

EXPLICANDO O AVANÇO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹

Sumário: Introdução. I. Identificando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: a necessidade de uma explicação multifacetada. II. Fatores institucionais. 1. A Constituição de 1988: constitucionalização abrangente e compromissória. 2. A jurisdição constitucional brasileira pós-1988. 2.1. A debilidade dos desenhos institucionais do Supremo pré-Constituição de 1988. 2.2. A virada institucional do Supremo Tribunal Federal. III. Fatores sociopolíticos. 1. O Supremo Tribunal Federal em momentos de autoritarismo e insegurança institucional. 2. A transição democrática e a fase inicial pós-Constituição de 1988: passivismo judicial, 3. A construção política do ativismo judicial. 3.1. O Congresso Nacional. 3.2. O Poder Executivo Federal. 3.3. Estabilidade democrática e fragmentação do poder político. 4. Fatores sociológicos. IV. Fatores jurídico-culturais. V. Conclusões.

INTRODUÇÃO



os últimos anos do século XX e, com mais destaque, neste século XXI, houve uma alteração *quantitativa e qualitativa* do espaço que o Supremo Tribunal Federal tem ocupado no cenário sociopolítico brasileiro. As grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988,

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ. Professor UCAM/FDC. Assessor Jurídico do Ministro Marco Aurélio de Mello – Supremo Tribunal Federal.

tiveram, como um de seus efeitos mais visíveis, a ascensão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo. Na realidade, a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – redução progressiva do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores;² no alcance de suas decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade; na própria afirmação de sua identidade institucional – os ministros passaram a defender como nunca, inclusive fora dos autos, o valor de suas funções e a relevância do próprio Supremo.³

Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou seu padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, um participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.⁴ Isso tem significado uma importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional, se comparado a seu padrão histórico: ainda temos um Poder Executivo – o federal – protagonista e centralizador; o Legislativo – nos três níveis federativos – sofrendo constantes crises funcionais e déficits de confiança popular; mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivos hipertrofiados, alcan-

² Sobre o “pensamento orientado a valores” na interpretação jurídica, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406 e seq.

³ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, p. 5.

⁴ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* Vol. 12 (n. 34), São Paulo, 1997, p. 149.

çou, de forma gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, um patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história – a Corte tem sido capaz de exercer tanto o seu papel essencialmente contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar políticas favorecidas pelas coalizões majoritárias, mas que, em razão do caráter muito controvertido dos temas, esbarra em impasses (*deadlocks*) intransponíveis na arena legislativa.

Com esse novo arranjo em movimento, mais do que em judicialização da política e das grandes questões sociais de nosso tempo,⁵ pode-se falar hoje em sua *tribunalização*.⁶ Tem restado ao Supremo Tribunal decidir sobre *questões cruciais* e ele não tem recusado o encargo. Ao contrário, o Tribunal tem afirmado sua função de definir a vontade da Constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a criação de municípios até a demarcação de terras indígenas; desde a Reforma da Previdência até a guerra fiscal entre estados; desde a união estável homoafetiva até a licitude de aborto de fetos anencéfalos. Mas também tem decidido sobre a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedades de economia mista.

⁵ Sobre o conceito de judicialização da política, cf. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____. (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 2005, p. 13; SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 194; VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁶ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154, n. 1.

Definitivamente, o Supremo Tribunal Federal encontra-se, hoje, no centro de importantes e decisivas questões nacionais. Não só por sua natureza, mas muito por sua extraordinária repercussão midiática, o clímax dessa ascensão institucional e soacial se deu com o julgamento do caso conhecido como “Mensalão” – ação penal⁷ decorrente de denúncia da Procuradoria-Geral da República em face de 40 pessoas, entre políticos e empresários, envolvidos em um grande esquema de corrupção instaurado na própria base do Governo Lula, por meio do qual o partido do Governo, o PT, obteve altos recursos, inclusive públicos, e repassou essas verbas para parlamentares em troca de apoio aos seus projetos de lei e para conquistar sua permanência no poder.

Os acusados disseram que já haviam sido condenados pela imprensa e pela opinião pública. O ex-Presidente Lula, que nomeou a maioria dos ministros que julgou o caso, manifestou-se pública e reservadamente a favor da postergação do julgamento e sobre sua conotação política. Independente de toda a pressão política e dos debates tumultuados que marcaram o julgamento, o Supremo, por maioria de votos, condenou os principais políticos e empresários envolvidos, aplicando-lhes algumas penas severas, inclusive com privação de liberdade. A Corte também decidiu pela perda automática, depois do trânsito em julgado da decisão condenatória, dos mandatos dos parlamentares condenados, independente de qualquer juízo político posterior da Câmara dos Deputados Federais. Com esse julgamento, o Supremo alcançou, sem dúvida, o mais elevado nível de popularidade de sua história.

O atual estágio de proeminência do Supremo Tribunal Federal é, portanto, algo incontestável. Todavia, não é o objetivo deste estudo avaliar as decisões judiciais que o conduziram a essa situação. No ano de 2011, eu escrevi um texto, para outra coletânea organizada pelos brilhantes professores André

⁷ STF – Pleno, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Fellet e Marcelo Novelino, em que procurei realizar essa tarefa, tratando o ativismo judicial do Supremo sob a perspectiva multidimensional – eu categorizei as decisões ativistas da Corte em diferentes dimensões.⁸ Por agora, seguindo com as reflexões sobre o avanço do papel político do Supremo, o propósito deste texto se dirige a procurar compreender alguns dos pressupostos dessa realidade contemporânea, apresentando possíveis fatores que levaram a essa ascensão vertiginosa do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Como a sequência demonstrará, a explicação da ascensão ativista do Supremo levará em conta a premissa de o ativismo judicial *responder aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos*. Isso significa que o momento ativista do Supremo será aqui apresentado como um fenômeno vinculado ao contexto brasileiro pós-Constituição de 1988 e às transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais que seguiram a esse marco particular. Com isso, pautado em formulações da Ciência Política empírica, rejeitar-se-á a ideia que o ativismo judicial contemporâneo resulte pura e simplesmente da iniciativa dos juízes da Corte. Na realidade, a ideia é que ele responde a múltiplos fatores.⁹

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (Org.) *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 541-594.

