propõe a suplantar a clássica visão antropocentrista, como foi remarcado em um dos votos proferidos no julgamento da ADI 4.983,¹⁸⁵ compreende-se que o complexo de objetos abarcados pelo meio-ambiente não admitiria redução protetiva.

Daí porque o STF deverá se pronunciar acerca da efetiva conformação constitucional da EC 96/2017. E a chave para a resposta a essa intrigante questão, ligada aos limites do poder constitucional conformador derivado, parece estar na própria consideração do conteúdo das cláusulas pétreas referidas no § 4º do art. 60 da CF,¹⁸⁶ para além da própria censura de ordem política ou moral que possa, eventualmente, ser produzida pela Suprema Corte em relação às opções normativas do legislador constituinte derivado.

Ainda que o STF assuma o papel de responsável último pela definição do sentido e alcance da Carta Política, não se pode compreender interditado, em termos absolutos e objetivos, o poder constituinte derivado para rever realidades e prescrever inovações, salvo em relação às cláusulas pétreas, como já foi decidido, inclusive, pelo próprio STF.¹⁸⁷

¹⁸⁵ “A Carta Maior - como um todo unitário e coerente - não agasalha a prática de crueldade e a vaquejada é pratica evidentemente violenta que submete os animais nela envolvidos à crueldade. O atual estágio evolutivo humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito. A pós-modernidade constitucional incorporou um novo modelo, o do Estado Socioambiental de Direito, como destacam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, com pertinente citação, em suas reflexões, de Arne Naess que reproduz: (...). A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada. O bem protegido pelo inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição, enfatizo, possui matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco às formas de vida não humanas e o modo escolhido pela Carta da República para a preservação da fauna e do bem-estar do animal foi a proibição expressa de conduta cruel, atentatória à integridade dos animais.” (Trecho do voto proferido pela Min. Rosa Weber. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>. Acesso em 25 julho 2021.

¹⁸⁶ Assim dispõe o preceito: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct>. Acesso em 25 julho 2021.

¹⁸⁷ “Ementa: (...). TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. (...). 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção

Também em 2017 aportou ao STF outra relevante discussão, ligada à possibilidade constitucional de candidaturas avulsas ou sem vinculação partidária, à luz do art. 14, § 3º, V, da Carta Política.

A possibilidade das candidaturas avulsas tem sido rejeitada no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), havendo, porém, fortes argumentos que parecem justificar essa pretensão.¹⁸⁸

de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de *mudação constitucional pela via legislativa*. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos. (...)” (ADI 5105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016). Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286> >. Acesso em 25 julho 2021.

¹⁸⁸ Nos autos do ARE 1054490/RJ, distribuído ao Min. Roberto Barroso, sustenta-se, fundamentalmente, que a Constituição não vedou de forma explícita, clara e inequívoca a candidatura avulsa, sendo que o art. 14, § 3º, V, da CF, por ser norma que limita direito fundamental, apenas se submete a exegese estrita, bem assim que o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992) afasta o estabelecimento de qualquer condição de elegibilidade que não se funde em motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. Daí porque a recusa à possibilidade das candidaturas avulsas implica afronta à jurisprudência do STF, que atribui status supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208032> >. Acesso em 25 julho 2021.

Em razão de seus expressivos impactos para o processo democrático, a matéria, com repercussão geral reconhecida, tem despertado grande interesse também sob a perspectiva da própria possibilidade de que seja equacionada no âmbito do STF. Afinal, tratando-se de tema essencialmente político, a deliberação respectiva parece estar a cargo do Poder Legislativo, mesmo que na instrução da causa tenham sido ouvidos em audiência pública diversos atores do universo político, social e acadêmico.¹⁸⁹

Na sequência dos julgamentos emblemáticos do STF, em 2018 a pauta penal ganhou uma vez mais visibilidade. Reafirmou-se a plena viabilidade constitucional da prisão dos condenados criminalmente em segunda instância¹⁹⁰, em julgamento rumoroso que envolveu ex-Presidente da República, havendo também notável evolução jurisprudencial na questão do foro por prerrogativa de função, coloquialmente referido como “foro privilegiado”.

¹⁸⁹ O “leading case” – RE 1238853 – encontrava-se concluso ao Relator na data desta pesquisa, conforme: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5788240>>. Acesso em 12 jan 2022.

¹⁹⁰ Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.” (HC 152752, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018). Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>>. Acesso em 10 jan 2022.

Quanto a esse último tema, ao examinar questão de ordem suscitada na AP 937, decidiu a Excelsa Corte que o foro especial apenas seria aplicável aos parlamentares nas hipóteses em que os delitos fossem cometidos no exercício do cargo e em razão dele, excluindo-se todos os demais tipos penais, bem assim que a competência da Corte não seria afetada pelo afastamento do cargo, independentemente da razão determinante.¹⁹¹

No contexto dos casos envolvendo a denominada “Operação Lava-Jato”, o STF declarou não recepcionado o art. 260 do Código de Processo Penal pela Constituição de 1988, afastando a possibilidade de condução coercitiva de réu ou de investigado para interrogatório, por configurar indevida restrição à liberdade de locomoção e ofensa à presunção de não culpabilidade. Com a técnica da modulação, o STF preservou a eficácia de interrogatórios de réus ou investigados efetivados até aquela data com a adoção do procedimento de condução coercitiva.¹⁹²

¹⁹¹ “Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência. (...) 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.” (AP 937 QO, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>>. Acesso em 10 jan 2022.

¹⁹² 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. (...) 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. (...) 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a

Outra decisão digna de registro envolveu o reconhecimento da possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada com autoridade policial, no curso de inquérito policial, sem que fossem afrontadas as prerrogativas do Ministério Público, titular da ação penal. Estabeleceu a Suprema Corte que a oitiva do Ministério Público, em qualquer caso, se faria sempre necessária, pouco importando o teor da proposta formulada pela autoridade policial, seja envolvendo a redução da pena, seja alcançando o perdão judicial, uma vez preservada a competência do Poder Judiciário para a respectiva homologação.¹⁹³

O ano de 2018 foi ainda relevante para os temas da área do Direito do Trabalho, em razão do advento da denominada Reforma Trabalhista, promovida durante o Governo Michel Temer (com as Leis 13.467 e 13.429, ambas de 2017) e que foi precedida por algumas decisões emblemáticas do STF¹⁹⁴. Um dos temas gravados de maior polêmica, e alvo de diversas ações de controle concentrado, disse respeito ao novo sistema de custeio das organizações sindicais, em que prevista a natureza facultativa das contribuições sindicais antes consideradas obrigatórias. Chancelando a inovação legal, assentou o STF, entre tantos argumentos relevantes, que

Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP.” (ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404263/false>>. Acesso em 11 jan 2022.

¹⁹³ “DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz.” (ADI 5508, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414323/false>>. Acesso em 11 jan 2022.

¹⁹⁴ Foram dois casos julgados pelo STF, que anteciparam os “ventos inovadores” no mundo do trabalho. No julgamento do RE 590.415, a Suprema Corte promoveu a revisão da jurisprudência do TST, limitativa da autonomia negocial coletiva conferida no Texto Constitucional aos sindicatos, editando a tese 152 da Tabela de Repercussão Geral, segundo a qual: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.” Com o julgamento do RE 895.759, o STF reafirmou uma vez mais a plena autonomia dos sindicatos para transacionar direitos trabalhistas, salvo aqueles gravados com a nota da indisponibilidade absoluta.

o sistema legado pelo Estado Novo haveria de ser suplantado em nome da cláusula democrática e do próprio princípio da liberdade sindical.¹⁹⁵

Dando curso ao exame dos temas trazidos pela Reforma Trabalhista, examinou-se a validade constitucional da terceirização, historicamente tratada de forma absolutamente “tímida” pelo legislador, o que impôs a atuação supletiva da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST).¹⁹⁶

¹⁹⁵ “Ementa: Direito Constitucional e Trabalhista. Reforma Trabalhista. Facultatividade da Contribuição Sindical. Constitucionalidade. Inexistência de Lei Complementar. Desnecessidade de lei específica. Inexistência de ofensa à isonomia tributária (Art. 150, II, da CRFB). Compulsoriedade da contribuição sindical não prevista na Constituição (artigos 8º, IV, e 149 da CRFB). Não violação à autonomia das organizações sindicais (art. 8º, I, da CRFB). Inocorrência de retrocesso social ou atentado aos direitos dos trabalhadores (artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da CRFB). Correção da proliferação excessiva de sindicatos no Brasil. Reforma que visa ao fortalecimento da atuação sindical. Proteção às liberdades de associação, sindicalização e de expressão (artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da CRFB). Garantia da liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CRFB). Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente. (...) 6. A supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais não vulnera o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, nem configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição. 7. A legislação em apreço tem por objetivo combater o problema da proliferação excessiva de organizações sindicais no Brasil, tendo sido apontado na exposição de motivos do substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, que deu origem à lei ora impugnada, que o país possuía, até março de 2017, 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do Ministério do Trabalho, sendo que, somente no ano de 2016, a arrecadação da contribuição sindical alcançou a cifra de R\$ 3,96 bilhões de reais. 8. O legislador democrático constatou que a contribuição compulsória gerava uma oferta excessiva e artificial de organizações sindicais, configurando uma perda social em detrimento dos trabalhadores, porquanto não apenas uma parcela dos vencimentos dos empregados era transferida para entidades sobre as quais eles possuíam pouca ou nenhuma ingerência, como também o número estratosférico de sindicatos não se traduzia em um correspondente aumento do bem-estar da categoria. 9. A garantia de uma fonte de custeio, independentemente de resultados, cria incentivos perversos para uma atuação dos sindicatos fraca e descompromissada com os anseios dos empregados, de modo que a Lei nº 13.467/2017 tem por escopo o fortalecimento e a eficiência das entidades sindicais, que passam a ser orientadas pela necessidade de perseguir os reais interesses dos trabalhadores, a fim de atraírem cada vez mais filiados. (...) 11. A Constituição consagra como direitos fundamentais as liberdades de associação, sindicalização e de expressão, consoante o disposto nos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, tendo o legislador democrático decidido que a contribuição sindical, criada no período autoritário do estado novo, tornava nula a liberdade de associar-se a sindicatos. (...) 14. A autocontenção judicial requer o respeito à escolha democrática do legislador, à mútua de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis e à luz dos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da Constituição, os quais garantem as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização. 15. Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas improcedentes e Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente para assentar a compatibilidade da Lei nº 13.467/2017 com a Carta Magna.” (ADI 5794, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 22-04-2019 PUBLIC 23-04-2019). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402320/false>. Acesso em 11 jan 2022.

¹⁹⁶ Embora referida como uma das vias de organização do serviço público no DL 200/67, a terceirização para a iniciativa privada foi inicialmente disciplinada nas Leis 6.019/74 e 7.102/83, que trataram, respectivamente, do funcionamento das empresas de trabalho temporário e dos serviços de vigilância bancária. Com a reorganização do modo de produção capitalista forjado pelo “sistema toyotista”, no entanto, surgiram novos modelos de delegação de etapas de processos produtivos, o que ensejou a edição

No julgamento da ADPF 324, além de reafirmar a tese de que a adoção da terceirização não traduzia, por si só, precarização do trabalho ou violação à dignidade do trabalhador, o STF chancelou a compreensão jurisprudencial trabalhista de que as empresas que optam pela contratação de serviços terceirizados deveriam assumir maiores responsabilidades no instante da celebração desses negócios, aferindo a idoneidade e a capacidade econômicas dessas empresas de terceirização, bem assim respondendo subsidiariamente por eventuais débitos trabalhistas e previdenciários.¹⁹⁷

Merece referência também a decisão proferida no RE 888.815, cujo acórdão foi redigido pelo Min. Alexandre de Moraes, no qual se discutiu se haveria ou não direito à educação domiciliar – o denominado “homeschooling” – como opção discricionária ou direito subjetivo por parte de núcleos familiares, como extensão do direito de liberdade de crença ou de culto religioso.¹⁹⁸

pelo TST das Súmulas 256, em 1986, e 331, essa última sendo a principal referência sobre o tema até o advento da Lei 13.429/2017.

¹⁹⁷ “Ementa: Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993). 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”. 8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.” (ADPF 324, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019). Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>>. Acesso em 11 jan 2022.

¹⁹⁸ “Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O

Iniciado o exercício judiciário de 2019, o STF retomou o debate sobre a possibilidade jurídica de prisão de condenados em segunda instância, uma vez mais no contexto das discussões da denominada “Operação Lava-Jato”. Revendo a compreensão anterior, agora no julgamento de ações de controle concentrado, o STF promoveu a retificação da compreensão que vinha sendo externada desde fevereiro de 2016.^{199 200}

ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. (RE 888815, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400233/false>>. Acesso em 11 jan 2022.

¹⁹⁹ O tratamento jurisprudencial da matéria pelo STF, a partir do advento da Constituição de 1988, envolveu a afirmação inicial da impossibilidade de início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme decisão proferida no HC 84.078, cujo resultado foi formado com o placar de 7 x 4. Posteriormente, em 2016, pelo mesmo placar, embora com composição distinta, o STF, ao examinar o HC 126.292, promoveu uma “viragem jurisprudencial”, o que ensejou alguma insegurança, com decisões monocráticas contraditórias. Essa última compreensão foi reafirmada por ocasião do exame das liminares nas ADCs 43, 44 e 54, em cujo julgamento definitivo, já em 2019, com o placar de 6 a 5, a Excelsa Corte assentou a impossibilidade de execução antecipada da pena.

²⁰⁰ “Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No

Duas outras decisões impactantes foram também editadas em 2019: a primeira, envolvendo a constitucionalidade do compartilhamento de dados da Receita Federal e da Unidade de Inteligência Financeira com o Ministério Público, sem prévia autorização judicial, assim confirmando a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º, da Lei Complementar nº 105/2001;²⁰¹ a segunda, garantindo aos delatados em ações penais o direito de produzir alegações finais após a acusação e os réus delatores, conferindo melhor densificação aos postulados do contraditório e da ampla defesa.²⁰²

julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas as decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.” (ADC 43 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018). Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381461/false>>. Acesso em 11 jan 2022.

²⁰¹ “Ementa Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Fixação das seguintes teses: 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.” (RE 1055941, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-052 DIVULG 17-03-2021 PUBLIC 18-03-2021). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433179/false>. Acesso em 12 jan 2022.

²⁰² Ao tempo dessa pesquisa, o acórdão ainda não havia sido publicado, embora a certidão de julgamento assinalasse a tese prevalecente nos seguintes termos: “**Decisão:** O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem

Antecipando-se ao advento da Pandemia da Covid19, responsável por impor uma mudança radical em nossos hábitos e esquemas de vida, com medidas de segurança como o distanciamento social e o fechamento de escolas, empresas exploradoras de atividades não consideradas essenciais, clubes, academias e outros espaços de socialização, o ano de 2019 foi ainda rico em decisões relevantes e que prenunciaram novos cenários e realidades.