⁹ Essa abordagem insere-se em um movimento da Ciência Política empírica – *neoinstitucionalismo* – cujas variações, quando debruçadas sobre o comportamento judicial, compartilham o entendimento comum de que uma “compreensão abrangente das cortes também requer atenção às dinâmicas políticas que moldam seu desenho e sua autoridade, definindo seu papel no mais amplo sistema político” (GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert. A. Introduction: Institutional Approaches to Courts as Political Actors. In: _____; _____. (Ed.) *Institutions & Public Law. Comparative Approach-*

A sequência do texto é dividida em cinco tópicos: o *primeiro* justifica a *explicação multifacetada* para a ascensão do ativismo judicial do Supremo, isto é, que essa ascensão responde a diferentes fatores institucionais, sociopolíticas e jurídico-culturais; o *segundo tópico* cuida do primeiro grupo de fatores, os de natureza institucional; o *terceiro tópico* se ocupa dos fatores sociopolíticos; o *quarto*, dos fatores jurídico-culturais. Por fim, conclusões.

I. IDENTIFICANDO O AVANÇO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A NECESSIDADE DE UMA EXPLICAÇÃO MULTIFACETADA

O Brasil tem sido palco do recente avanço do ativismo judicial,¹⁰ mais destacadamente, do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. À medida que o novo milênio se aproximou, teve início o que já pode ser chamada a *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. É difícil precisar o momento exato dessa mudança, pois todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando suas *ortodoxias de autorrestrição judicial* para assumir posições decisórias expansivas de seu poder político-normativo sobre as demais instituições republicanas e sobre a sociedade brasileira. Essa expansão de poder do Supremo ganhou força

es. New York: Peter Lang, 2005, p. 2). Cf. MAVEETY, Nancy. (Ed.) *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2006

¹⁰ Na perspectiva deste trabalho, defino o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.*

mesmo com as sucessivas decisões que proferiu no século XXI em torno de dois campos distintos e igualmente impactantes: o da dinâmica dos processos político-eleitorais e o das grandes questões morais e sociais contemporâneas.

Nos temas de alta sensibilidade e repercussão político-partidário-eleitoral, o Supremo, em diferentes oportunidades, tem sido o ator decisivo para a formação das bancadas legislativas nos diferentes níveis de governo.¹¹ O Supremo já decidiu sobre os critérios adequados para a fixação do número possível de vereadores, excluindo a autonomia dos Municípios para tanto;¹² impôs a verticalização das coligações partidário-eleitorais para as eleições do ano de 2006, embora emenda constitucional daquele ano (EC nº 56/2006) tenha assegurado a plena e imediata autonomia dos partidos políticos de formarem coligações sem vínculos entre as “candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal;”¹³ julgou inconstitucionais as chamadas “cláusulas de barreira” – índices de desempenho eleitoral, estabelecidos na Lei nº 9.096/95, como condições e critérios impostos aos partidos para o regular funcionamento parlamentar;¹⁴ instituiu a “infidelidade partidária”, garantindo o direito de o partido político preservar a vaga legislativa ocupada por candidato eleito sob sua legenda na hipótese de sua desfiliação e transferência para outro partido.¹⁵

¹¹ Em sentido diverso, para Thamy Pogrebinschi, *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 7-8, essas decisões seriam “outliers”, um “seleto e limitado conjunto de casos” que se desvia do padrão de deferência judicial do Supremo ao Congresso Nacional, e por isso não podem ser consideradas indícios de judicialização da política ou de ativismo judicial.

¹² STF – Pleno, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/03/2004, DJ 07/05/2004 (caso Mira Estrela).

¹³ STF – Pleno, ADI 3.685/DF. j. 22/03/2006, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJ 10/08/2006.

¹⁴ STF – Pleno, ADI 1.351/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006, DJ 29/06/2007.

¹⁵ STF – Pleno, MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/10/2006, DJ

Contudo, nenhuma outra questão político-eleitoral foi mais polêmica e teve mais repercussão do que o caso da “Lei da Ficha-Limpa”. A Corte enfrentou questionamentos sobre o início de vigência e sobre a própria constitucionalidade da LC 135/2010 – lei de iniciativa popular, publicada em 07/06/2010, que criou novas e rígidas hipóteses de inelegibilidade pelo prazo de 8 anos, como a cassação de mandato anterior, renúncia ao cargo eletivo para não ser cassado, ou condenação, por órgão judicial colegiado e antes do trânsito em julgado, por alguns crimes que a lei menciona.

Em um primeiro momento, a Corte teve que definir o destino da aplicação da lei para as eleições de 2010, tendo em vista a regra da anterioridade eleitoral do art. 16 da Constituição. O primeiro julgado de mérito terminou empatado, em razão de a Corte estar desfalcada de um membro, tendo sido assim mantida a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que havia aplicado de imediato a lei.¹⁶ Nada obstante, havia a certeza de que se tratava apenas de uma solução provisória, à espera do “11º voto”. Em 03/03/2011, o ministro Luiz Fux tomou posse e a Corte estava então novamente completa. O tema voltou à pauta 20 dias depois e o “11º voto”, mesmo contra a opinião pública, foi pela aplicação da anterioridade, definindo então que a lei não poderia ser aplicada para o ano de 2010.¹⁷ Posteriormente, em 16/02/2012, por uma maioria de 7 a 4, a Corte definiu a constitucionalidade total da lei.¹⁸

17/10/2008; STF – Pleno, MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/10/2006, DJ 19/12/2008; STF – Pleno, MS 26.604/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 04/10/2006, DJ 03/10/2008. Depois, cf. ADI 3.999/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/2008, DJ 17/04/2009.

¹⁶ STF – Pleno, RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/10/2010, DJ 20/06/2011.

¹⁷ STF – Pleno, RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2011, DJ 18/11/2011.

¹⁸ STF – Pleno, ADCs 29 e 30, e ADI 4578, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/02/2010.

Além das grandes questões eleitorais, o Supremo tem se ocupado das questões morais mais cruciais da atualidade, as *questões de direitos divisoras de águas*. Em maio de 2008, o Supremo julgou a questão da autorização legal de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias (art. 5º, da Lei 11.105/2005). A Corte, em um julgado histórico, decidiu pela plena constitucionalidade da lei, inclusive afastando a necessidade de quaisquer adições interpretativas de sua parte.¹⁹ No entanto, as duas questões morais mais importantes e controvertidas foram, sem dúvida, a da *união homoafetiva* e a do *aborto de fetos anencéfalos*. Em 05 de maio de 2011, o Supremo, forte na eficácia imediata dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, reconheceu a equiparação jurídica entre a união estável homoafetiva e a união estável heteroafetiva.²⁰ Já em 12 de abril de 2012, o Supremo decidiu que o aborto de fetos anencéfalos não é crime, adicionando ao Código Penal mais uma hipótese de excludente de ilicitude do abor-

¹⁹ STF – Pleno, ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJ 28/05/2010. Essa decisão não pode ser considerada ativista, mas a relevância do papel da Corte para a aplicação da lei merece o destaque. A “Lei de Biossegurança” havia sido aprovada por 96% do Senado e 85% da Câmara, e a delicada previsão do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e tratamentos de doenças graves contava, segundo pesquisa IBOPE, com o apoio de 95% da população. Apesar dessas credenciais democráticas, o debate sobre a lei apenas ganhou realmente notoriedade com seu julgamento pelo Supremo. A atuação da Corte, de fato, não preencheu *vazios de institucionalização*, mas reverenciou o bom trabalho prévio do Legislativo. Porém, o sentimento que ficou é algo diverso. Esse caso mostrou, segundo penso, que nossa dinâmica social tem creditado ao Supremo um *valor de legitimação* dos atos dos outros poderes, máxime do Legislativo, no exato sentido defendido por Charles Black Jr. em obra clássica sobre a Suprema Corte norte-americana: as decisões da Corte teriam a função de prover um “alto sentimento público de que o governo obedeceu à Constituição” (BLACK JR., Charles L. *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*. New York: Macmillan, 1960, p. 86)

²⁰ STF – Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJ 14/10/2011.

to.²¹

O caráter marcadamente moral e altamente polêmico dessas questões, impensáveis para a Corte de outrora e a sociedade de outrora, mostra que o Supremo vem desempenhando o papel descrito por Aharon Barak de encurtar a distância entre os valores da Constituição e as grandes transformações sociais em torno dos direitos fundamentais. Diante do vácuo de consenso parlamentar sobre essas questões,²² é o Supremo que tem permitido o avanço de conteúdo dos valores constitucionais como reflexo das mudanças dos conceitos e crenças básicas da sociedade.²³ Para Barak, “o direito de uma sociedade é um organismo vivo” e o papel do juiz é “entender o propósito” desse “direito” e ajudá-lo a alcançar esse propósito.²⁴ Para tanto, a Corte tem expandido o conteúdo dos princípios constitucionais e fortalecido os direitos fundamentais, “encontrando-os”, inclusive, nas “entrelinhas do Texto Constitucional”, naquela que Laurence Tribe chamou de “Constituição Invisível”.²⁵

O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às *ações estatais regulatória, investigatória e coercitivo-penal*.²⁶ Pautada principal-

²¹ STF – Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012.

²² REIS, Jane. Retrospectiva 2008: Direito Constitucional, *Revista de Direito do Estado* Vol. 13, 2009, p. 16

²³ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012.p. 65.

²⁴ BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 3.

²⁵ TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

²⁶ Dentre outros casos: “Lei de Imprensa” (ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, DJ 06/11/2009); “proibição de humor e sátiras em face de candidatos políticos” (ADI-MC 4.451/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j.

mente na proteção do mínimo existencial, a Corte vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e do Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a “proteção insuficiente” no âmbito de suas políticas públicas sociais.²⁷

Ademais, o Supremo também tem intervindo na estrutura administrativa dos outros poderes nos diferentes níveis federativos. A mais destacada e festejada de todas essas decisões é a que impôs, sem intermediação de lei, que os Poderes Executivo

02/09/2010, DJ 01/07/2011); “dispensa de diploma de jornalista” (RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJ 13/11/2009); “execução provisória de pena restritiva de liberdade” (HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, DJ 26/02/2009); “proibição de progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos” (HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006).

²⁷O Supremo confirmou decisões de instâncias inferiores que obrigaram municípios “a disponibilizar vagas em ensino fundamental e educação infantil para as crianças carentes” (RE 595.595, Rel. Min. Eros Grau, j. 28/04/2009, DJ 29/05/2009) em escolas e creches (Ag.Rg. no AI 592.075/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/05/2009, DJ 05/06/2009; STF – 2ª T., Ag.Rg. no RE 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/18/2011, DJ 15/09/2011), bem como a prover professores diante de situações reais de carência de material humano (STA 241/RJ, Rel. Gilmar Mendes, j. 16/10/2008). No campo da saúde, a Corte afirma que todo cidadão carente tem o direito subjetivo à obtenção gratuita de medicamentos de que realmente necessita e que o Estado tem o dever de fornecê-los (RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000, DJ 31/03/2000; Ag.Rg. no RE 273.042/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28/08/2001, DJ 21/09/2001; Ag.Rg. no RE 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007; Ag. Rg. no RE 534.908/PE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11/12/2007, DJ 22/02/2008), com destaque para as decisões que determinaram a distribuição gratuita de medicamentos para o tratamento do HIV (RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29/06/1999; Ag. Rg. no AI 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/11/1999, DJ 18/02/2000; Ag. Rg. no RE 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000).

e Legislativo, no âmbito da administração direta e indireta, tanto da União como dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abstivessem-se da prática de nepotismo.²⁸ Em outra decisão de grande repercussão política, o Supremo julgou inconstitucional a criação de novos municípios até que fosse editada a lei complementar exigida pelo § 4º do art. 18 da Constituição. A Corte modulou no tempo os efeitos dessa decisão para dar ao Congresso o prazo de 180 meses para legislar.²⁹ Foram ainda julgados inconstitucionais, com grande potencial de repercussão macroeconômica sobre a Federação, os atuais critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, estabelecidos na LC 62/1989, por estarem desatualizados em face do contexto socioeconômico contemporâneo e, por isso, não servirem para a promoção do equilíbrio federativo.³⁰ A Corte também modulou no tempo os efeitos da decisão para que o Congresso aprovasse as novas regras de rateio até 31 de dezembro de 2012. Em ambos os casos de modulação temporal das decisões, o Congresso Nacional não “cumpriu” o prazo.

Ainda no campo dos julgados relevantes e de fortes efeitos macroeconômicos em nossa estrutura federativa, devem ser citadas as decisões de 01/06/2011, em que o Supremo, reafirmando sua jurisprudência de mais de quinze anos,³¹ julgou um conjunto de quatorze ADIs e declarou a inconstitucionalidade

²⁸ STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/08/2008, DJ 24/10/2008; Súmula Vinculante nº 14, j. 21/08/2008, DJ 29/08/2008. Anteriormente, a Corte havia julgado constitucional a proibição do nepotismo no Judiciário como decorrência direta do princípio da moralidade pública independente de intermediação legislativa: ADC-MC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006.

²⁹ STF – Pleno, 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2007, DJ 06/09/2007; STF – Pleno, ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, 09/05/2007, DJ 17/05/2007.

³⁰ STF – Pleno, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, DJ 30/04/2010.