Um dos mais impactantes exemplos foi a decisão proferida nos autos do RE 1.054.110 a propósito da viabilidade constitucional da proibição de utilização de veículos particulares para transporte remunerado de passageiros, sem autorização do Poder Público, imposta por lei municipal de São Paulo. Cuida-se de caso relevante não apenas do ponto de vista da delimitação das competências dos entes federados envolvidos, mas também por dimensionar os efeitos das denominadas “tecnologias disruptivas” no ambiente econômico-social ligado ao transporte de pessoas e objetos.²⁰³

Sob o argumento de que o modelo de negócio implantado pelas empresas que operam plataformas de aplicativos, a par de configurar espécie anômala de “táxi clandestino”, criava uma injusta competição, colocando em risco o usuário/consumidor, o Município de São Paulo pretendeu a confirmação da validade constitucional da lei por ele editada, o que não foi placitado pelo STF.²⁰⁴

de *habeas corpus*, para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Prosseguindo no julgamento e após proposta feita pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Tribunal, por maioria, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado neste *habeas corpus*, já julgado, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese em assentada posterior. Plenário, 02.10.2019.” Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>. Acesso em 12 jan 2022.

²⁰³ O cenário atual descortina um novo tempo tecnológico, uma nova era de desenvolvimento científico, conhecida como Revolução 4.0. Assistimos à emergência da economia digital e ouvimos palavras novas que remetem a realidades instigantes e ainda pouco conhecidas, de que são exemplos as expressões “Gig Economy” ou Economia Compartilhada, “Uberização da Economia” ou “Capitalismo de Plataforma” (“crowdwork” e trabalho sob demanda por meio de aplicativos). Também se tornaram frequentes referências à inteligência artificial, à Internet das coisas, ao uso de veículos autônomos, à impressão em 3D, à nanotecnologia, à biotecnologia e ao armazenamento de energia e computação quântica. No campo das relações de trabalho, os efeitos da tecnologia (automação acelerada e trabalho por plataformas) envolvem, essencialmente, a extinção de postos de trabalho e o agravamento do desemprego, impactando negativamente os cofres previdenciários, as políticas públicas assistencialistas e os programas de qualificação profissional.

²⁰⁴ Ementa: Direito constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. livre iniciativa e livre concorrência. 1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal

Decisões das mais significativas no ano de 2019 envolveu a criminalização de condutas homofóbicas, como forma de reação aos discursos de ódio e à violência de gênero, praticados contra pessoas que optam por formas não tradicionais de afetividade.

Proferidas em ações vinculadas a duas classes processuais distintas – ADO 26/DF e MI 4733 –, essas decisões produziram grande debate político e social, configurando caso típico de ativismo louvável, pois exercitado na defesa de grupos sociais minoritários e estigmatizados, que não lograram obter da arena parlamentar a necessária tutela de sua liberdade, contra a discriminação.²⁰⁵

que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99. 2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas. 3. As normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. 4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”. 5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. 6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”. (RE 1054110, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425705/false>>. Acesso em 20 jan 2022.

²⁰⁵ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandato constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não

Não se poderia avançar nesse breve inventário de decisões relevantes do STF do ano de 2019, antes do advento da Pandemia da COVID19, sem referir à polêmica decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli, determinando a instauração do Inquérito das denominadas “Fake News”.

Longe de reduzir a alta complexidade do cenário político e jurídico que deflagrou essa nova etapa da atuação do STF, é fato que as reações sociais de agressão ao STF, a seus ministros e parentes, foram catalisadas por manifestações de diversos agentes políticos. Propagaram-se discursos de ódio, com notícias falsas, denúncias caluniosas e ameaças classificáveis como crimes contra a honra, o que ensejou a prisão de diversos atores, inclusive um parlamentar.²⁰⁶

Deflagrado o quadro de Pandemia, a atuação do STF avançou substancialmente, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos. No sítio do STF

fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 20 jan 2022.

²⁰⁶ Ementa. PENAL E PROCESSO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA DE INVIOABILIDADE PARLAMENTAR (CF, ART. 53, CAPUT). POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO DE DEPUTADO FEDERAL PELA PRÁTICA DE CRIME INAFIANÇÁVEL (CF, ARTIGO 53, §2º). NECESSIDADE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS DELIBERAR SOBRE SUA MANUTENÇÃO. DECISÃO REFERENDADA. 1. A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio. 2. Não incidência da imunidade parlamentar prevista no caput, do art. 53, da Constituição Federal. A jurisprudência da CORTE é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta; não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Precedentes. 3. As condutas praticadas pelo parlamentar foram perpetradas em âmbito virtual, por meio da publicação e divulgação de vídeos em mídia digital ("YouTube") durante todo o dia, com constante interação do mesmo, situação que configura crime permanente enquanto disponível ao acesso de todos, ainda que por curto espaço de tempo, permitindo a prisão em flagrante do agente. 4. Nos termos do art. 324, IV, do Código de Processo Penal, não será autorizada a fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. A presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva afasta a afiançabilidade do crime, permitindo a prisão em flagrante do parlamentar. Precedente da CORTE: AC 4.039 Ref-MC/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma. 5. Necessidade de que a Câmara dos Deputados, nos termos do §2º, do art. 53, da Constituição Federal, resolva, pela maioria absoluta de seus membros, em votação nominal e aberta, sobre a prisão do parlamentar. 6. DECISÃO REFERENDADA. Manutenção da prisão em flagrante do parlamentar por crime inafiançável. (Inq 4781 Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2021, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 13-05-2021 PUBLIC 14-05-2021). Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446255/false> > . Acesso m 21 jan 2022.

mantido junto à Internet, consta a informação de que o STF recebeu durante o período da Pandemia 10.172 processos, o que ensejou a prolação de 13.322 decisões.²⁰⁷

Distribuídas em 16 classes processuais,²⁰⁸ essas ações impuseram ao STF ainda um novo papel, ao examinar a constitucionalidade de diversas medidas provisórias editadas pelo Chefe do Poder Executivo federal, estabilizando as expectativas sociais envolvidas. Além dos diversos conflitos de interesses entre entes federados, o STF cumpriu um importante papel, ao sinalizar ao Poder Legislativo e à própria sociedade que a maior parte das inovações propostas pelo legislador provisório excepcional, além de cumprirem os requisitos de relevância e urgência, seriam também compatíveis com os princípios e regras da Constituição.²⁰⁹

Exemplos vários no âmbito das relações de trabalho confirmam essa assertiva. A Pandemia trouxe o debate sobre o emprego para o centro das atenções, o que levou o Poder Público a produzir a denominada “legislação da crise”: um conjunto de medidas provisórias,²¹⁰ editadas com os objetivos de preservar empregos e rendas durante a travessia pelo “mar revolto” que se apresentou.²¹¹

²⁰⁷ Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em 21 jan 2022.

²⁰⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=resumocovid&pagina=resumocovid>. Acesso em 21 jan 2022.

²⁰⁹ No julgamento de sete ADIs -- propostas pelos partidos PDT - Partido Democrático Trabalhista (6.342), Rede Sustentabilidade (6.344), CNTM - Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (6.346), PSB - Partido Socialista Brasileiro (6.348), PCdoB - Partido Comunista do Brasil (6.349), Solidariedade (6.352) e CNTI - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (6.354) --, o STF limitou-se a suspender a eficácia dos arts. 29 (que não considerava doença ocupacional os casos de contaminação de trabalhadores pelo coronavírus) e 31 (que limitava a atuação de auditores fiscais do trabalho à atividade de orientação) da MP 927. Embora em sede cautelar, a constitucionalidade da MP 936 foi confirmada, por ocasião do julgamento da ADI 6363.

²¹⁰ Foram editadas as Medidas Provisórias 927 (conferindo regulamentação adicional ao teletrabalho e permitindo a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho e o recolhimento retardado do FGTS) e a 936 (introduzindo o Programa Emergencial para Preservação de Empregos e Rendas, dispondo sobre a suspensão dos contratos de trabalho e a redução proporcional de salários e jornada de trabalho, ficando a cargo do Poder Executivo a concessão do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda).

²¹¹ Como afirmamos em texto recente: “A legislação provisória da crise permitiu também que alguns dogmas fossem relativizados, a exemplo daquele que exige a negociação coletiva para a redução de salários e jornadas (CF, arts. 7º, VI e XIII, e 8º, VI) e mesmo para a suspensão dos contratos (art. 476-A da CLT; Lei 13.189/2015). Embora sem negar ou afastar uma das mais “absolutas verdades” do mundo do trabalho, qual seja, a relevância do diálogo entre os atores sociais, responsáveis primários pela construção dos caminhos que devem ser trilhados no curso do tormentoso processo produtivo, a “legislação da crise” acabou permitindo a negociação direta entre empregados e empregadores, tanto para a suspensão dos contratos, quanto para a redução proporcional de salários e jornadas. E isso em razão do isolamento e distanciamento social que se seguiram à Pandemia, com a interdição de muitas das atividades empresariais não reputadas essenciais. Essa atuação emergencial do Poder executivo, normatizando a realidade laboral da crise, e que foi posteriormente ratificada pelo Poder Legislativo,

Diversos temas, no entanto, foram submetidos ao exame da Suprema Corte, realçando, com letras fortes, a centralidade do papel do STF no contexto atual, sobretudo em face da larga polêmica que se instalou entre agentes políticos e entes federados acerca da gravidade e extensão da Pandemia da COVID19, dos papéis conferidos a cada um dos entes federativos e das medidas adequadas para seu enfrentamento.²¹²

Questão das mais polêmicas foi enfrentada nos autos da ADI 6341, alcançando dispositivos da MP 926/20, com os quais se pretendeu alterar dispositivos da Lei 13.979/20. Apesar de conferir às autoridades locais, no âmbito de suas competências, a responsabilidade pela definição das políticas de isolamento, quarentena, restrição do transporte por rodovias, portos e aeroportos, previu-se que essas providências não poderiam afetar os serviços públicos e as atividades essenciais, que seriam definidas em decreto pelo Presidente da República.

Fundamentalmente, a questão constitucional objeto da ADI 6341 ficou centrada na análise da ofensa aos arts. 23, II, 198, I, 200, II, todos da CF, por dispositivos da MP 926/20, haja vista a competência comum para gestão da saúde e do sistema único, bem assim para a execução de ações de vigilância sanitária.

Deferida a medida cautelar monocraticamente, com a preservação ampla da competência dos entes subnacionais, o STF, por ocasião do referendo plenário, optou por conferir interpretação conforme à Constituição e assentar que “preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos essenciais.”²¹³

recebeu o aval do Supremo Tribunal Federal, provocado por meio de Ações Diretas de inconstitucionalidade.” (“Direito e justiça do trabalho em tempos de pandemia.” Opinião Jurídica 9: direito imobiliário / / XXXXXX [ct al.]; Secovi-SP (Ed.); Jaques Bushatsky, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira (Coords.). – São Paulo: Secovi-SP, 2021, p. 13).

²¹² Especial referência deve ser feita à rica pesquisa produzida por Rodrigo Garcia Duarte et all, em artigo acadêmico em que é examinada a evolução da jurisprudência do STF na questão da distribuição de competências entre os entes federativos para enfrentamento de temas afetos à saúde, com particular destaque para o período da Pandemia da COVID19. (VIEIRA, João Lucas Torres; DUARTE, Rodrigo Garcia; SOUZA, Victor Reis do Valle. FEDERALISMO E PANDEMIA: OS NOVOS HORIZONTES A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Revista Dos Estudantes De Direito Da Universidade De Brasília, 1(19), 746–779. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/37318>>. Acesso em 21 jan 2022).

²¹³ “EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida

Dois outros julgamentos ainda foram emblemáticos no contexto da Pandemia da COVID19, reafirmando o papel essencial do STF como árbitro dos conflitos federativos.

Nos autos da ADI 6343, o STF suspendeu a eficácia do art. 3º, VI, “b”, e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020, afastando a necessidade de autorização da União ou de obediência a determinações de órgãos federais para impor medidas de restrição à circulação de pessoas, bem assim assentando que as medidas de restrição deveriam se apoiar em orientações técnicas, salvo para a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.²¹⁴

pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.” (ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em 21 jan 2022.

²¹⁴ “Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SÃO ALICERCES DO FEDERALISMO E CONSAGRAM A FÓRMULA DE DIVISÃO DE CENTROS DE PODER EM UM ESTADO DE DIREITO (ARTS. 1º E 18 DA CF). COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA

Também no julgamento da ADI 6362, pretendeu-se conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso VII do art. 3º da Lei 13.979/2020, em que prevista a possibilidade de “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”, com a inserção de duas condições não previstas: autorização do Ministério da Saúde e oitiva prévia dos obrigados pela requisição. Três foram os motivos centrais que levaram à improcedência do pedido: a falta de previsão legal, a urgência de cumprimento das

PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1.Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 2.A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. 3.A União tem papel central, primordial e imprescindível de coordenação em uma pandemia internacional nos moldes que a própria Constituição estabeleceu no SUS. 4.Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 5.Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores). 6.Os condicionamentos imposto pelo art. 3º, VI, “b”, §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020, aos Estados e Municípios para a adoção de determinadas medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia do COVID-19, restringem indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes, em detrimento do pacto federativo. 7.Medida Cautelar parcialmente concedida para: (a) suspender, sem redução de texto, o art. 3º, VI, “b”, e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, excluídos Estados e Municípios da exigência de autorização da União, ou obediência a determinações de órgãos federais, para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas; e (b) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos para estabelecer que as medidas neles previstas devem ser fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.” (ADI 6343 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-273 DIVULG 16-11-2020 PUBLIC 17-11-2020). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436409/false>. Acesso em 21 jan 2020.

requisições para o combate efetivo à Pandemia e o comprometimento da autonomia dos entes federados para combater a crise sanitária.²¹⁵

Embora não seja o escopo dessa pesquisa apresentar um relatório completo e exaustivo de todas as decisões proferidas pela Excelsa Corte, no contexto da Pandemia da COVID19, cabe referir ainda a alguns outros julgamentos reputados relevantes.