³¹ Cf. STF – Pleno, ADI – MC 1.247/PE. Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/08/1995, DJ 08/09/1995.

de diversas leis e decretos de seis Estados-membros e do Distrito Federal que concederam benefícios fiscais dentro da chamada “Guerra Fiscal”.³² Sob o aspecto exclusivamente jurídico, essas últimas decisões não apresentaram novidade, porém, o volume julgado e a assertividade dos ministros chamaram a atenção de especialistas e jornalistas, que começaram a destacar o papel que o Supremo poderia cumprir no avanço de uma imprescindível “Reforma Tributária”, que está emperrada no Congresso desde o Governo Itamar Franco (1992-1994). Para eles, seria mais uma reforma estrutural que o Congresso não consegue fazer, mas o Supremo... O mais curioso é que um Telejornal da própria Câmara dos Deputados (!!!) falou, no dia seguinte às decisões, em um “começo de Reforma Tributária [que] parec[ia] surgir pelas mãos do Supremo Tribunal Federal”.³³ O Telejornal da própria Câmara dos Deputados?!? É prestígio político demais.

Por último, mas não por fim, é de se destacar ainda a impressionante repercussão midiática e popular de alguns casos julgados. Alguns julgamentos são verdadeiros “campeões de audiência”, sempre matérias de primeira página dos jornais e destaques de telejornais. Foi assim com a Lei da Anistia,³⁴ com o caso “Raposa Serra do Sol”³⁵ e, particularmente, com o “caso Battisti”, um pedido de extradição de italiano condenado por

³² Sobre a lista dessas ações, cf. Informativo STF nº 629, de 30 de maio a 03 de junho de 2011.

³³ <http://www2.camara.gov.br/tv/materias/CAMARA-HOJE/198106-REFORMA-TRIBUTARIA-E-ASSUNTO-DE-COMISSAO-E-DO-STF.html>

³⁴ STF – Pleno, ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, DJ 06/08/2010.

³⁵ STF – Pleno, PET 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19/03/2009, DJ 01/07/2010. Para Cláudio P. de Souza Neto e Daniel Sarmiento, *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 403, em razão dos condicionamentos impostos pela decisão às futuras demarcações, que teriam limitado “gravemente os direitos fundamentais dessa minoria étnica”, esse caso constitui “hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável”.

crimes de homicídio em seu país. A Corte ignorou o ato político de refúgio concedido a Battisti pelo Ministro da Justiça e decidiu deferir o pedido da extradição.³⁶ Não obstante, ela reconheceu que caberia, ao Presidente da República, a palavra final sobre a efetiva extradição. Como se sabe, o ex-Presidente Lula não entregou Battisti ao governo italiano. Outro julgamento de enorme repercussão jornalística foi sobre a competência concorrente (originária) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para investigar magistrados. Por maioria apertada de um voto apenas, o Supremo decidiu pela competência originária do CNJ,³⁷ mas não sem antes mobilizar a atenção de experts e leigos em torno do que o Supremo deveria decidir.

O já citado “caso Mensalão” é, sem dúvida, o mais espetacular de todos quando o assunto é a atenção midiática atraída pela Corte. O “Julgamento do Século”, apesar de todas as suas particularidades que o tornam difícil ser considerado parâmetro para certas afirmações de ordem normativa ou mesmo descritiva, foi suficiente para se perceber a alta relevância institucional e política ora alcançada pelo Supremo Tribunal Federal. Sem embargo, é o Supremo a instituição que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem mais gradativa e destacadamente ampliado sua participação na vida pública brasileira, ganhado mais visibilidade e importância política e social e se transformado em um ator central do nosso sistema de governo. Não há mais como pensar hoje em nossa dinâmica política sem atenção especial às interpretações feitas pelo Supremo Tribunal Federal. Não se pode mais negar a vigência da *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

Mas por quê essa expansão extraordinária do espaço institucional do Supremo? Quais são as variáveis explicativas –

³⁶ STF – Pleno, Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16/12/2009, DJ 16/04/2010.

³⁷ STF – Pleno, ADI 4.638/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012.

fatores,³⁸ *fontes*,³⁹ *impulsos*,⁴⁰ *condições facilitadoras*⁴¹ – desse protagonismo? Com efeito, lição das mais importantes é a que diz sobre a diversidade dos fatores explicativos do ativismo judicial. Diferentes condições e variáveis, contextuais e dinâmicas, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural favorecem, restringem, enfim, moldam o ativismo judicial em diferentes realidades históricas e devem, dessa forma, compor sua equação explicativa ao lado de variáveis normativas como “democracia” e “constitucionalismo”.

O mais relevante caso norte-americano, por exemplo, mostra o quanto a vontade política é determinante para a intensidade e a direção ideológica do ativismo judicial. Presidentes e seus partidos, utilizando o meio legítimo de nomear juízes com orientações ideológicas similares às suas, buscaram sempre governar tendo a Suprema Corte como uma espécie de “aliada política”, que concordaria com seus programas políticos e, principalmente, que reformaria as decisões de “cortes anteriores” dotadas de “cores ideológicas” distintas. Dessa forma, muita da expansão de poder da Suprema Corte norte-americana – como nos casos das Corte Lochner, da Corte Warren e contemporaneamente da Corte Roberts – teve sua origem em fatores políticos estratégicos.⁴²

³⁸ HOQUE, Ridwanul. *Judicial Activism in Bangladesh: A Golden Mean Approach*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2011, p. 206 et seq.

³⁹ BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal* Vol. 8 (1), 1983, p. 243.

⁴⁰ KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review* Vol. 42 (2), 2011, p. 472.

⁴¹ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: _____; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 2005, p. 28.

⁴² CARTER, John Denton. *The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism*. Gretna: Pelican Publishing Company, 1973; TRIBE, Laurence H. *God Save This Honorable Court. How the Choice of*

Os casos alemão,⁴³ colombiano,⁴⁴ canadense,⁴⁵ sul-

Supreme Court Justices Shapes Our History. New York: Random House, 1985; HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (Ed.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Company, 1982; BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990; LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999; KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* Vol. 58 (5), 2009, p. 1201-120; LEVIN, Mark. *Men in Black. How the Supreme Court is destroying America*. Washington: Regnery, 2005; GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science* Vol. 8, 2005, p. 425-426; SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005; WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007; TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 93 et seq.

⁴³ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. *El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos*. Navarra: Civitas, 2010; BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Dordrecht: Springer, 2010

⁴⁴ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GAR-GARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Londres: Frank Cass, 2004; CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review* Vol. 3, 2004, p. 535 et seq.; RODRÍGUEZ, César A.; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio; YEPES, Rodrigo Uprimny. Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts. In: FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*. Standford: Standford University Press, 2003, p. 157 et seq.

⁴⁵ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

africano⁴⁶ e dos países do Leste-europeu⁴⁷ revelam a importância de cartas de direitos entrincheirados para a ascensão política de suas cortes, sendo que os casos alemão, sul-africano e do Leste-europeu destacam ainda a grande relevância, para o ativismo judicial, das transformações jurídico-culturais, destacadamente a renovada cultura de direitos fundamentais como ruptura aos seus passados autoritários. A Costa Rica apresenta o quanto novos desenhos institucionais sobre o acesso à jurisdição e os poderes decisórios das cortes são determinantes para a ascensão do ativismo judicial.⁴⁸ Esses fatores não são exclusivos do ativismo judicial. Por tudo isso, pode-se dizer que o ativismo judicial responde a uma pluralidade de fatores, nunca a um fator único.

O cientista político Kurt Weyland fez um estudo sobre os *fatores que explicam* a crescente estabilidade democrática no Brasil desde a superação do regime militar. Ele concluiu pela necessidade de uma “*explicação multifacetada*”. Para Wey-

⁴⁶ GLOPPEN, Siri; *et al.* (ed.) *Courts and Power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave Macmillan, 2010; GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.

⁴⁷ SCHWARTZ, Herman. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: The University of Chicago Press, 2000; SARDURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008; SÓLYOM, László; BRUNNER, Georg (Ed.). *Constitutional Judiciary in a New Democracy. The Hungarian Constitutional Court*. Ann Arbor: The University of Michigan, 2000

⁴⁸ WILSON, Bruce M. Claiming individual rights through a constitutional court: The example of gays in Costa Rica. *International Journal of Constitutional Law* Vol. 5 (2), p. 242 et seq.; WILSON, Bruce M. Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 58 et seq.

land, apenas argumentos fundados em *diferentes espécies de fatores* podem ser “teoreticamente convincentes e metodologicamente úteis para explicar as ‘múltiplas causas conjunturais’ que prevalecem no mundo político.”⁴⁹ Ainda que isso possa parecer paradoxal, estou certo que a conclusão deva ser a mesma para o tema deste texto: assim como nossa estabilidade democrática, o contemporâneo avanço do ativismo judicial do Supremo pode ser compreendido apenas por meio de uma “explicação multifacetada”.

As diferentes trajetórias político-institucionais do Supremo *antes e depois* da Constituição de 1988 revelam, inequivocamente, situações absolutamente opostas. Como será resumidamente exposto adiante, antes do marco constitucional de 1988, tivemos um Supremo de baixo poder decisório, que foi humilhado pelos ataques políticos de Executivos hipertrofiados e de Presidentes autoritários. As forças políticas, então dominantes, sempre por meios ilegítimos – descumprimento de decisões, aposentadorias compulsórias de ministros e atos normativos arbitrários de *Court Packing* – constrangeram a independência do Supremo e fizeram dele um órgão subserviente. Contudo, hoje a situação é muito diferente – nos dias atuais, as decisões do Supremo não são apenas amplamente respeitadas, mas a instituição é determinante para a dinâmica política nacional. O que mudou? Por quê mudou? Não há *uma* resposta – um conjunto de fatores *institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais* explicam essa transformação. Esses fatores serão tratados nos tópicos seguintes por meio de uma abordagem com

⁴⁹ WEYLAND, Kurt. The Growing Sustainability of Brazil’s Low-Quality Democracy. In: HAGOPIAN, Frances; MAINWARING, Scott P. (Ed.) *The Third Wave of Democratization in Latin America. Advances and Setbacks*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 120: segundo o autor, a estabilidade democrática brasileira é favorecida pelos recentes desenvolvimentos de nossa estrutura social; pelas mudanças político-institucionais; pela crescente apreciação da democracia pelas elites e em razão de convergências políticas entre essas elites e a massa popular.

pretensão de sistematizante.

II. FATORES INSTITUCIONAIS

O primeiro *conjunto de fatores* que explica o avanço do ativismo judicial do Supremo é *de ordem institucional* e são todos vinculados ao Texto Constitucional de 1988. Com efeito, o ativismo judicial é um fenômeno inegavelmente vinculado à promulgação da Constituição de 1988, seja pela constitucionalização abrangente e compromissória que ela promoveu, seja pela nova e extraordinária configuração da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal que ela estabeleceu.

1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988: CONSTITUCIONALIZAÇÃO ABRANGENTE E COMPROMISSÓRIA

A Constituição de 1988 é o marco histórico das profundas transformações do nosso direito constitucional contemporâneo. Ela é a principal responsável pelo “renascimento do direito constitucional” no Brasil, “capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” e tem ainda “propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.”⁵⁰ As duas grandes marcas dessa Carta são, sem dúvida, seu amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, dotados de força axiológica e normativa, e a expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo. A Constituição de 1988 mudou extraordinariamente não só o direito constitucional brasileiro, mas também as rela-

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63-64.

ções entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal.

A nova Constituição criou um modelo político que está longe de ser puramente majoritário. Além de ter estabelecido um regime político marcadamente democrático, o Texto Constitucional é profundamente comprometido com os direitos fundamentais, tendo disposto de um amplo catálogo de direitos da liberdade, da igualdade e de direitos sociais, e ainda prestigiado a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais. Ademais, trata-se “de uma Constituição longa e analítica, não apenas por incorporar ao seu texto um amplo elenco de matérias, como também por descer, em muitas delas, a um grau de detalhamento incomum em sede constitucional”. Nesse sentido, a prolixidade e o detalhismo da Carta foram frutos da ânsia dos diversos e ideologicamente separados grupos sociais que se fizeram representar na Assembleia Constituinte e que pressionaram pelo reconhecimento claro e expresso de seus direitos e interesses.⁵¹ Assim, a Constituição de 1988 acabou sendo marcada pela profundidade de seus princípios e pela extensão de suas regras.

Essas notas estruturais revelam dois traços essenciais da Constituição: ela promoveu uma *constitucionalização abrangente e compromissória*,⁵² o que significa dizer que ela impôs rígidos limites materiais às decisões das maiorias de cada tempo, regulando um espaço importante da vida política e social brasileira, seja por meio de seu amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados principalmente por meio de enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios),⁵³ seja por

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 170-171.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 103.

⁵³ PROVINCE, Doris Marie. Judicial Activism and American Democracy. In: HALL, Kermit L.; McGUIRE, Kevin T. *The Judicial Branch*. New York:

meio da grande extensão de suas regras, que excluem as matérias da política ordinária e requerem a edição constante de emendas constitucionais para sua modificação. Constitucionalização abrangente significa que muitas questões da vida política e social brasileira têm fundamento na ordem constitucional; devem ser solucionadas a partir da interpretação e aplicação da Constituição. De sua vez, constitucionalização compromissória quer dizer que a Carta não incorporou uma única ou uma filosofia política, moral ou social manifestamente superior que as demais, mas antes, que ela abriga direitos e interesses mesmo conflitantes, que precisam ser concretamente harmonizados.