²¹⁵ “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA VOLTADA PARA O CONFRONTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRELIMINAR DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INDISPENSABILIDADE, TODAVIA, DO PRÉVIO SOPESAMENTO DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES SOBRE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. MEDIDA QUE, ADEMAIS, DEVE OBSERVAR OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE NOVOS REQUISITOS PARA A REQUISIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. I - A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). II – Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional. III - O federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus. IV- O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin). V – Dentre as medidas de combate à pandemia, a Lei 13.979/2020 estabelece que qualquer ente federado poderá lançar mão da “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa” (art. 3º, VII). VI – Tais requisições independem do prévio consentimento do Ministério da Saúde, sob pena de invasão, pela União, das competências comuns atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais, todavia, precisam levar em consideração evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas antes de efetivá-las (art. 3º, § 1º). VII – Como todas as ações estatais, as requisições administrativas precisam balizar-se pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, só podendo ser levadas a cabo após a constatação de que inexistem outras alternativas menos gravosas. VIII- Essa fundamentação haverá de estar devidamente explicitada na exposição de motivos dos atos que venham a impor as requisições, de maneira a permitir o crivo judicial. IX – Ao Judiciário, contudo, é vedado substituir-se ao Executivo ou ao Legislativo na definição de políticas públicas, especialmente aquelas que encontrem previsão em lei, considerado o princípio da separação dos poderes. X - A requisição administrativa configura ato discricionário, que não sofre qualquer condicionamento, tendo em conta o seu caráter unilateral e autoexecutório, bastando que fique configurada a necessidade inadiável da utilização de um bem ou serviço pertencente a particular numa situação de perigo público iminente, sendo por isso inexigível a aquiescência da pessoa natural ou jurídica atingida ou a prévia intervenção do Judiciário. XI - A criação de novos requisitos para as requisições administrativas por meio da técnica de interpretação conforme à Constituição (art. 3º, caput, VII, da CF e § 7º, III, da Lei 13.979/2020), não se aplica à espécie, dada a clareza e univocidade da disposição legal impugnada. XII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 6362, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-288 DIVULG 07-12-2020 PUBLIC 09-12-2020). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437979/false>. Acesso em 21 jan 2020.

Nos autos da ADI 6586, examinou-se a competência do Ministério da Saúde para organizar o Plano Nacional de Vacinação, nos moldes do art. 3º da Lei 6.259/1975, em contraposição à pretensão deduzida no sentido de que os entes subnacionais pudessem determinar a vacinação compulsória contra o vírus.

Realçando o ideal cooperativo do federalismo nacional, após decidir que a obrigatoriedade da vacinação não poderia contemplar “medidas invasivas, aflitivas ou coativas”, assim conferindo primazia ao direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, o STF fixou a tese de que a competência do Ministério da Saúde não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, no exercício da competência prevista no art. 23, II, da Constituição Federal.²¹⁶

²¹⁶ “Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser

Por fim, ainda mais expressiva foi a decisão lavrada no julgamento conjunto das ADPF 770 e da ACO 3451, propostas com fundamento em retardamento significativo da apresentação do Plano Nacional de imunização, registro e acesso à vacina contra a COVID19. A decisão monocrática do relator foi confirmada em plenário, ocasião em que se reconheceu aos entes subnacionais a prerrogativa de importar e distribuir, em caráter excepcional e temporário, quaisquer materiais, medicamentos e vacinas contra a pandemia, sujeitos à vigilância sanitária e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), nos termos do art. 3º, VIII, da Lei 13.979/2020.²¹⁷

implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.” (ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443506/false>. Acesso em 21 jan 2022.

²¹⁷ “Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. VACINAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO. I - A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). II – Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional. III - O federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus. IV - Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de todas as vacinas seguras e eficazes no PNI, de maneira a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central. V- O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin). VI - A Constituição outorgou a todos os integrantes da Federação a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia, incluindo-se nisso a disponibilização, por parte dos governos estaduais, distrital e municipais, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que aprovados pela Anvisa, caso aqueles se mostrem insuficientes ou sejam ofertados a destempo. VI – Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência

Iniciado o ano de 2021, o STF, em 11 de fevereiro, decidiu a interessante e intrigante questão do denominado “direito ao esquecimento”,²¹⁸ afirmando-o incompatível com a Constituição.

Na decisão, que foi lavrada nos autos do RE 1010606, o STF analisou se o decurso do tempo seria bastante para fazer cessar ou interditar a possibilidade de divulgação ampla de fatos ou dados verídicos, anteriormente noticiados, como forma de preservação do direito à privacidade e à intimidade dos envolvidos.²¹⁹

Na pauta do STF em 2021, os temas penais envolvendo a Operação Lava Jato também ocuparam as atenções, com as decisões que afirmaram a incompetência do Juízo da 13ª Vara de Curitiba para julgar as ações penais em que figurava como Réu o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva²²⁰ e ainda declarando a

governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020.” (ADPF 770 MC-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441825/false>. Acesso em 21 jan 2022.

²¹⁸ É inegável que o tema do direito ao esquecimento, que dividiu o tribunal, suscita diversos olhares, mas o drama vivido por aqueles que praticaram crimes pelos quais foram devidamente punidos, mas que seguem discriminados e perseguidos quando retornam ao convívio social, foi exposto com invulgar brilho pelo escritor Victor Hugo, no celebrado livro “Os Miseráveis” (1862). A primeira parte da história vivida por Jean Valjean -- personagem central do livro de Victor Hugo e vítima de discriminações e preconceitos mesmo após o cumprimento das penas que lhe foram aplicadas --, põe em discussão a própria função da sanção penal imposta pelo Estado. Fruto de ponderada evolução social, o debate teórico a respeito levou à conclusão de que deve prevalecer, nas sociedades modernas, comprometidas com os valores da Justiça Social, não apenas as funções de repressão e desestímulo ao delito, mas também de ressocialização do infrator, sendo inadmissíveis posturas que permitam a continuação da reprimenda social àqueles que cumpriram penas e quitaram seus débitos com a sociedade. Ainda que a divulgação deva ser sempre permitida, para que a memória social seja preservada contra atos lesivos a valores sociais básicos, não parece haver utilidade na divulgação dos nomes dos atores envolvidos. A rigor, fatos e atores não se confundem, bastando que se mencione os eventos para que o propósito de preservação da memória seja alcançado.

²¹⁹ Fixou-se nesse julgamento a seguinte tese jurídica: “É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446557/false>. Acesso em 24 jan 2022.

²²⁰ Ementa: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. CONEXÃO NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL CONFIGURADA. NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO ÀS DEMAIS AÇÕES PENAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No histórico de delimitação da competência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba ao processo e julgamento de feitos atinentes à denominada “Operação Lava Jato”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de questão de ordem

suspeição do Juiz Sérgio Moro, responsável pela maior parte das decisões condenatórias.²²¹

No ano em que a COVID19 parece ter atingido o seu ápice, a “judicialização” perante o STF assumiu também grandes proporções.

Ainda vinculada ao contexto dessa crise sanitária, decisão relevante foi proferida monocraticamente pelo Min. Luís Roberto Barroso, e

suscitada no INQ 4.130 (23.9.2015), assentou que (i) “[A] colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência”; e que, quando ausente prática delitiva atinente a fraude ou desvio de recursos em detrimento da Petrobras S/A, não estaria configurada a conexão a autorizar a fixação da competência daquele Juízo, pois (ii) “[N]enhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência”. (...) 5. No âmbito da “Operação Lava Jato”, a competência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba é restrita aos crimes praticados de forma direta em detrimento apenas da Petrobras S/A. 6. Na hipótese, restou demonstrado que as condutas atribuídas ao paciente não foram diretamente direcionadas a contratos específicos celebrados entre o Grupo OAS e a Petrobras S/A, constatação que, em cotejo com os já estudados precedentes do Plenário e da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, permite a conclusão pela não configuração da conexão que autorizaria, no caso concreto, a modificação da competência jurisdicional. 7. As mesmas circunstâncias fáticas, ou seja, a ausência de condutas praticadas de forma direta em detrimento da Petrobras S/A, são encontradas nas demais ações penais deflagradas em desfavor do paciente perante a 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, tornando-se imperiosa a extensão da ordem concedida, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. 8. Agravo regimental desprovido.” (HC 193726 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-08-2021 PUBLIC 01-09-2021). Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451884/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

²²¹ DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE DECLAROU A PREJUDICIALIDADE DE HABEAS CORPUS E RECLAMAÇÕES AJUIZADOS PELO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE COINCIDÊNCIA TOTAL OU PARCIAL DOS OBJETOS DAS AÇÕES INDICADAS. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE DO HABEAS CORPUS 164.493/DF. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A PARCIALIDADE DO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE OS ÓRGÃOS OU MINISTROS INTEGRANTES DO STF. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS QUE AFASTAM A PREJUDICIALIDADE DA IMPETRAÇÃO. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO QUE PRECEDE A DISCUSSÃO SOBRE COMPETÊNCIA (ART. 96 DO CPP) E QUE GERA IMPACTOS MAIS GRAVES AOS ATOS PROCESSUAIS. AGRAVO PROVIDO. 1. As diversas impetrações e reclamações constitucionais declaradas prejudicadas pela decisão agravada (Habeas Corpus 164.493, 165.973, 190.943, 192.045, 193.433, 198.041, 178.596, 184.496, 174.988, 180.985, bem como nas Reclamações 43.806, 45.948, 43.969 e 45.325) veiculam causas de pedir remotas distintas e que não se confundem com a alegação de incompetência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. 2. No julgamento do julgamento do Habeas Corpus 164.493/PR, a Segunda Turma do STF valorou 7 (sete) fatos que demonstravam que o ex-Juiz Sérgio Moro ultrapassou os limites do sistema acusatório e aderiu estrategicamente aos interesses da acusação, em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. Em Sessão Ordinária de Julgamento de 9 de março de 2021, a Segunda Turma apreciou Questão de Ordem no Habeas Corpus 164.493/PR e decidiu que a decisão agravada não teria implicado prejuízo à análise daquela impetração. 4. A decisão agravada não compele nem poderia obrigar que a Segunda Turma simplesmente tivesse sua jurisdição esvaziada para apreciar o Habeas Corpus 164.493/PR, uma vez que inexistente hierarquia entre os órgãos ou Ministros integrantes deste Supremo Tribunal Federal. 5. A questão da parcialidade do magistrado precede a discussão sobre incompetência (art. 96 do CPP). Ademais, o reconhecimento da suspeição acarreta impacto mais grave aos atos processuais em relação à incompetência. 6. Agravo interno provido. (HC 193726 AgR-segundo, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 06-10-2021 PUBLIC 07-10-2021). Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451884/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

posteriormente ratificada em plenário, determinando a instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) destinada a apurar omissões e responsabilidades do Poder Executivo federal no enfrentamento da Pandemia da COVID19.²²²

Dessa mesma CPI se originou outra decisão, subscrita pela Min. Rosa Weber, impedindo a convocação de governadores para prestarem depoimento acerca de ações e omissões no âmbito de seus respectivos estados.²²³

²²² “Ementa: Direito Constitucional. Mandado de Segurança. Medida cautelar. Instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito das minorias políticas. Atos do Governo Federal para enfrentamento da pandemia da Covid-19. 1. Mandado de segurança impetrado por senadores da República com o objetivo de que seja determinada a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para “apurar as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com a ausência de oxigênio para os pacientes internados”. O requerimento de CPI foi subscrito por 30 (trinta) membros do Senado Federal. 2. A criação de comissões parlamentares de inquérito é prerrogativa político-jurídica das minorias parlamentares, a quem a Constituição assegura os instrumentos necessários ao exercício do direito de oposição e à fiscalização dos poderes constituídos, como decorrência da cláusula do Estado Democrático de Direito. 3. De acordo com consistente linha de precedentes do STF, a instauração do inquérito parlamentar depende, unicamente, do preenchimento dos três requisitos previstos no art. 58, § 3º, da Constituição: (i) o requerimento de um terço dos membros das casas legislativas; (ii) a indicação de fato determinado a ser apurado; e (iii) a definição de prazo certo para sua duração. Atendidas as exigências constitucionais, impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, cuja instalação não pode ser obstada pela vontade da maioria parlamentar ou dos órgãos diretivos das casas legislativas. Precedentes: MS 24.831 e 24.849, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22.06.2005; ADI 3.619, Rel. Min. Eros Grau, j. em 01.08.2006; MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.04.2007. 4. As razões apresentadas pela ilustre autoridade coatora, embora tenham merecido atenta consideração, seguem uma lógica estritamente política que, no caso em exame, não pode prevalecer. Trata-se, no particular, de matéria disposta vinculativamente pela Constituição, sem margem para o exercício de valoração discricionária. 5. Perigo na demora decorrente da urgência na apuração de fatos que podem ter agravado a pior crise sanitária dos últimos tempos, e que se encontra, atualmente, em seu pior momento. 6. Medida liminar referendada, para determinar a adoção das providências necessárias à criação e instalação de comissão parlamentar de inquérito, na forma do Requerimento SF/21139.59425-24.” (MS 37760 MC-Ref, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 06-08-2021 PUBLIC 09-08-2021). Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450617/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

²²³ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PEDIDO DE LIMINAR. CPI DA PANDEMIA. CONVOCAÇÃO DE GOVERNADORES DE ESTADO PARA DEPOR NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHAS. INADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E AFRONTA À AUTONOMIA FEDERATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REFERENDO. 1. O poder investigatório exercido pelas Comissões Parlamentares de Inquérito configura atribuição de natureza ancilar, destinada a auxiliar o Poder Legislativo no desempenho de suas funções de legislar e exercer o controle externo da Administração Pública, sujeito, ipso facto, às restrições e limites que conformam o princípio da separação dos poderes e o sistema de checks and balances. 2. O Chefe do Poder Executivo da União é titular de prerrogativas institucionais assecuratórias de sua autonomia e independência perante os demais Poderes. Além da imunidade formal (CF, art. 86, § 3º) e da irresponsabilidade penal temporária (CF, art. 86, § 4º), a Constituição Federal isenta-o da obrigatoriedade de depor ou prestar esclarecimentos perante as Casas Legislativas da União e suas comissões, como emerge da dicção dos arts. 50, caput e § 2º, e 58, § 2º, III, da Constituição Federal, aplicáveis, por extensão, aos Governadores de Estado. 3. O modelo federativo impõe a observância da ética da solidariedade e do dever de fidelidade com o pacto federativo. O espírito do federalismo orienta a atuação coordenada das pessoas estatais no sentido de fortalecer a autonomia de cada ente político e priorizar os interesses comuns a todos. Conflitos federativos não de ser solucionados tendo como norte a colaboração recíproca para a superação de impasses, o primado da confiança e da lealdade entre as unidades federadas e a preferência às soluções consensuais e amistosas em respeito aos postulados da subsidiariedade e da

Duas outras decisões também relevantes foram proferidas monocraticamente pelo Min. Luís Roberto Barroso, nos autos das ADPF's 898 e 913: na primeira, decretando a suspensão da eficácia de Portaria editada pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social, destinada a impedir que empregadores exigissem atestados de vacinação de seus empregados;²²⁴ na segunda, assentando a obrigatoriedade de apresentação, como regra, do passaporte vacinal por viajantes oriundos de outros países, contrariando a posição do Poder Executivo, inscrita na Portaria Interministerial 661/2021.²²⁵

não intervenção. 4. A competência para julgar as contas de gestores de verbas federais repassadas aos Estados e Municípios pela União cabe, a teor da Constituição Federal, ao Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, II), e não ao Congresso Nacional. (...) 5. Liminar deferida, ad referendum do Plenário desta Corte, suspendendo as convocações dos Governadores de Estado realizadas no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no Senado Federal (CPI da Pandemia), sem prejuízo da possibilidade do órgão parlamentar convidar essas mesmas autoridades estatais para comparecerem, voluntariamente, a Reunião da Comissão a ser agendada de comum acordo. 6. Medida liminar referendada.” (ADPF 848 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 20-10-2021 PUBLIC 21-10-2021). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur454744/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

²²⁴ “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. DIREITO À SAÚDE. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PANDEMIA DE COVID-19. PORTARIA MTPS Nº 620/2021. VEDAÇÃO À EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO. ATO INFRALEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Portaria MTPS nº 620/2021 proíbe o empregador de exigir documentos comprobatórios de vacinação para a contratação ou manutenção da relação de emprego, equiparando a medida a práticas discriminatórias em razão de sexo, origem, raça, entre outros. No entanto, a exigência de vacinação não é equiparável às referidas práticas, uma vez que se volta à proteção da saúde e da vida dos demais empregados e do público em geral. 2. Existe consenso médico-científico quanto à importância da vacinação para reduzir o risco de contágio por Covid-19, bem como para aumentar a capacidade de resistência de pessoas que venham a ser infectadas. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a vacinação compulsória, não por sua aplicação forçada, mas pela adoção de medidas de coerção indiretas. Nesse sentido: ARE 1.267.879, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; ADIs 6.586 e 6.587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. (...) 5. Ato infralegal, como é o caso de uma portaria, não é instrumento apto a inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações trabalhistas (CF, art. 5º, II). Tampouco pode limitar o sentido e alcance de normas constitucionais. Até mesmo a lei encontra limites na restrição de princípios e direitos fundamentais. (...) 7. Deferimento da cautelar, para suspender os dispositivos impugnados. Fica ressalvada a situação das pessoas que têm expressa contraindicação médica à vacinação, fundada no Plano Nacional de Vacinação contra a COVID-19 ou em consenso científico, hipótese em que se deve admitir a testagem periódica.” (Decisão monocrática, ADPF 898 MC/DF). Disponível em: <

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348691686&ext=.pdf>>. Acesso em 24 jan 2022.