No entanto, com essa estrutura e notas essenciais, a nova Carta acabou criando um quadro muito generoso de oportunidades para a litigância constitucional, no nível do Supremo, de temas com conteúdo e relevância sortidos (*tribunalização da vida*) e cujas soluções requerem respostas interpretativas criativas. Significa dizer: a ordem constitucional pós-1988 criou *condições institucionais* que têm permitido importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – serem questionadas e decididas criativamente pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁴ Com essas *fórmulas explosivas de litigância constitucional*, bastaria então que a Constituição aparelhasse o Supremo com novos instrumentos e poderes decisórios e, principalmente, ampliasse o acesso à sua jurisdição constitucional, para que o fenômeno da judicialização da política e as oportunidades para o ativismo judicial viessem a ocorrer. Como esse *empowment* da Corte realmente ocorreu, aos poucos, máxime

Oxford University Press, 2005, p. 317: “Tratar a prática de os juízes tomarem decisões políticas como algo que pudesse parar se eles respeitassem os limites adequados de sua autoridade tende a dirigir a atenção à personalidade e à ética judiciais, e excluí-la das ambiguidades da lei e de sua (às vezes intencional) vagueza.”

⁵⁴ Cf. por todos: VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

por meio de ADIs e, mais recentemente, por meio de ADPFs, a presença decisória quantitativa e qualitativamente marcante do Supremo se tornou uma realidade da rotina democrática brasileira.⁵⁵

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-1988

A Constituição de 1988, além das transformações materiais acima apontadas, reforçou o papel institucional do Judiciário em geral. Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública, etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário um ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos.⁵⁶ No entanto, essas transformações institucionais foram ainda mais salientes em se

⁵⁵ TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University, 2008, p. 158: “o impacto de cortes sobre as políticas públicas está diretamente ligado à estrutura institucional do judiciário.” No mesmo sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 96; KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (ed.) *Courts in Latin America*. Op. cit., p. 154-155; RÍOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. Institutional Determinants of the Judicialisation of the Policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin American Studies* Vol. 38 (4), 2006, p. 739-766.

⁵⁶ Cf. ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2007, p. 81-115.

tratando do Supremo Tribunal Federal, principalmente se comparado às diferentes disciplinas constitucionais anteriores a respeito de sua estrutura e poderes decisórios.

Com efeito, os novos *desenhos institucionais*, estabelecidos pelo Texto Constitucional originário de 1988, por emendas constitucionais (principalmente, a EC 45/2004) e por leis ordinárias supervenientes (destacadamente, as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99), fortaleceram a jurisdição, ampliaram o acesso ao e o poder decisório do Supremo Tribunal Federal. O professor Oscar Vilhena Vieira falou em “Supremocracia” para caracterizar esse singular arranjo institucional que vem sendo desenhado desde a Constituição de 1988 em favor do protagonismo do Supremo: um arranjo de “paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo” e de expansão de sua autoridade “em relação às demais instâncias do judiciário” e “em detrimento dos [demais] poderes” de governo.⁵⁷ Trata-se dos fatores institucionais em movimento e na direção do agingantamento do Supremo.

É de se ressaltar que essas transformações não alcançam apenas o controle de constitucionalidade em si, mas a própria dinâmica de interpretação constitucional e de construção da ordem jurídica. Para demonstrar a amplitude dessas transformações e, desse modo, o quanto elas influenciaram a progressão ativista do Supremo, este tópico se ocupa de fazer uma comparação entre os desenhos institucionais pré- e pós-88, demonstrando que a primeira fase foi marcada pela debilidade dos mecanismos decisórios da Corte, ao passo que a fase pós-88 representa uma autêntica e significativa virada institucional do Supremo.

2.1. A DEBILIDADE DOS DESENHOS INSTITUCIONAIS DO SUPREMO PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

⁵⁷ VIERA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do Estado* Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 59/60.

Nossa Constituição do Império (1824-1889), de influência marcadamente francesa, não estabeleceu o controle judicial de constitucionalidade das leis, tampouco o então órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça, “segui[u] o exemplo da Suprema Corte norte-americana, com a introdução do instituto através da interpretação dos textos sobre suas próprias funções.”⁵⁸ Com o advento da República, o pensamento constitucional brasileiro deu uma virada em direção ao constitucionalismo norte-americano, abandonando as premissas da doutrina e do sistema político europeu. O responsável por essa mudança foi Rui Barbosa, cuja influência intelectual resultou no estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade das leis federais e estaduais de estilo estadunidense (*incidental e difuso*), primeiro no Decreto nº 880, de 11 de outubro de 1890 (organizou a Justiça Federal) e depois na Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 (art. 59, III, §1º, *a e b*; art. 60, *a*).

Àquela altura, o Supremo já havia sido criado na República Velha pela Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Dec. 510, art. 58, §1º, *a e b*), mas tendo sido efetivamente instalado, como órgão de cúpula do Judiciário, apenas em 28 de fevereiro de 1891. Foi depois previsto na Constituição Republicana e, dentre outras competências, realizava a revisão definitiva, em grau de recurso, das decisões de Tribunais federais e estaduais sobre a validade das leis ou dos atos dos Governos em face da Constituição. Com esse desenho institucional, o Supremo possuía poderes limitados de controle de constitucionalidade⁵⁹ na medida em que apenas o exercia em sede

⁵⁸ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Público* Vol. 4, São Paulo: RT, 1968, p.36. Sobre o Supremo Tribunal de Justiça do Império, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.) *O Supremo Tribunal de Justiça do Império. 1828-1889*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁹ Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do Controle da Constitucionalidade*.

recursal e suas decisões não tinham eficácia *erga omnes* ou vinculante.

O grande instrumento processual do Supremo, à época, era o *habeas corpus*. A Constituição de 1891 deu *status* constitucional ao *habeas corpus*, prevendo-o em seu art. 72, §22, segundo o qual, o *remédio* deveria ser concedido “sempre que o indivíduo sofre[sse] ou se acha[sse] em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.” Como a Constituição sujeitava o Presidente e Ministros de Estado à jurisdição do Supremo (art. 59, I, *a*), a competência originária da Corte em *habeas corpus* se tornou a mais importante via de oportunidades para seus conflitos com o Poder Executivo e responsável pelos grandes momentos de sua jurisprudência durante a República Velha.⁶⁰

Com o Governo Provisório de Vargas (1930-1934), instituído pelo Dec. 19.398, de 11 de novembro de 1930, chegou ao fim a República Velha e iniciou-se um período em que a Corte seria profundamente atacada em sua estrutura e independência pelo Poder Executivo. Por meio desse mesmo decreto, foram suspensas as garantias constitucionais e excluídas de apreciação judicial os atos praticados pelo Governo Federal, sendo mantido o *habeas corpus* apenas em favor de réus ou acusados em processos de crimes comuns (art. 5º).