²²⁵ “Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar, de modo a conferir interpretação conforme à Constituição à Portaria Interministerial nº 661/2021 e suprir omissão parcial, a fim de que: (i) seja compreendida e aplicada nos estritos termos das Notas Técnicas nº 112 e 113/2021 da ANVISA; (ii) a substituição do comprovante de vacinação pela alternativa da quarentena somente se aplique aos viajantes considerados não elegíveis para vacinação, de acordo com os critérios médicos vigentes, ou que sejam provenientes de países em que, comprovadamente, não existia vacinação disponível com amplo alcance, ou, ainda, por motivos humanitários excepcionais; bem como (ii) se observem os demais entendimentos explicitados na Seção IV.1, acima, com a síntese das determinações contidas na presente decisão. Requeiro à presidência a inclusão imediata da presente decisão cautelar em Plenário Virtual extraordinário, para ratificação pelo colegiado, dada a aproximação do recesso. Publique-se. Intime-se pelo meio mais expedito à disposição. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6309355>>. Acesso em 25 jan 2022.

Retomando temas anteriores à Pandemia da COVID19, em outubro de 2021, o STF concluiu o julgamento da ADI 5766, declarando inconstitucionais dispositivos da CLT, inseridos pela Reforma Trabalhista, que envolviam a responsabilidade de litigantes hipossuficientes, beneficiários da assistência judiciária gratuita, pelo pagamento de honorários periciais e advocatícios sucumbenciais.²²⁶

A análise ora desenvolvida de algumas das decisões proferidas pelo STF ao longo dos últimos anos, portanto, confirma a sua centralidade e relevância para a tutela da Constituição e máxima realização dos ideais democráticos.

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA, TÉCNICAS DECISÓRIAS E DEMOCRACIA

4.1. As técnicas decisórias e seus impactos nos julgamentos.

Como se pôde observar do inventário de decisões produzido no tópico anterior desta pesquisa, a Suprema Corte brasileira assumiu inegável protagonismo no cenário nacional, sendo, por isso, relevante indicar quais são as técnicas decisórias utilizadas para instrumentalizar o exercício dessas novas competências político-institucionais.

Em rigorosa síntese, pode-se afirmar que essas técnicas podem ser reunidas em dois grandes grupos, as decisões interpretativas e as decisões construtivas, essas últimas mais complexas, na medida em que sugerem um perfil de atuação expansivo e inovador, para além do clássico papel de legislador negativo, responsável por apenas suprimir do mundo jurídico leis e atos normativos contrários às prescrições basilares e fundamentais do sistema normativo.

²²⁶ O acórdão estava pendente de publicação ao tempo dessa pesquisa, figurando a certidão de julgamento com o seguinte teor: “**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).” Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em 26 jan 2022.

Do ponto de vista da teoria clássica, todas as leis e atos normativos contrários à Constituição deveriam ser reputados nulos desde o seu nascedouro, tratando-se, portanto, de vício originário ou congênito.

Admitir o contrário seria negar a força cogente ou a própria supremacia da Constituição, razão pela qual as declarações de inconstitucionalidade devem produzir efeitos “ex tunc”, pouco importando, como efeito lógico-racional, a existência de negócios jurídicos celebrados no curso da vigência da lei ou ato normativo reputado inconstitucional.²²⁷

Mas essa questão sempre foi alvo de polêmicas de ordem doutrinária e jurisprudencial, uma vez que a subtração dos efeitos dos atos praticados sob o império da lei ou ato normativo declarado inconstitucional poderia causar mais prejuízos do que benefícios à sociedade.²²⁸

Cabe recordar que, mesmo durante o processo constituinte de 1988, buscou-se, embora sem sucesso, flexibilizar o dogma da nulidade das leis e atos normativos inconstitucionais, incorporando-se a experiência constitucional portuguesa nesse campo e permitindo-se que o STF pudesse examinar, caso a caso, a possibilidade de se preservar efeitos de normas jurídicas reputadas inconstitucionais.

A rejeição da proposta pela Assembleia Constituinte acabou servindo de reforço à tese da nulidade, o que, por óbvio, não passou ao largo das críticas da melhor doutrina.²²⁹

Com o advento da Lei 9.868/99, no entanto, essa discussão acabou suplantada, pois, como já referido nesta pesquisa, o legislador expressamente cometeu ao STF o poder de modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade,

²²⁷ “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. (...) significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *A Nulidade da Lei Inconstitucional e Seus Efeitos: Considerações Sobre a Decisão do Supremo Tribunal Federal Proferida no RE n.º 122.202*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, nº 3, jan/jun, 1994 e Estudos Jurídicos, Universidade do Vale dos Sinos, jan/abr, 1995, nº 72).

²²⁸ Recorde-se o julgamento do RE 78.594/SP, em 7.6.1974, relator o Min. Bilac Pinto, em que declarada inconstitucional lei estadual que servira de fundamento para a investidura no cargo de Oficial de Justiça. A aplicação da teoria da nulidade faria com que todos os atos praticados pelo Oficial fossem declarados nulos, o que não foi acolhido pelo STF.

²²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, pág.52-53; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. pág. 333-343; MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2005, pág. 681 a 686; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, pág. 357/368.

compatibilizando os postulados da supremacia da Constituição, da boa fé e da segurança jurídica.

Entre esses dois extremos – a inconstitucionalidade ou a plena conformação com o Texto maior –, porém, há um campo vasto para a intervenção intelectual da Suprema Corte, cuja atuação há de estar voltada não apenas à salvação de leis e atos normativos (considerada a presunção de constitucionalidade e a legitimidade que grava as leis e atos normativos editados pelo Poder Público), mas também para limitar eventuais efeitos negativos que resultem da pronúncia de inconstitucionalidade, sobretudo quando for editada anos depois do advento da norma jurídica considerada.

No conjunto de técnicas decisórias sobressaem aquelas de natureza interpretativa, ou seja, o STF adota caminhos interpretativos que lhe permitem equacionar conflitos normativos, sendo a mais comum e, quem sabe, menos traumática, a denominada interpretação conforme à Constituição.

Por essa via, o STF examina o texto normativo sob as perspectivas sintática e semântica e, se perceber a existência de mais de um resultado hermenêutico possível, dele extrai o sentido único que se mostra compatível com a Constituição.

Não se pode, obviamente, com base nesse critério de interpretação, desconstruir ou desprezar o sentido das expressões adotadas pelo legislador, a pretexto de produzir o resultado reputado mais adequado ou compatível com a Constituição: ou o enunciado normativo permite essa “apropriação de sentido” e o labor interpretativo é válido, ou não a autoriza e a nulidade da norma deve ser pronunciada.

Há, portanto, um limite objetivo para adoção dessa técnica, centrado nas múltiplas possibilidades semânticas do enunciado normativo, sem que haja qualquer risco de afronta ao trabalho do “artífice normativo originário.”

A interpretação conforme à Constituição guarda, ainda, a virtude de permitir uma análise abrangente do enunciado normativo, no contexto do sistema jurídico em que se insere, mas sempre à luz dos vetores da própria Constituição.

Por efeito lógico da aplicação dessa técnica, podem ser fixadas e excluídas as interpretações do enunciado normativo que sejam reputadas inconstitucionais, segundo o critério da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, previsto no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99.

A rigor, a distinção entre os dois parâmetros até agora referidos parece quase inexistente, na medida em que, ao declarar a interpretação válida de determinada prescrição normativa à luz da Constituição, parece intuitivo que os demais resultados hermenêuticos que dela se poderiam extrair terão sido rechaçados.

A distinção entre esses critérios parece presente no próprio resultado do labor desenvolvido pela Suprema Corte: na interpretação conforme à Constituição, fixa-se o sentido possível para o texto normativo controvertido, ao passo que na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, estabelece-se o significado ou os significados que devem ser subtraídos do cenário jurídico.

Outra técnica também relevante, embora menos utilizada pelo STF, diz com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e apelo ao legislador.

É a hipótese em que se reconhece a incompatibilidade de determinado preceito normativo com a Carta Política, mantendo-se, paradoxalmente, os seus efeitos prospectivos por determinado período, com a emissão de “apelo ao legislador” para que produza outro texto normativo, compatível com a Constituição.

O fundamento para esse critério decisório radica, como se observa, no próprio interesse público e social em preservar situações fáticas e jurídicas consolidadas, cujo desfazimento, além de extremamente difícil do ponto de vista prático, traria ainda uma multiplicidade de ônus graves e complexos e de difícil assimilação pelos interessados.²³⁰

²³⁰ Da jurisprudência do STF colhe-se o emblemático exemplo da criação do Município de Luiz Eduardo Magalhães, por lei estadual baiana, na pendência da edição pelo Congresso Nacional da lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da CF: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. (...) 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra,

Na sequência das técnicas decisórias interpretativas e intermediárias, adotadas pela Suprema Corte, cabe referir à singular figura da declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade. Justificada por cenários fáticos em vias de transformação, esse parâmetro de decisão em muito se aproxima dos critérios da interpretação conforme à Constituição e da própria declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e apelo ao legislador, na medida em que, a par de assentar a validade da norma à luz de determinado contexto fático, fixando, portanto, juízo positivo acerca de sua validade, aponta o julgador para a futura nulidade, a reclamar do legislador posição ativa no processo de regularização normativa.²³¹

Mas, ao lado dessas quatro técnicas decisórias, existem outras propostas de atuação estratégica da Corte Suprema, como forma de instrumentalizar o exercício de suas novas competências funcionais.²³²

mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. (...). 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. (ADI 2240, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279); Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1830215>. Acesso em 9 jan 2022.

²³¹ No julgamento do HC 70514, Relator o Min. SYDNEY SANCHES, o STF assentou a plena constitucionalidade da norma que conferiu prazo em dobro aos defensores públicos, enquanto não regulamentada e estruturada as defensorias, “equiparando suas armas” às do Ministério Público. Confira-se os seguintes trechos da ementa: “Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas Corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. (...) “Habeas Corpus” deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2070514%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>>. Acesso em 9 jan 2022.

²³² Nesse âmbito, cabe referir uma vez mais ao rico estudo produzido por Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello – “O Papel Criativo dos Tribunais – Técnicas de Decisão em Controle de Constitucionalidade”, em que explora as decisões denominadas “manipulativas”, a partir da experiência constitucional italiana, transpondo-as para a realidade brasileira. Disponível em:

Qualificadas como “decisões construtivas”, e oriundas da prática constitucional italiana, os tribunais superam os limites da mera interpretação dos enunciados normativos, promovendo a introdução de novos elementos que não poderiam ser percebidos de seus conteúdos linguísticos originários, mas que são justificados a partir do próprio Texto constitucional.

Segundo a doutrina, essas decisões podem ser qualificadas, substancialmente, em dois grandes grupos, embora existam outras subespécies também identificadas: as decisões construtivas aditivas e as decisões construtivas substitutivas.²³³

São construtivas aditivas as decisões proferidas nos casos em que a Suprema Corte reconhece a existência de inconstitucionalidade por omissão parcial, ou seja, a norma editada pelo legislador é reputada viciada pela ausência de elementos tidos por essenciais, como, por exemplo, nos casos em que confere tratamento determinado a pessoas que se encontram em determinadas condições ou situações jurídicas específicas, deixando, porém, de referir a outras que, em situações conexas ou semelhantes, mereceriam o mesmo tratamento.

A norma jurídica, nesse caso, ao indicar objetivamente o rol subjetivo de pessoas contempladas, contem comando implícito de exclusão de outros tantos cidadãos, sem justificativa lógica, racional ou jurídica, sujeitando-se, por isso, à censura constitucional.

Nessa hipótese, a decisão judicial incide sobre a parte implícita da norma que se omitiu em relação a determinados conjuntos de beneficiários, acrescentando-os conteúdo normativo, que, ao final, será reconstruído e restaurado, de modo compatível com a Constituição.

<<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf>>. Acesso em 9 jan 2022.

²³³ “Não há uniformidade nessa classificação. Na doutrina nacional há quem inclua entre as decisões manipulativas, além das aditivas e substitutivas, também as redutivas (v. GONÇALVES, Gabriel Accioly. O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016). Entretanto, as decisões redutivas correspondem a decisões que reconhecem um excesso legislativo e que, por isso, promovem a supressão de algum elemento da norma. À luz da classificação proposta neste artigo, trata-se, portanto, de técnica mais próxima das decisões interpretativas, que se assemelha à declaração de inconstitucionalidade parcial com ou sem redução do texto. Tampouco há uniformidade na classificação italiana. Ali, contudo, parece predominar a subdivisão das decisões manipulativas em: (i) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas, (ii) sentenças aditivas e (iii) sentenças substitutivas (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. Giustizia costituzionale. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 230-233). Trata-se, contudo, de classificação que não se adequa ao esquema aqui proposto (que diferencia entre decisões interpretativas e construtivas ou manipulativas), não favorecendo uma melhor compreensão da prática brasileira.” Barroso, Peroni, ob. cit., nota de rodapé 30, p. 17.

Também são qualificadas como decisões construtivas aditivas, entre outras,²³⁴ as que, embora não imponham qualquer acréscimo ao enunciado normativo, fixam parâmetros ao legislador ou aos demais órgãos judiciários para sua interpretação e aplicação, como forma de permitir a superação do quadro de omissão ou anomia parcial reputado inconstitucional. Dignas de menção também as referencias doutrinárias às decisões construtivas aditivas que realizam princípios constitucionais desconsiderados pelo legislador e as decisões aditivas de princípio.²³⁵

Não se pode negar a elevada carga de complexidade envolvida na adoção dessa técnica, sobretudo à luz da teoria política e da divisão funcional dos poderes.

Parece mesmo correto afirmar que essas decisões serão bem recebidas pelos demais poderes e pela sociedade em geral quando o tribunal conseguir demonstrar, de forma insofismável, clara e objetiva, que não haveria solução outra possível à luz da ordem constitucional ou que as demais soluções eventualmente identificadas poderiam gerar consequências negativas ou resultados menos aceitáveis do que a alcançada pelo tribunal.²³⁶

Diferentemente, quando existirem diversas opções possíveis, razoáveis e compatíveis com a ordem constitucional, não poderá o tribunal avançar para fixar o critério de superação da omissão inconstitucional. Nesse caso, a discricionariedade do legislador haverá de ser preservada, não devendo o tribunal emitir

²³⁴ “Fala-se na existência de decisões aditivas de garantia, que promovem a ampliação dos destinatários de um direito de liberdade ou poder; em decisões aditivas de prestação, aludindo-se a julgados que estendem prestações a um grupo ilegítimamente excluído. Alude-se, ainda, a decisões aditivas de efeitos redutivos, quando o conteúdo adicionado à norma implicar uma redução do seu alcance, como no caso em que se ampliam os grupos não alcançados por uma determinada vedação e, por consequência, opera-se a redução do conjunto de pessoas sobre as quais incide a proibição.” (Barroso e Peroni, ob. cit., p. 18, nota de rodapé 35)

²³⁵ No estudo já referido e subscrito por Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, foram citados dois interessantes exemplos, oriundos da Corte Constitucional italiana: a primeira, tutelando o princípio da liberdade de consciência de pessoas não religiosas, as quais, na condição de testemunhas, estariam dispensadas de prestarem juramento “diante de Deus”; e a segunda, em que declarada a inconstitucionalidade da lei que fixava a data do parto como marco inicial da licença gestante, desconsiderando que algumas crianças, colhidas por condições médicas, poderiam permanecer internadas por longos períodos, o que faria frustrado o propósito de estabelecimento do vínculo de afeto entre a criança e a mãe, fundamental para seu desenvolvimento sadio. Fixou-se, assim, que esse marco inicial seria a data do ingresso da criança na residência de sua família. Ob. cit., p. 18.

²³⁶ BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. As sentenças intermediárias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 33-115. Apud Barroso e Perrone, ob.cit., p. 19.

qualquer juízo normativo adicional, sob pena de usurpação de competência e quebra do princípio da separação dos poderes.²³⁷

Há situações, porém, em que a afirmação da inconstitucionalidade e o silêncio subsequente do tribunal pode ensejar um “vácuo normativo” capaz de inviabilizar o exercício de direitos e garantias fundamentais. Nesses casos, parece recomendável que o tribunal, sem se furtar a declarar o vício maior, fixe o critério substitutivo que reputar adequado, instando o legislador a, se for o caso, exercer seu papel, produzindo outro critério que considere mais adequado.

As decisões construtivas aditivas substitutivas, nesse cenário, partem do programa normativo produzido pelo legislador, reconhecendo a existência de vício grave em fração dessa disciplina normativa, com a substituição do conteúdo reputado incompatível com a Constituição por outro tido por adequado.

A força rescisória ou “ablativa” da decisão judicial incide, portanto, não sobre a disciplina implícita, como ocorre com as decisões construtivas aditivas, mas sobre a norma expressa, afastando-se o risco de o resultado do julgamento produzir uma “norma manca” ou um “sino sem badalo”, um autêntico “nada jurídico”.

Afinal, se a obra legislativa não está integralmente contaminada, ao tribunal parece mesmo lícito promover a extirpação do “tumor” detectado no comando normativo e a realizar, passo seguinte, o “transplante” de um novo padrão normativo capaz de conferir efetividade ao programa normativo, em linha de harmonia plena com as prescrições fundamentais do sistema normativo.²³⁸

Obviamente, a adoção dessa técnica enfrenta graves resistências teóricas e políticas, na medida em que o tribunal, ao assim proceder, estaria agindo como autêntico legislador, função para a qual seus integrantes não teriam sido ungidos pela via democrática do voto popular.²³⁹ Aliás, nesse ponto avulta o relevante

²³⁷ Barroso e Perrone, ob. cit., p. 19.

²³⁸ Em recente julgamento, o STF adotou essa técnica, ao declarar inconstitucional a aplicação da Taxa Referencial (TR) para a correção monetária de débitos trabalhistas e de depósitos recursais no âmbito da Justiça do Trabalho. Enquanto o Poder Legislativo não deliberar sobre a questão, considerou que devem ser aplicados o Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), na fase pré-judicial, e, a partir da citação, a taxa Selic. A decisão foi tomada no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 58 e 59 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5867 e 6021.

²³⁹ Essa situação não passou despercebida no estudo já referido por Barroso e Perone, “*verbis*”: “As decisões substitutivas enfrentam, no direito comparado, resistências ainda maiores do que aquelas enfrentadas pelas decisões aditivas. É que nas decisões aditivas, sobretudo no caso de omissões parciais violadoras da igualdade, a adição atém-se a estender determinado regime jurídico já constante da norma a um grupo de pessoas não contemplado. Nas decisões aditivas baseadas na violação de outros princípios, supre-se uma omissão eventualmente involuntária do legislador com um mero acréscimo. Entretanto, no

questionamento da legitimidade da jurisdição constitucional, desenvolvida com as características contemporâneas, depois de superado o dogma do legislador negativo, o que será examinado no tópico seguinte.

4.2. Jurisdição constitucional, legitimidade e democracia.

São diversos os questionamentos ofertados acerca da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

Antes de enfrentá-los, cabe recordar que a noção de democracia pressupõe o império da soberania popular, traduzida pelo postulado majoritário e pela renovação periódica daqueles que deverão representar o povo. A seu turno, o Estado de Direito reclama a observância das regras jurídicas que disciplinam o exercício do poder e a proteção aos direitos fundamentais. É o equilíbrio entre esses vetores – primazia da vontade popular, cumprimento das regras do processo democrático e respeito aos direitos fundamentais – que deve permitir a realização do projeto civilizatório delineado no Texto Constitucional.

Os debates em torno da legitimidade da jurisdição constitucional se iniciam pelo próprio princípio ou cláusula democrática, que exige, no sistema democrático representativo, a renovação periódica, pelo voto popular, dos agentes políticos autorizados a normatizar condutas e prescrever sanções.

Como os ministros do STF não se sujeitam a mecanismos periódicos de verificação da legitimidade de sua atuação, o poder amplo conferido não apenas para invalidar leis e atos normativos, mas também para “inovar na ordem jurídica” – prescrevendo comportamentos e “densificando” significados extraídos de normas abertas, com base nas diversas técnicas decisórias e instrumentos processuais de atuação – estaria em descompasso com o princípio democrático.

Sustenta-se a ideia de que o conteúdo semântico da noção de legitimidade detém natureza dinâmica, e não estática, devendo ser aferida de forma ampla e permanente, e não apenas no instante seminal da investidura dos agentes políticos judiciários, mas a todo instante em que exercitada a jurisdição.

caso das decisões substitutivas, o que se faz é colocar no lugar do regime produzido pelo Legislativo outro regime jurídico, que não foi aquele que tal Poder pretendeu editar. Há, portanto, no caso das decisões substitutivas, um plus em relação à criação e inovação pelo Judiciário, mesmo se comparadas às decisões aditivas.” (ob. cit., p. 22/23).

Nesse sentido, uma das vias de aferição dessa legitimidade assume sentido procedimental, envolvendo, no primeiro momento, a forma impessoal e meritória de recrutamento dos agentes políticos vinculados ao Poder Judiciário; alcança, em seguida, o necessário respeito às formulas do processo (fundadas na cláusula do devido processo legal); e, por fim, impõe a esses agentes o dever ético-jurídico de exposição fundamentada, racional e consistente, das razões que justificam suas decisões.

Essa primeira dimensão procedimental da legitimidade, ainda que relevante, não exaure os questionamentos ligados à questão da legitimidade substantiva das escolhas interpretativas produzidas pelo tribunal.

A circunstância observada com relativa frequência de que muitas das decisões produzidas literalmente dividem os integrantes do STF, com correntes intelectivas antagônicas e resultados formados a partir de maiorias escassas, revela a presença do largo grau de discricionariedade decisória próprio das arenas políticas típicas.

Sem que existam mecanismos de controle dessas decisões, o tribunal converte-se, então, em “juiz de sua própria autoridade” ou da legitimidade material de suas decisões, o que não se harmoniza com o ideal democrático, que não apenas repudia poderes absolutos e insuscetíveis de controle social, com a supressão da participação do “titular da soberania”, mas que também não se compadece com construções político-institucionais conducentes, em tese, à captura e o engessamento do regime democrático.²⁴⁰

²⁴⁰ Como nota Gilmar Ferreira Mendes: “É que as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também às Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação reprogramada a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, por meio de emenda. (...) Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, pode ela também bloquear o desenvolvimento constitucional do País. A possível aporia relativa à ameaça ao desenvolvimento do processo democrático pela atuação de um órgão concebido exatamente para protegê-lo não há de se resolver, certamente, com a eventual eliminação da jurisdição constitucional. O equilíbrio instável que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da jurisdição constitucional, na democracia, afigura-se necessário e inevitável. Todo o esforço que se há de fazer é, pois, no sentido de preservar o equilíbrio e evitar disfunções.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. Disponível em: <<http://www.gilarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-HERMEN%C3%8AUTICA->

O Poder Judiciário situa-se na Constituição como um dos ramos do poder estatal, cujos membros observam parâmetros de investidura distintos do critério eleitoral observado em relação aos demais poderes. Esses critérios, como se sabe, envolvem o acesso pelo sistema universal do concurso público de provas e títulos, a indicação por atores do Poder Executivo de integrantes das classes dos advogados e do Ministério Público e ainda a indicação direta pelo Presidente da República, no caso dos magistrados do STF.

Mas o debate sobre a legitimidade da magistratura suprema não se limita apenas ao critério de investidura, aspecto formal, que pode – e deve – ser rediscutido, na perspectiva da compatibilização do papel contemporâneo exercido de autêntico órgão da soberania com a própria cláusula democrática.

A rigor, uma vez reconhecida a função essencialmente política que vem sendo exercitada no cenário contemporâneo, surge a necessidade de reposicionamento institucional do STF como autêntico órgão da soberania, fora do Poder Judiciário, com a investidura temporária ou a renovação periódica do mandato de seus integrantes.

Esse modelo institucional, mesmo que mantido o sistema atual de indicação (ou, quem sabe, com o seu aprimoramento, com a divisão das indicações entre os três segmentos do poder estatal), faria com que a renovação cíclica dos integrantes do tribunal, ainda que em grupos, se compatibilizasse com a ideia basilar da democracia. Com isso, prestigiar-se-ia a visão social hegemônica, retratada pelos programas de ação política consagrados nas urnas, com as leituras possíveis da Carta Política fundamental, afastados quaisquer riscos de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

A só circunstância de que, no sistema brasileiro, os ministros são indicados pelo Presidente da República e submetidos ao crivo do Senado Federal, em duas etapas de votação, e, se aprovados, nomeados pelo Chefe do Poder Executivo federal, não parece bastante para justificar o vastíssimo poder de que estão investidos e que tem se consolidado no curso recente da nossa experiência democrática.

A “legitimação indireta” dos ministros, como espécie de “voto de confiança” dado ao Presidente da República, parece mesmo problematizável

em razão da investidura vitalícia observada para os respectivos cargos, sobretudo porque as decisões que proferem, em muitos momentos, parecem aproximar-se de respostas próprias de um “oráculo”, figura idílica na cultura helênica, responsável por responder questionamentos e pregar o futuro. Mas mesmo esse procedimento de legitimação indireta dos ministros do STF, estruturado a partir da vontade do Chefe do Poder Executivo e da aprovação do Senado, ainda que reconduza essas indicações, por via oblíqua e remota, à vontade do povo, não resolve as questões da responsividade²⁴¹ e da *accountability*. Cuida-se, afinal, de procedimento que institui critério de representação meramente formal, lançando o controle social ulterior da ação dos magistrados ao plano estritamente procedimental, inerente às ações e recursos em trâmite no tribunal, ao lado da remotíssima, indesejável, grave e excepcional possibilidade de deposição por *impeachment*.

Sob outro prisma, os modelos de eleição ou de definição de mandatos para os magistrados do STF parecem inadequados à tradição cultural brasileira, sendo necessário que os parâmetros de controle da responsividade desse órgão não agreguem o risco da perda da independência de seus magistrados, o que é essencial para o Estado Democrático de Direito.

Sem dúvida, é inegável que muitas das decisões, sobretudo em temas morais que dividem a sociedade, levam em conta as preferências ou escolhas pessoais desses atores qualificados, sugerindo a possibilidade de apropriação subjetiva do sentido das normas da Constituição, sobretudo quando não existam mecanismos de controle ou reação pelo titular da soberania.²⁴²

²⁴¹ A expressão “responsividade” é identificada como a “habilidade da democracia de transformar as preferências dos cidadãos em políticas”, considerando-se responsivo um governo ou instituição que implementa ou “adota políticas que são sinalizadas pelos cidadãos como suas preferidas”. (MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan. (1999), *Democracy, Accountability and Representation*. New York, Cambridge University Press, p. 9).

²⁴² Há que se recordar a superação da perspectiva positivista clássica que compreendia a “... interpretação constitucional como atividade meramente *subsuntiva*, desprovida de qualquer participação criativa por parte do intérprete. Faz-se aqui a distinção entre atos volitivos e atos cognitivos, tão cara à hermenêutica positivista clássica: o ato volitivo cabe ao legislador constituinte, que exaure, desde logo, o comando normativo; o ato cognitivo cabe ao aplicador da norma, que, através dos métodos clássicos de interpretação, faz com que aquela vontade pré- constituída atue no caso concreto. O papel do intérprete é, assim o de *revelar* o conteúdo do preceito constitucional, aplicando-o, pelo mecanismo da subsunção, às diversas situações do cotidiano.” (BINEMBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional-Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 58). De fato, “A jurisdição constitucional (...) exerce sempre um papel construtivo e *concretizador* da vontade constitucional. Por mais fiel que seja aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação, exigíveis de qualquer decisão judicial, a justiça constitucional jamais neutraliza inteiramente a influência dos fatores políticos no desempenho de seu mister.” (BINEMBOJM, ob. cit., p. 62).