De vida curta, a Constituição de 1934 vigorou durante o chamado “Governo Constitucional” (1934-1937), que havia

1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 61, falou em atribuição implícita do controle judicial de constitucionalidade pela Constituição.

⁶⁰ Esses conflitos foram otimizados pelo alargamento da aplicação do *habeas corpus* que a própria Corte promoveu. Por meio da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, o Supremo ampliou o uso da ação para além de sua finalidade histórica de restaurar a liberdade de ir e vir, concedendo-o para os fins mais diversos: a garantia de reunião pacífica; a reintegração de funcionários; a liberdade de imprensa em estado-de-sítio; a liberdade de ensino e aprendizado; até para dar posse a governadores, senadores, deputados, vereadores e juízes.

sucedido o Governo Provisório. A nova Carta, que chamou o Supremo Tribunal Federal de “Corte Suprema”, manteve as competências básicas da Corte estabelecidas na Constituição anterior, inclusive sua competência recursal no sistema de controle difuso de constitucionalidade (art. 76, III, *b* e *c*). Porém, ela promoveu modificações nesse sistema que, por sua relevância e caráter inovador, Celso Barbi comparou-as à própria introdução do controle em 1890 e 1891.⁶¹

A nova Constituição exigiu dos Tribunais Federais e dos Estados que a declaração de inconstitucionalidade fosse feita apenas pela maioria absoluta de seus membros (art. 179);⁶² estabeleceu a competência do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 94, IV), introduzindo a possibilidade de eficácia *erga omnes* das decisões; criou a *representação interventiva*, tida como o “embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil”,⁶³ por meio da qual o Procurador-Geral da República deveria submeter ao Supremo a constitucionalidade de lei federal que decretasse intervenção nos Estados em razão de violação legal aos princípios constitucionais *sensíveis* do art. 7º, I, *a* a *h*; e o art. 113, nº 33 outorgou a todo cidadão a garantia do “mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, aumentando as oportunidades de questionamento da inconstitu-

⁶¹ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. *Revista de Direito Público* Vol. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 37.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.036: evitando assim “contínuas flutuações de entendimento”.

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. Op. cit., p. 76.

cionalidade de leis e demais atos normativos.⁶⁴

Com o golpe de estado de 1937, foi outorgada uma nova constituição, que vigorou durante todo o “Estado Novo” de Getúlio Vargas (1937-1945). A Carta de 1937, além de oferecer um parâmetro normativo autoritário para o controle de constitucionalidade, é considerada “um grave retrocesso” na disciplina desse controle.⁶⁵ Apesar da manutenção das competências básicas do Supremo (art. 101), inclusive do controle difuso de constitucionalidade em sede recursal (art. 101, III, *b e c*), a *Carta Polaca* sujeitou suas decisões de inconstitucionalidade a uma valoração posterior do Presidente da República que, se entendesse a lei declarada inconstitucional “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia “submetê-la novamente ao exame do Parlamento” e, se este confirmasse a lei “por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal” (art. 96, § único).⁶⁶ A Carta de 1937 ainda retirou

⁶⁴ Como disse Barbi, com a previsão do mandado de segurança, “multiplicaram-se grandemente as demandas fundadas em inconstitucionalidade de leis, [e] firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais.” (BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. Revista de Direito Público* Vol. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 38). Até os dias de hoje, questionamentos relevantes de inconstitucionalidade chegam ao Supremo via *mandamus*.

⁶⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Op. cit., p. 62.

⁶⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. Op. cit., p. 77: com esse dispositivo, a Constituição “retir[ou] do Supremo Tribunal Federal o poder de dizer a última palavra sobre a validade de uma norma.” Houve os que aplaudiram essa medida em função da restrição sobre a “supremacia judicial”. Alfredo Buzaid referiu-se a ela como tendo “a virtude de devolver ao Parlamento a competência para apreciar a conveniência de manter a lei declarada inconstitucional”, garantindo assim o “equilíbrio dos poderes” à medida que afastava a “supremacia do judiciário”. (BUZOID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 32). Lúcio Bittencourt falou em pretensão da Constituição em “atenuar os inconvenien-

o *status* constitucional do mandado de segurança, não repetiu a representação interventiva nem a competência do Senado para suspender a eficácia das leis declaradas inconstitucionais.

Com a destituição de Vargas e o fim do Estado Novo, a democracia foi reinstalada no país, sendo promulgada a Constituição de 1946. A nova Carta restabeleceu o modelo difuso de controle na forma da Constituição de 1934: competência recursal e definitiva do Supremo (art. 101, III, *b* e *c*) e a possibilidade de o Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional (art. 64). A Constituição ainda deixou estreme de dúvida a competência originária do Supremo para julgar *habeas corpus* em face de autoridades cujos atos estivessem sujeitos à sua jurisdição (art. 101, I, *h*); mandado de segurança, que ora recuperara seu *status* de garantia constitucional, contra atos do Presidente da República, da Mesa da Câmara e do Senado; além de ter renovado e fortalecido a representação interventiva.

No Governo Militar, a Constituição de 1946 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 16 (26/11/1965), cujo art. 2º deu nova redação à alínea *k*, do inciso I, do art. 101, que passou a dispor que compete originariamente ao Supremo processar e julgar “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo

tes da supremacia do Judiciário” (BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Op. cit., p. 30). Aos olhos do constitucionalismo contemporâneo, essa controversa previsão constitucional poderia ser até bem recebida como um mecanismo democrático de *diálogo institucional* em torno da constitucionalidade das leis, à semelhança da *notwithstanding clause* canadense. Contudo, o fato de seu estabelecimento e exercício se darem em um contexto ditatorial, em uma Constituição que concentrou demasiado poder nas mãos do Executivo e afirmou que o Presidente da República era a “autoridade suprema do Estado” (art. 73), impede essa qualificação. Prova disso é que, como o Legislativo permaneceu fechado durante todo o Estado Novo, Getúlio Vargas, ele mesmo, editou decretos-leis restabelecendo leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo. O problema não era então tanto do conteúdo da medida, mas de suas circunstâncias.