Nesse cenário, eventuais “decisões inovadoras” que contem com o apoio e a adesão de parcela expressiva da sociedade, numa espécie de “ativismo do bem”, não resolvem o problema que se coloca em perspectiva abrangente, da consagração de um modelo genérico de estabilização de expectativas democráticas.

Não se cogitaria, então, nesse contexto, de revelação da vontade da Constituição, da intenção dos legisladores constituintes originários, os “founding fathers”, mas da imposição, ainda que por meio de argumentos lógicos, racionais e consistentes, das escolhas e preferências pessoais de cada um dos magistrados da Suprema Corte – não raras vezes traduzidas em maiorias ocasionais -, a partir de seus respectivos sistemas de referência.²⁴³ Essas escolhas, evidentemente, em muitos casos, são passíveis de substituição por outras escolhas igualmente justificadas por argumentos ponderáveis, e não menos lógicos, racionais e consistentes, o que confirma o risco de apropriação subjetiva da Constituição por um grupo intelectual infenso a qualquer tipo de controle.²⁴⁴

No modelo atual, a legitimidade das decisões proferidas estaria, então, limitada ou justificada a partir de uma perspectiva meramente argumentativa,²⁴⁵ e não essencialmente política, como ocorre em relação aos demais

²⁴³ Sistema de Referência, como leciona Godofredo Telles Junior, corresponde ao “universo cognitivo do sujeito”, ou seja, cada indivíduo “possui um conjunto ordenado de conhecimentos, uma estrutura cultural, que é seu próprio sistema de referência, em razão do qual atribui a sua significação às realidades do mundo.” (O direito quântico, p. 289. Apud TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: NOÉSES, 4ª. edição, p. 1).

²⁴⁴ Os problemas de legitimação advindos da representação em sociedades democráticas sempre ocupam a pauta reflexiva dos teóricos da política, como se nota da seguinte passagem de Rousseau: “A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz bem merece perde-la.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 3ª. ed., p. 114).

²⁴⁵ No julgamento da ADI 3510, o Ministro Gilmar Mendes aludiu a essa representação constitucional argumentativa, em aparte produzido antes da conclusão daquele julgamento. Confira-se: “Senhores Ministros, terminamos mais uma vez uma parte desta sessão, mais uma assentada memorável. Gostaria, ao encerrar esta parte da sessão, de registrar a importância deste debate, e a importância, inclusive, do pedido de vista previsto regimentalmente e, também, no Código de Processo Civil. Não podemos olvidar que a jurisdição constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e procedimentos que conduzem os julgamentos. Trago à tona as lições de Robert Alexy, para afirmar que ‘o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente.’ É o que nós estamos a fazer aqui. A sociedade brasileira só tem a ganhar com a produção de um debate qualificado argumentativamente, com a reflexão pormenorizada, com o julgamento rigoroso por parte desta Corte.” (disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203510%22&base=acor>

atores políticos, impondo-se a aceitação do tribunal como “instância de reflexão do processo político”, embora com o dever de dialogar com a sociedade e com os atores políticos.²⁴⁶

A despeito de bem concebida a perspectiva argumentativa da representação e, por efeito lógico, da legitimidade, a aceitabilidade do papel central do tribunal como verdadeiro “oráculo da democracia”, atuando como árbitro último do processo de definição e/ou reconstrução do sentido constitucional, parece depender da “radicalização do dever de diálogo com o titular da soberania”, não bastando a aprovação de suas decisões pelas comunidades acadêmica, jurídica e política.

Renova-se a pontuação de que a tese da representação argumentativa, no contexto da ausência absoluta de mecanismos efetivos de *accountability* e responsividade, pode soar como estratégia puramente retórica destinada a referendar a legitimidade democrática dos magistrados do STF. A adoção do critério de representação argumentativa, porém, pode conduzir à legitimação apriorística de qualquer decisão que venha a ser proferida pelo tribunal, fragilizando, ou mesmo relativizando, o pesado ônus argumentativo que deve ser resgatado no contexto de sua atuação, que não é apenas contramajoritária, inclusive tendencialmente esvaziando ou suprimindo o necessário diálogo interinstitucional.

Seja como for, não se pode, no contexto democrático, suprimir ao titular da soberania a possibilidade de efetiva participação nos processos decisórios que envolvem questões de grande interesse social.

[daos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](#)
>. Acesso em 12 jul 2022).

²⁴⁶ “O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 179).

Há pensadores radicais que chegam a defender a própria revogação do denominado modelo do “judicial review”, a partir da concepção de que o pluralismo, a dignidade e a autonomia moral das pessoas hão de ser respeitados, como condição básica para a tutela dos direitos individuais e de participação política.²⁴⁷

Definitivamente, o fundamento de legitimidade para a atuação desses juízes supremos não reside, ou não pode residir, apenas e tão-somente na mera referência constitucional ou ainda na justificação racional de suas escolhas. A dimensão da *accountability* há de ser prestigiada, como forma de legitimação da própria atuação do tribunal.

Afinal, como já sustentado, e partindo-se da premissa de que o conceito de legitimidade é dinâmico, e não meramente estático, a só investidura desses magistrados em conformidade com a previsão constitucional é insuficiente para coonestar todos os atos que praticam e decisões que proferem no exercício da jurisdição constitucional que lhes é delegada. Muito além de fundamentar de forma lógica, racional e consistente as decisões, o que já constitui um dever ético-jurídico basilar no Estado Democrático de Direito, a esses magistrados apenas poderia restar o ônus da submissão das “decisões sensíveis” ao crivo popular. Afinal, se atuam como representantes da soberania, embora sem a chancela das urnas para a respectiva investidura, o produto de sua atuação há de encontrar, necessariamente, algum caminho para a respectiva legitimação.

Ainda que duras críticas sejam direcionadas a esse quadro institucional singular e característico das democracias contemporâneas,²⁴⁸ em que um

²⁴⁷ Jeremy Waldron ressalta que as leis são frutos de debates acalorados e assembleias marcadas por grandes conflitos e disputas e que esses dados não podem ser desconsiderados para efeito de interpretação e aplicação das leis, salientando que a noção de maioria deliberativa faz parte do sentimento social coletivo, devendo, por isso, ser respeitada. Também sustenta que as decisões judiciais no campo do controle de constitucionalidade valem por conta da autoridade que lhes é reconhecida pela ordem jurídica, detendo vocação natural para a tirania, tal como ocorre com as decisões majoritárias do Parlamento. (WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 247.

²⁴⁸ “Como defendido anteriormente, as consequências dessa linha de pensamento jurídico são devastadoras (MUDROVITSCH; 2014: 46), haja vista que o limite das pretensões democráticas, segundo o neoconstitucionalismo desnudado, se consubstancia exatamente na imposição de condições de vida em sociedade por elites interpretativas ou filósofos profissionais, a partir de forças ocultas que revelariam o único esquema racional ideal com pretensão de universalidade possível. Essa abordagem da função desempenhada pelas Cortes Constitucionais é evidenciada também no pensamento de Ronald Dworkin que confere ao Poder Judiciário função protagonista na fórmula de princípios. Essa mesma concepção é aprofundada por Rawls na obra *Liberalismo Político*, em que defende a noção de democracia constitucional e acolhe a noção dworkiana de fórum de princípios para tornar o Tribunal Constitucional elemento central da defesa das liberdades constitucionais e da educação constitucional da população.” (MUDROVITSCH, Rodrigo. *Democracia e Governo Representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 6/7).

órgão judicial de cúpula assume poderes de guarda da democracia e dos direitos fundamentais, não se pode olvidar que a previsão do tribunal supremo está sediada no texto da própria Constituição, com suas competências e instrumentos de ação.

Trata-se, portanto, de instituição idealizada pelo poder originário de ordenação sociopolítica, que é, por natureza, incondicionado e ilimitado. Dessa constatação decorre a conclusão de que a própria estrutura do regime democrático foi pensada com a presença desse órgão de defesa da Constituição, o que minimiza substancialmente o valor das objeções que se poderiam produzir,²⁴⁹ mas não afasta, por evidente, a necessidade de seu aprimoramento, notadamente no plano da denominada responsividade, da *accountability* ou de sua legitimidade ou representatividade substantiva.

Obviamente, há riscos presentes nesse esquema institucional, riscos que decorrem da própria lógica do processo político democrático, sempre sujeito à atuação dos grupos de pressão que buscam tutelar seus interesses junto aos poderes constituídos.²⁵⁰

²⁴⁹ Nesse exato sentido a lição de André Ramos Tavares: “Quando determinada Constituição atribui expressamente ao órgão da Justiça Constitucional a decisão final sobre sua interpretação, bem como a manutenção de sua supremacia, pode-se sustentar a legitimidade dos atos da Justiça Constitucional (USERA, 1988). Consoante esse argumento, é na Constituição que se dividem os poderes do Estado, o que só pode ser levado a efeito por um poder que lhe seja superior, e que é o poder constituinte originário. Nessa medida, todos os ‘poderes’ são democráticos, já que procedem de um mesmo ato de soberania popular, que é a aprovação de uma específica ordem constitucional, e isso independentemente da estrutura final que se crie entre esses ‘poderes’.” (TAVARES, André Ramos, ob. cit., 2005, p. 498/499).

²⁵⁰ “De acordo com esse raciocínio, caberia à Corte Constitucional, na qualidade de detentora esclarecida do único esquema de organização racional da sociedade, restringir a atuação da maioria democrática, fazendo valer direitos fundamentais e valores constitucionalmente relevantes. Daí decorreria, portanto, o papel contramajoritário da jurisdição constitucional: obstaculizar que as deliberações da coalização política dominante suprimam o quadro básico de garantias fundamentais estabelecidas no texto constitucional. Todavia, essa premissa abstrata descortina problemas empíricos e teóricos, notadamente no que diz respeito ao efetivo papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais. Com efeito, diversos estudos realizados principalmente na área da Ciência Política têm demonstrado que as Cortes tendem a ser cooptadas pela coalização política dominante. Isso porque o Poder Judiciário, em termos de situação institucional, atua como agente político responsável pelo enfrentamento de questões importantes para a sociedade, constituindo verdadeiro formulador de escolhas políticas e peça importante na consolidação de políticas nacionais propostas pelo Poder Executivo, como alertou Robert Dahal ainda na década de 1950, ao analisar a configuração da Suprema Corte norte-americana: ‘(...) Muitas vezes, então, os casos perante a Corte envolvem alternativas sobre as quais há severo desacordo na sociedade, como no caso da segregação ou regulação econômica: o conjunto de casos é ‘político’. Além disso, usualmente são casos em que estudiosos competentes de Direito Constitucional, inclusive os eruditos *justices* da Suprema Corte, discordam; em que as palavras da Constituição são genéricas, vagas, ambíguas ou não claramente aplicáveis; em que precedentes podem ser encontrados em ambos os sentidos; e em que expertos divergem do prognóstico das consequências das várias alternativas ou graus de probabilidade que as possíveis consequências verdadeiramente resultarão. (...) Se a Corte assumisse ser uma instituição ‘política’, nenhum problema particular surgiria, tomar-se-ia por admitido que os membros da Corte resolvem questões de fato e de valor introduzindo suposições derivadas de suas próprias predisposições ou daquelas de clientes e constituintes influentes. Porém, dado que muito da legitimidade das decisões da Corte vem da ficção de que ela não é uma instituição política, mas uma exclusivamente política, aceitar a

Ainda que os integrantes do tribunal, a quem cabe em última instância a defesa precípua da Constituição, não sejam eleitos ou submetidos ao rigoroso processo de “accountability” ou de revisão periódica de sua legitimidade, tal como ocorre nos processos eleitorais sucessivos, é fato que a própria “unção pelas urnas”, observada em relação aos demais agentes políticos, apresenta uma série de problemas e questionamentos, a exemplo do risco de captura do processo democrático pelas grandes corporações e grupos de pressão, no contexto da denominada crise da democracia representativa.²⁵¹

Mas isso não parece invalidar o questionamento central desta pesquisa, desde que o conjunto de técnicas adotadas pelos integrantes do tribunal, já referidas nessa pesquisa e que dão sustentação às “decisões expansivas”, não encontre previsão no texto da Constituição. Ainda que a primazia da Constituição seja um dos mais caros dogmas do Estado Constitucional de Direito, preponderando, portanto, sobre a soberania popular representativa e legitimando a atuação da jurisdição constitucional,²⁵² a questão a ser problematizada, insista-se, diz com a necessidade mesma de legitimação substantiva dessas decisões.

Há argumentos fortes no sentido de que eventuais declarações de inconstitucionalidade sem adições ou acréscimos, no exercício do papel clássico de legislador negativo, podem gerar lacunas relevantes, impactando negativamente o exercício de direitos e garantias fundamentais. Essa constatação parece mesmo realçar a conveniência e a oportunidade da atuação supletiva do tribunal, ainda

Corte como uma instituição política resolveria uma série de problemas ao preço da criação de outra. Todavia, se é verdade que a natureza dos casos levados perante a Corte é algumas vezes do tipo que descrevi, então a Corte não pode agir estritamente como instituição jurídica. Deve escolher entre alternativas controversas de política pública recorrendo ao menos a alguns critérios de aceitabilidade sobre questões de fato e de valor que não podem ser encontrados ou deduzidos de precedente, lei ou Constituição. É nesse sentido que a Corte é uma instituição nacional de tomada de decisão política, e esse papel que traz o problema da existência da Corte em um sistema político ordinariamente considerado democrático. (DAHL; 1957: 279-280).” (MUDROVITSCH, ob. cit., p. 8/10).

²⁵¹ A crise da democracia representativa tem sido identificada e referida com frequência ao longo dos anos, no contexto das sociedades de massa que se constituíram ao longo dos Séculos XIX e XX. Colha-se a rica exposição de Cappelletti: “Os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa. A esse respeito escreveu o Professor Martin Shapiro: o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política, na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...) e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1993, p. 94/95).

²⁵² Tavares, ob. cit., p. 498.

que em caráter provisório e/ou emergencial, até a manifestação final da autoridade legislativa.²⁵³ Haveria , então, uma atuação colaborativa entre as instâncias judicial e legislativa, numa perspectiva institucional dialógica, em defesa da máxima efetividade das normas da Constituição.²⁵⁴

Mas o ponto central, com escusas pela redundância, envolve a busca da legitimidade das opções interpretativas do tribunal, em questões relevantes e sensíveis, cuja deliberação deveria tocar, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Sem embargo da legitimidade originária da jurisdição constitucional, fruto do poder constituinte originário, e do próprio exame dos demais aspectos que buscam aferir sua compatibilidade com os demais postulados da democracia representativa, não há negar a necessidade de criação de mecanismos que permitam o controle social dessas “decisões excepcionais”.

Nesse âmbito, é essencial a retomada do protagonismo político do titular da soberania em relação aos temas relevantes e mais caros à sociedade, sendo insuficiente do ponto de vista ideal, ainda que de algum modo justificável do ponto de vista prático ou operacional, que a aferição da legitimidade da atuação dos representantes apenas ocorra a cada ciclo eleitoral. A cidadania ativa é essencial para a qualidade da democracia. Renove-se aqui a noção de que a legitimidade há de ser compreendida em perspectiva dinâmica e substantiva, e não apenas estática, disso resultando que todos os atos dos agentes políticos hão de se submeter ao controle efetivo da cidadania.²⁵⁵

²⁵³ “Há, por fim, quem pondere que, no caso das decisões substitutivas, quando um vácuo normativo gravíssimo é produzido pela declaração de inconstitucionalidade da norma, pode ser justificável que o próprio tribunal supra a norma faltante, ainda que haja mais de uma alternativa constitucionalmente válida, desde que se demonstre, com base no princípio da proporcionalidade, (i) que a providência se justifica, ante os efeitos gerados pelo vácuo normativo, que agravariam a situação de inconstitucionalidade, (ii) que não há medida menos onerosa, à luz das demais normas constitucionais em tensão, e (iii) que não é possível aguardar a manifestação do legislador. Em tal situação, contudo, defende-se, preferencialmente, sob inspiração da prática alemã, o uso de medidas cautelares transitórias (medidas de necessidade), por meio das quais se evitariam vácuos muito danosos, até que o legislador pudesse se manifestar. A transitoriedade e a espera pela manifestação do legislador, na hipótese, causariam menor restrição a outros princípios constitucionais relevantes, a exemplo do princípio da separação dos poderes, do que uma decisão de mérito pelo tribunal. Essa última hipótese, mais complexa, mereceria um estudo próprio, que extrapola os limites desse trabalho.” (Barroso e Perroni, ob. cit., p. 27).

²⁵⁴ Justificando a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, em perspectiva substantiva, confira-se: DWORKIN, Ronald. Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271-331; DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80-103; BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf> >. Acesso em 28 jan 2022.

²⁵⁵ Como advertia o notável Paulo Bonavides, em texto publicado em 1996, “A democracia é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou

No contexto da denominada “sociedade em rede”, forjada com os fantásticos instrumentos da tecnologia, em que é possível, com segurança, colher as opiniões do cidadão,²⁵⁶ não parece mesmo justificável a inércia ou a paralisia do debate na busca pela reconstrução da legitimidade democrática das instâncias de poder.²⁵⁷

Dispõe a Constituição que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição,²⁵⁸ bem assim que a soberania popular deve ser exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e também mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular, na forma da lei.²⁵⁹

A partir da legitimação originária da jurisdição constitucional e da previsão também originária de que a soberania é exercida por meio do voto, parece de algum modo problematizável a tese de que o STF deteria, em termos definitivos e absolutos, frente ao titular da soberania, a palavra final sobre o sentido das normas presentes na Carta Política. Ressalvadas as normas infensas ao poder constituinte derivado, as denominadas cláusulas pétreas, a função de guardião da Constituição há de

indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo. (...) Teremos ocasião bastante de demonstrar e justificar, a seguir, essa assertiva, sendo, porém, desde já, suficiente antecipar nosso juízo de valor acerca da completa e absoluta superioridade da primeira sobre a segunda, isto é, da democracia direta sobre a democracia indireta ou representativa. Com efeito, esta última é menos legítima, mais sujeita a vicissitudes distorcidas, menos refratária aos meios e vícios de ludíbrio do que a democracia direta.” (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta. Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade*, com ênfase no Federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, 2ª edição, p. 17).

²⁵⁶ “Seria mesmo possível substituir os anacrônicos processos eleitorais das escolas democráticas por redes de consulta permanente e por referendos instantâneos? (...) Trata-se de saber se o constitucionalismo, sem abandonar as memórias, pode continuar a ter e ser história neutralizando o perigo de ser definitivamente colocado no lugar de memória” (CANOTILHO, J.J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006 p. 345).

²⁵⁷ Com a genialidade que lhe era própria, uma vez mais cabe recordar Bonavides, em reflexão indispensável e que vaticinava a absoluta necessidade de resgate da democracia direta: “(...) faz-se mister, a par da revolução dos costumes políticos, da ética, da honra e da dignidade nacional, instaurar neste País a verdadeira legitimidade do poder, por via dos instrumentos da democracia semidireta, até que se possa chegar o mais cedo possível à democracia direta. Na idade da tecnologia de computadores, em plena era da Informática, da instantaneidade dos meios visuais e auditivos de comunicação, não é fantasia em sonho de utopista antever o grande momento de libertação iminente com a instauração de um sistema de democracia direta. Ele consagrará a plenitude da legitimidade na expressão de nossa vontade política.” (Bonavides, ob. cit., p. 27).

²⁵⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...). Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

²⁵⁹ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.”

ser compreendida adequadamente, não no sentido de que seria o titular do monopólio da dicção última do sentido do Texto Maior em questões morais ou ligadas a políticas públicas, mas como ator relevante na construção de respostas normativas excepcionais, destinadas a viabilizar o exercício de direitos e garantias fundamentais.²⁶⁰

No contexto dos poderes constituídos, é preciso realçar, a guarda da Constituição está mesmo posta sobre os ombros da Suprema Corte, a quem cabe a palavra final sobre o significado de suas disposições (art. 102 da CF).

Nesse exato contexto, faz-se necessária a integração do titular da soberania no processo de construção do sentido constitucional, realizando a proposta democrática de uma sociedade verdadeiramente aberta de intérpretes da Constituição.

A via do referendo, embora pouquíssimas vezes utilizada,²⁶¹ representa, seguramente, o caminho jurídico-constitucional adequado para que as decisões paradigmáticas do STF, assim consideradas aquelas que, uma vez postas “sob censura” por um ou pelos demais poderes do Estado, traduzam significativas inovações na ordem jurídica, envolvendo temas morais e questões ligadas a políticas públicas.²⁶²

As objeções práticas para a realização de referendo, fundadas em dificuldades de ordem econômica para a mobilização da cidadania e de estruturas da jurisdição eleitoral, seriam facilmente superadas pelo aproveitamento dos processos eleitorais periódicos para renovação dos cargos de representação política em nível federal, como, aliás foi definido em data recente pelo constituinte derivado, ao editar a Emenda Constitucional 111, de 28 de setembro de 2021, embora de forma circunscrita às questões municipais.²⁶³

²⁶⁰ Renove-se aqui a referência à Teoria dos Diálogos Institucionais, aplicada no julgamento da ADI 5105, relator o Min. Luiz Fux, conforme nota de rodapé 153. Também sobre o tema a excelente obra: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

²⁶¹ No Brasil, recorda-se a realização de referendos nos anos de 1963, quando rejeitado o modelo parlamentarista, e em 2005, sobre a proibição do comércio de armas de fogo. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>>. Acesso em 6 fev 2022.

²⁶² Seria preciso ajustar a Lei 9.709, editada em 18 de novembro de 1998, para disciplinar esse novo sistema destinado à consulta popular em torno das decisões sensíveis proferidas pelo STF, cumprindo recordar apenas que o referendo foi definido no referido diploma legal como meio de consulta posterior à edição do ato legislativo ou administrativo posto sob exame, envolvendo questões de “relevância nacional”, mediante decreto legislativo proposto por, pelo menos, um terço dos membros que integram qualquer das casas legislativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm#:~:text=1o%20A%20soberania%20popular,III%20%E2%80%93%20iniciativa%20popular.>>. Acesso em 30 jan 2022.

²⁶³ Foram acrescentados os seguintes parágrafos ao art. 14 da Constituição Federal: “§ 12. Serão realizadas concomitantemente às eleições municipais as consultas populares sobre questões locais aprovadas pelas Câmaras Municipais e encaminhadas à Justiça Eleitoral até 90 (noventa) dias antes da data das eleições, observados os limites operacionais relativos ao número de quesitos. § 13. As manifestações favoráveis e

Com esse procedimento, reconciliam-se democracia e jurisdição constitucional, preservando-se, em seu mais amplo significado, as previsões fundamentais de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos pelo sufrágio universal, com votos diretos e secretos, ou diretamente (por meio do plebiscito, referendo ou iniciativa direta de lei).

Eis a proposta deste trabalho.

CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa procurou-se demonstrar que a nova conformação da jurisdição constitucional concentrada, consolidada pela Carta Política de 1988, impôs uma radical ruptura com as experiências históricas anteriores, lançando o STF ao palco central de condutor da vida nacional. Diversamente do sistema constitucional superado, em que apenas o Procurador-Geral da República poderia provocar o STF, promoveu-se a ampliação sem precedentes do rol de legitimados para acessar a jurisdição concentrada, agora sob o influxo de um Texto Constitucional recheado de valores e pretensões de concretização do postulado da dignidade humana, o que trouxe, como efeito natural, a judicialização ampla da vida.

Com isso, o tribunal viu-se desafiado e estimulado a examinar questões próprias da política ampla, questões ligadas a temas de ordem moral que dividiam e seguem dividindo a sociedade (uniões homoafetivas, aborto de fetos anencefálicos, identificação civil de pessoas transexuais etc) e questões que alcançam também políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais sociais (educação, saúde, moradia, emprego etc).

Nesse novo ambiente, a função tradicional reservada ao STF no específico âmbito da jurisdição constitucional, qual seja, a de atuar como legislador negativo, responsável apenas por afastar do mundo jurídico leis e atos normativos contrários às prescrições da Carta Constitucional, sofreu uma mutação radical e irreversível, sobretudo em face da amplitude e força dos instrumentos processuais estabelecidos e das técnicas decisórias forjadas por densa e respeitável doutrina nacional e estrangeira.

contrárias às questões submetidas às consultas populares nos termos do § 12 ocorrerão durante as campanhas eleitorais, sem a utilização de propaganda gratuita no rádio e na televisão."

Apesar das reservas iniciais ou do estranhamento observado logo após o advento da Constituição de 1988, o STF acabou por avançar e aceitar o papel que lhe fora concedido pelo legislador constituinte originário, como autêntico órgão da soberania, árbitro último dos conflitos federativos e responsável pela defesa da Constituição, da democracia e dos direitos fundamentais.

Para além da contundência das críticas ou dos elogios que se possam oferecer à atuação do STF, não há negar que se cuida de órgão central do esquema político-institucional brasileiro, tanto que tem sido reconhecido e legitimado pelas demais potências públicas e privadas, que submetem reiteradamente a seu exame as mais variadas questões de ordem política e jurídica.

Nada mais natural, portanto, do que buscar mecanismos para o aprimoramento dessa importante e secular instituição republicana, tanto sob a perspectiva de sua conformação orgânica, quanto sob o prisma da ampliação de sua própria legitimidade, agora renovada sob o prisma da representatividade substantiva.

Observados determinados pressupostos ligados à natureza ou ao conteúdo das questões decididas e da “moção de censura” ou de questionamento político produzido por um ou pelos dois outros Poderes do Estado, o mecanismo do referendo popular para as “decisões sensíveis” proferidas pelo STF promoverá a harmonização entre o ideal democrático e a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, fortalecendo o papel daquela Corte no cenário complexo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista de Processo, v. 225, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013#fn1>. Acesso em 15.01.2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco., Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado. Curitiba: Juruá, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedôneo. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Volume 7, n. 3, dezembro de 2017, p. 698. Disponível em: <<https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>>. Acesso em 02 abr 2021.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Papel Criativo dos Tribunais – Técnicas de Decisão em Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1049/Ajuris_146%20-%20DT12>. Acesso em 20 jan 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

_____. “O Supremo Tribunal Federal ainda no olho do furacão”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/luis-roberto-barroso-supremo-ainda-olho-furacao>. Acesso em 20 jan 2022.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 9ª. Edição.

_____. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em 28 jan 2022.

BINEMBOJM, Gustavo. A nova Jurisdição Constitucional- Legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. 4 ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. Da democracia para uma certa ideia da Itália. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Igualdade e liberdade. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; São Paulo: Saraiva Educação, 2018, revista e atualizada, Livro digital (E-pub).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 305, de 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <

<https://atos.cnj.jus.br/files/original145740201912185dfa3e641ade9.pdf>>. Acesso em 12.10.2020.

_____. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Constituição (1937). Rio de Janeiro, 1937. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Decreto 848, de 11.10.1890. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Decreto 914-A, de 23.10.1890. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, submetida pelo Governo Provisório ao Congresso Constituinte. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-914-a-23-outubro-1890-517812-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Decreto 21.076, de 24.2.1931. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Decreto nº 19.398, de 11.2.1931. Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 28 fev 2022.

_____. Decreto 21.396, de 12.5.1932. Institue Comissões Mistas de Conciliação e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21396-12-maio-1932-526753-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=1%C2%BA%20Nos%20munic%C3%ADpios%20ou%20localidades,o s%20diss%C3%ADdios%20entre%20empregadores%20e>> . Acesso em 28 fev 2022

_____. Decreto 22.132, de 25.11.1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d22132.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Emenda à Constituição 1, de 17.10.1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Emenda Constitucional 3, de 17.3.1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-3-17-marco-1993-354966-publicacaooriginal-1-pl.html>> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Emenda à Constituição 111, de 28.9.2021. Altera a Constituição Federal para disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, dispor sobre o instituto da fidelidade partidária, alterar a data de posse de Governadores e do Presidente da República e estabelecer regras transitórias para distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o funcionamento dos partidos políticos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc111.htm. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 221, de 20.11.1894. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei Complementar 35, de 14.3.1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei Constitucional 18, de 11 de dezembro de 1945. Revoga o parágrafo único do art. 96 da Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT018.htm . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 7783, de 28.6.1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 9.709, de 18.11.1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm#:~:text=1o%20A%20soberania%20popular,III%20%E2%80%93%20iniciativa%20popular.>. Acesso em 28 fev 2002.

_____. Lei 9.882, de 3.12.1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 11.417, de 19.12.2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 9.784, de 29.1.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 9756, de 17.12.1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9756.htm . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 11.232, de 22.12.2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111232.htm . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Lei 13.105, de 16.3.2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm . Acesso em 28 fev 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 MC. Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ o acórdão Ministro Edson Fachin. Julgado em 5.10.2016. DJe-043. Divulgado em 6.3.2018. Publicado em 7.3.2018. Andamento processual. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381461/false>>. Acesso em 11 jan 2022.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1612. Relator Ministro Carlos Velloso. Plenário. Julgado em 6.5.1999. DJ de 18.6.1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3009>>. Acesso em 12 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367. Relator Ministro Cezar Peluso. Plenário. Julgado em 13.4.2005. DJ de 22-9-2006. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260590>> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2231. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828554>>. Acesso em 6 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2213 MC. Relator Ministro Celso de Mello. Plenário. Julgado em 04.04.2002. DJ 23.04.2004. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1823899>> . Acesso em 6 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2150. Relator Ministro Ilmar Galvão. Plenário. Julgado em 11.9.2002. DJ 29.11.2002. Acompanhamento processual.

ADI 2.150/DF, Relator Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 11.09.2002, Tribunal Pleno, DJ: 29.11.2002). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=2150&numProcesso=2150>. Acesso em 12 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240. Relator Ministro Eros Grau. Plenário. Julgado em 9.5.2007. DJe-072. Divulgada em 2.8.2007. Publicada em 3.8.2007. Acompanhamento processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1830215>. Acesso em 9 jan 2022.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Relator Ministro Ayres Britto. Plenário. Julgado em 29.5.2008. DJe-096 . Divulgado em 27.5.2010. Publicado em 28.5.2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 15 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Relator Ministro Ayres Britto. Plenário. Julgado em 5.5.2011. DJe-198 . Divulgado em 13.10.2011. Publicado em 14.10.2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> . Acesso em 15 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado em 6.10.2016. DJe-087 . Divulgado em 26.4.2017. Publicado em 27.4.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243> . Acesso em 22 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgado em 21.6.2018. DJe-044 . Divulgado em 1.3.2019. Publicado em 6.3.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>> . Acesso em 18 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5105. Relator Ministro Luiz Fux. Plenário. Julgado em 1.10.2015. DJe-049 . Divulgado em 15.3.2016. Publicado em 16.3.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286> >. Acesso em 25 julho 2021.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado em 20.6.2018. DJe-241 . Divulgado em 4.11.2019. Publicado em 5.11.2019. Acompanhamento processual. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414323/false>> . Acesso em 11 jan 2022.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794. Relator Ministro Edson Fachin. Relator p/ acórdão Luiz Fux. Plenário. Plenário. Julgado em 29.6.2018. DJe-083. Divulgado em 22.4.2019. Publicado em 23.4.2019. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402320/false>. Acesso em 11 jan 2022.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 MC-Ref. Relator Marco Aurélio. Relator para o acórdão Edson Fachin. Plenário. Plenário. Julgado em 15.4.2020. DJe-271. Divulgado em 12.11.2020. Publicado em 13.11.2020. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em 21 jan 2022.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343 MC-Ref. Relator Marco Aurélio. Relator para o acórdão Alexandre de Moraes. Plenário. Julgado em 6.5.2020. DJe-273. Divulgado em 16.11.2020. Publicado em 17.11.2020. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436409/false>. Acesso em 21 jan 2020.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6362. Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. Julgado em 2.9.2020. DJe-288. Divulgado em 7.12.2020. Publicado em 9.12.2020. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437979/false> . Acesso em 21 jan 2020.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586. Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. Julgado em 17.12.2020. DJe-063. Divulgado em 6.4.2021. Publicado em 7.4.2021. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443506/false>. Acesso em 21 jan 2022.

_____. _____. Ação Penal 470. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 17.12.2012. DJe-074 . Divulgado em 19.4.2013. Publicado em 22.4.2013. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false>> . Acesso em 17 julho 2021.

_____. _____. Ação Penal 937 QO. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 3.5.2018. DJe-265 . Divulgado em 10.12.2018. Publicado em 11.12.2018. Disponível

em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>>. Acesso em 10 jan 2022.

_____. _____. Agravo de Instrumento 664.567. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 18/06/2007. DJe-096 divulgado em 05-09-2007. Publicado em 06-09-2007. DJ 06-09-2007 . disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2525122> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Relator Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgada em 30.4.2009. DJe-208. Divulgado em 5.11.2009. Publicado em 6.11.2009. Acompanhamento processual. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>> . Acesso em 15 julho 2021.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Relator Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgada em 29.4.2010. DJe-145. Divulgado em 5.8.2010. Publicado em 6.8.2010. Acompanhamento processual. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>> . Acesso em 19 julho 2021.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 671. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgada em 16.6.2020. DJe-169. Divulgado em 03.07.2020. Publicado em 6.7.2020. Acompanhamento processual. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6035593>>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 405. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgada em 14.06.2017. DJe-020. Divulgado em 02.02.2018. Publicado em 05.02.2018. Andamento processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977301> . Acesso em 6 julho 2021.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324. Relator Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgada em 30.8.2018. DJe-194. Divulgado em 5.9.2019. Publicado em 6.9.2019. Andamento processual. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>> . Acesso em 11 jan 2022.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33. Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 07.12.2005, DJ 27.10.2006.

Acompanhamento processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2030720> . Acesso em 6 julho 2021.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgada em 27.4.2005. DJe-092. Divulgado em 30.8.2007. Publicado em 31.8.2007. Acompanhamento processual. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>> . Acesso em 15 julho 2021.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgada em 9.9.2015. DJe-031. Divulgado em 18.2.2016. Publicado em 19.2.2016. Acompanhamento processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> . Acesso em 21 julho 2021.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444. Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgada em 14.6.2018. DJe-107. Divulgado em 21.5.2019. Publicado em 22.5.2019. Acompanhamento processual. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404263/false>> . Acesso em 11 jan 2022.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 770MC-Ref. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgada em 24.2.2021. DJe-045. Divulgado em 9.3.2021. Publicado em 10.3.2021. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441825/false>. Acesso em 21 jan 2022.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 848 MC-Ref. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgada em 28.6.2021. DJe-209. Divulgado em 20.10.2021. Publicado em 21.10.2021. Acompanhamento processual. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur454744/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 898 MC/DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Decisão monocrática. Julgado em 12.11.2021. Acompanhamento processual. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6290927>. Acesso em 24 jan 2022.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 913. MC/DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Decisão monocrática. Julgado em 12.11.2021. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6309355>>. Acesso em 25 jan 2022.

_____. _____. Habeas Corpus 70514. Relator Ministro Sydney Sanches. Plenário. Julgado em 23.3.1994. DJ 27-06-1997, Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1567395>>. Acesso em 9 jan 2022.

_____. _____. Habeas Corpus 84025. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 4.3.2004. DJ de 25.6.2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2204728> . Acesso em 15 julho 2021.

_____. _____. Habeas Corpus 72131. Relator(a): Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em 23.11.1995. DJ de 01.08.2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1603947>. Acesso em 16 julho 2021.

_____. _____. Habeas Corpus 84078. Relator Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 5.2.2009. DJe-035. Divulgado em 25.2.2010. Publicado em 26.2.2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796> . Acesso em 21 julho 2021.

_____. _____. Habeas Corpus 152752. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 4.4.2018. DJe-127. Divulgado em 26.6.2018. Publicado em 27.6.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092> . Acesso em 21 julho 2021.

_____. _____. Habeas Corpus 126292. Relator Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 17.2.2016. DJe-100. Divulgado em 16.5.2016. Publicado em 17.5.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em 21 julho 2021.

_____. _____. Habeas Corpus 82424. Relator Ministro Moreira Alves. Relator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 17.9.2003. DJ de 01.08.2003. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em 16 julho 2021.

_____. _____. Habeas Corpus 152752. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 4.4.2018. DJe-127. Divulgado em 26.6.2018. Publicado em 27.6.2018. Disponível em: <
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>>. Acesso em 10 jan 2022.

_____. _____. Habeas Corpus 193726. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 15.4.2021. DJe-174. Divulgado em 31.8.2021. Publicado em 1.9.2021. Disponível em: <
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451884/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

_____. _____. Habeas Corpus 193726 AgR. Relator Ministro Edson Fachin. Relator p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 23.6.2021. DJe-200. Divulgado em 6.10.2021. Publicado em 7.10.2021. Disponível em: <
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451884/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

_____. _____. Inquérito 4781. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgamento: 17.2.2021. DJe-092. Publicação: 14.5.2021. Acompanhamento processual. Disponível em: <
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446255/false>>. Acesso m 21 jan 2022.

_____. _____. Mandado de Injunção 20. Relator Ministro Celso de Mello. Plenário. Julgamento: 19/05/1994. Publicação: 22/11/1996. Acompanhamento processual. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1480655>> . Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Mandado de Injunção 107. Relator Ministro Moreira Alves. Plenário. DJ 21.09.1990. Acompanhamento processual. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1487634>>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Mandado de Injunção 283. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário. Julgado em 20.3.1991. DJ de 14.11.1991. Disponível em: <

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1506604>>. Acesso em 18 julho 2021

_____. _____. Mandado de Injunção 670. Relator Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em 25.10.2007, DJe-206 Divulgado em 30.10.2008 . Publicação 31.10.2008. Acompanhamento processual. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1487634>>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Mandado de Injunção 4733. Relator Ministro Edson Fachin. Plenário. Julgado em 13.6.2019, DJe-238. Divulgado em 28.9.2020. Publicação 29.9.2020. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 20 jan 2022.

_____. _____. Mandado de Segurança 37760. Relator Ministro Roberto Barroso. Plenário. Julgado em 14.4.2021. DJe-158. Divulgado em 6.8.2021. Publicação 9.8.2021. Acompanhamento processual. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450617/false>>. Acesso em 24 jan 2022.

_____. _____. Recurso Extraordinário 466343. Relator Ministro Cezar Peluso. Plenário. Julgado em 3.12.2008. Publicado em 5.6.2009. DJe 104 de 5.6.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529> . Acesso em 16 julho 2021.

_____. _____. Recurso Extraordinário 231630 AgR. Relator Ministro Néri da Silveira. , 2ª Turma. Julgado em 24.8.1999. DJ de 24-9-1999. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1718345>> . Acesso em 12 julho 2021.

_____. _____. Recurso Extraordinário 1010606. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário. Julgado em 11.2.2021. Divulgado em 19.5.2021. Publicado em 20.5.2021. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em 22 julho 2021.

_____. _____. Recurso Extraordinário 1055941. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário. Julgado em 4.12.2019. DJe-243 Divulgado em 5.10.2020. Publicado em 6.10.2020. Acompanhamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433179/false>. Acesso em 12 jan 2022.

_____. _____. Recurso Extraordinário 1054110. Relator Ministro Roberto Barroso. Plenário. Julgado em 9.5.2019. DJe-194. Divulgado em 5.9.2019. Publicado em

6.9.2019. Andamento processual. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425705/false> . Acesso em 20 jan 2022.

_____. _____. Recurso Extraordinário 1010606. Relator Dias Toffoli. Plenário. Julgado em 11.2.2021. SJe-096. Divulgação em 19.5.2021. Publicação em 20.5.2021. Andamento processual. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>> . Acesso em 20 jan 2022.

_____. _____. Recurso Extraordinário 888815. Relator Ministro Roberto Barroso. Relator p/ o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgado em 12.9.2018. DJe-055. Divulgado em 20.3.2019. Publicado em 21.3.2019. Andamento processual. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400233/false>> . Acesso em 11 jan 2022.

_____. _____. Emenda Regimental 54, de 1.7.2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RIEmenda.pdf>>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Estatística. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Regimento Interno. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/servicos/normativos/veratonormativo.asp?documento=1737>>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Resolução 642, de 14.6.2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/07/RESOLUCAO-C-642.pdf>. Acesso em 28 fev 2022.

_____. _____. Resolução 675, de 22.4.2020. Disponível em: < <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/08/Resolucao675.pdf>>. Acesso em 28 fev 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. Editora Saraiva. São Paulo, 3ª. Edição, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1991, 5.edição.

_____. “Brançosos” e interconstitucionalidades: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. O supremo tribunal federal e a judicialização da política. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

COMELLA, Víctor Ferreres. Justicia constitucional y democracia. Madrid: CEPC, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALY, Tom Gerald. The Alchemists. Questioning our Faith in Courts as democracy-builders. Cambridge University Press, 2017.

DANTAS, Bruno. Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Mandado de Injunção. São Paulo: Atlas, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Barcarola, 2004.

GINSBURG, Tom. The Global spread of constitutional review. IN: WHITTINGTON, Keith.; KELEMEN, R. Daniel. CALDEIRA, Gregory. The Oxford handbook of law and politics. New York: Oxford University Press.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: fabris Editor, 1997.

HIRSCHAL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em 17 julho 2021.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. In “A grande dicotomia: o STF entre as visões de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/grande-dicotomia-stf-entre-moreira-alves-sepulveda-pertence>. Acesso em 16 julho 2021.

KELSEN, Hans. Autobiografia de Hans Kelsen. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’, California Law Review, vol. 92, 2004.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan. (1999), Democracy, Accountability and Representation. New York, Cambridge University Press.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes.” Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>>. Acesso em 22 julho 2021.

MEDINA, Damares. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2016. e-book.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Nulidade da Lei Inconstitucional e Seus Efeitos: Considerações Sobre a Decisão do Supremo Tribunal Federal Proferida no RE n.º 122.202. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, nº 3, jan/jun, 1994 e Estudos Jurídicos, Universidade do Vale dos Sinos, jan/abr, 1995, nº 72.

_____. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. Disponível em: <<http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-HERMEN%C3%84UTICA-CONSTITUCIONAL-E-REVIS%C3%83O-DE-FATOS-E-PROGNOSES-LEGISLATIVOS-pdf.pdf>>. Acesso em 7 fev 2022.

MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2005.
MUDROVITSCH, Rodrigo. Democracia e Governo Representativo no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Principles of constitutional law

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

PANDOLFI, Dulce. REPENSANDO o Estado Novo. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br>>. Acesso em 14.02.2021.

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

POST, Robert and SIEGAL, Reva B., Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, p. 82. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 22 julho 2015.

RECONDO, Felipe. Tanques e Togas – O STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os Onze – o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RODRIGUES, Douglas Alencar. Direitos Sociais e Efetividade: As Ações Civis Públicas na Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr Editora, 2018.

_____. A Autonomia Negocial da Vontade e Negociabilidade Jurídica nas Relações Assimétricas de Trabalho. Análise Comparada da legislação em Portugal e no Brasil. In: PADILHA, Robson Ochiai; RODRIGUES, Douglas Alencar; org. Lisboa: Legit Edições, 2019.

RODRIGUES, Lêda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Tomo IV, Volume I, 2002.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores.. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 7ª. Edição, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass. Backlash's Travels. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper nº. 157, 2007.

_____. A hand in the matter: has the Rehnquist court pushed its agenda on the rest of the country? Disponível em: http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp. Acesso em 15 jul 2022.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, 3ª edição, revista e atualizada.

_____. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Justiça Constitucional – Originalidades históricas e tipicidade latino-americana. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 8, maio/agosto 2014. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 245-262.

_____. A Defesa da Constituição de Weimar. In BERCOVICI, Gilberto. Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019). São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____. Controle de constitucionalidade do efeito colateral e lei por meio de decisão intermédia reconstrutiva. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 23, n. 130, jun/set 2021, p. 318-340.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: NOÉSES, 4ª. Edição.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001
VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 78, v. 644, jun. 1989.

VIEIRA, João Lucas Torres; DUARTE, Rodrigo Garcia; SOUZA, Victor Reis do Valle. FEDERALISMO E PANDEMIA: OS NOVOS HORIZONTES A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Revista Dos Estudantes De Direito Da Universidade De Brasília, 1(19), 746–779. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/37318>>. Acesso em 21 jan 2022.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.