Procurador-Geral da República.” Com essa emenda, foi criada, enfim, a nossa arguição de inconstitucionalidade, via ação direta, de lei federal e estadual em hipótese de violação à Constituição. Contudo, não se pode dizer que essa emenda constitucional promoveu um aumento significativo do espaço de participação do Supremo nos processos político-decisórios e isso porque a mudança não resolveu dois fatores decisivos de fraqueza institucional do Supremo Tribunal Federal: *(i)* a falta de eficácia vinculante de suas decisões de inconstitucionalidade; e *(ii)* o acesso restrito à sua jurisdição constitucional concentrada, estabelecido exclusivamente em favor do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, publicada durante o Governo Militar, não promoveu importantes alterações no sistema misto de controle de constitucionalidade que emergiu depois da EC nº 16/65. O controle difuso foi mantido, com o Supremo decidindo em definitivo em sede de recurso extraordinário, agora sujeito à Arguição de Relevância (art. 119, III, *a* e *d* c/c §1º da Constituição de 1967/1969); foram preservadas as competências originárias da Corte para julgar *habeas corpus* (art. 119, I, *h*) e mandados de segurança (art. 119, I, *i*); a representação interventiva foi, inclusive, ampliada para alcançar casos de não execução de lei federal (art. 10, VI e VII); o controle direto e abstrato foi preservado ainda sem eficácia vinculante das decisões, cabendo ao Senado promover a suspensão das leis e atos normativos declarados inconstitucionais (art. 42, VII) e com o monopólio do Procurador-Geral da República para sua deflagração.⁶⁷ Foi ainda criada, pela Emenda Constitucional 7/77, a

⁶⁷ O Procurador-Geral da República, em recusar a propor algumas representações de inconstitucionalidade requeridas, afirmou sua ampla margem de discricionariedade na avaliação da pertinência dos pedidos de propositura das ações, o que foi julgado adequado pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF – Pleno, Rcl. 849/DF, Rel. Min. Adalício Nogueira, DJ 13/12/1971).

Representação Interpretativa, que também podia ser requerida apenas pelo Procurador-Geral e tinha o fim de fixação, diretamente pelo Supremo, da interpretação uniforme da lei ou de ato normativo federal ou estadual.⁶⁸

A avaliação de todo esse esforço histórico não pode resultar a afirmação de um Supremo Tribunal Federal institucionalmente forte e independente. Até a EC 16/65, nosso sistema de controle de constitucionalidade foi essencialmente difuso e incidental, com decisões sem eficácia geral e vinculante e cuja abrangência dependeu, a todo tempo, da disposição de outras instituições. A principal medida para a Corte defender os direitos e as liberdades individuais e interferir nas decisões dos outros poderes, máxime do Executivo, acabou sendo o *habeas corpus*. Essa situação mudou pouco com o estabelecimento do controle concentrado e abstrato, haja vista ter sido instituído com acesso limitadíssimo, restrito a um Procurador-Geral da República que não gozava de independência em relação ao Poder Executivo, acumulando as funções de Advogado-Geral da União, sendo nomeado e destituído em qualquer tempo pelo Presidente da República. Foi com essa fraqueza decisória, que o Supremo encarou os nossos piores momentos de crise político-institucional.

2.2. A VIRADA INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Toda a debilidade dos poderes e instrumentos decisórios do Supremo, apontada logo acima, tornou-se página virada com a Constituição de 1988 e a legislação superveniente. Como dito anteriormente, a Carta de 1988 mudou profundamente

⁶⁸ Sobre como ficou o sistema depois da EC 7/77, cf. LEAL, Victor Nunes. Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público* Vol. 53/54, São Paulo: RT, 1980, p. 25-37.

não apenas o direito constitucional brasileiro contemporâneo, mas também o papel do Supremo Tribunal Federal. A Constituição outorgou à Corte um número impressionante de competências e instrumentos decisórios, dando início a um amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição. A nova Carta promoveu transformações profundas no modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade, ampliando significativamente sua estrutura, as ações pertinentes e, em especial, o elenco de atores que podem deflagrar seus processos. O constituinte de 1988 deu então uma “cara” totalmente nova ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal foi declarado expressamente o guardião da Constituição (art. 102, *caput*) e dotado de um amplo catálogo de competências originárias: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI) (art. 102, I, *a*), inclusive com pedido liminar (art. 102, I, *p*); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 102, §2º); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, § único);⁶⁹ a atribuição de *status* de ação constitucional à reclamação para a preservação da competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, *l*); o mandado de injunção em face de omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); *habeas corpus* (art. 102, I, *i*), mandados de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, *d*). O controle difuso em sede recursal foi mantido (art. 102, III, *a, b e c*).

Além da ampliação dos poderes decisórios de controle de constitucionalidade, a mais marcante modificação foi a extra-

⁶⁹ A previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi deslocada para o §1º do art. 102 com o advento da EC 03/93.

ordinária ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de ADI.⁷⁰ Na ordem constitucional anterior, como demonstrado, prevalecia o monopólio pelo Procurador-Geral da República, mas a Constituição de 1988 rompeu com essa restrição e promoveu a “*desmonopolização* da iniciativa para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade”:⁷¹ o rol de legitimados de seu art. 103 oportunizou uma revolução do papel que o Supremo passaria a cumprir nos processos decisórios cruciais – o Presidente da República (inc. I); a Mesa do Senado Federal (inc. II); a Mesa da Câmara dos Deputados (inc. III); a Mesa das Assembleias Legislativas (inc. IV); o Governador de Estado (inciso V);⁷² o Procurador-Geral da República (inciso VI); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII); os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (inciso IX) foram todos legitimados para a propositura de ADI.

⁷⁰ Para Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988 – 1998: Uma década de Constituição*. Op. cit., p. 59, “o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação [pela Constituição de 1988] da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade.” Segundo Gilmar Mendes, com essas modificações, a Constituição operou um processo conjunto de redução do controle difuso e ampliação do controle concentrado, “uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Evolução do Direito Constitucional brasileiro e a constitucionalidade da lei*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, nº 126, 1995, p. 157).

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155.

⁷² Seguindo jurisprudência do próprio Supremo (STF – Pleno, ADI (MC) nº 645/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 21/02/1992), foi incluído expressamente, pela EC 45/2004, a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal, respectivamente nos incisos IV e V do art. 103.

Deve ser destacada ainda a reconfiguração do papel institucional do Procurador-Geral da República que, com a Constituição de 1988, adquiriu independência funcional em relação ao Presidente da República. Antes, o Procurador era nomeado e exonerado *ad nutum* pelo Presidente, além de acumular a função de defesa judicial da União Federal. Com essas características, sua função de controle sobre o Executivo federal era quase nula, o que refletiu negativamente sobre a utilidade do controle abstrato e concentrado e sobre o próprio desempenho do Supremo na ordem constitucional anterior, haja vista o monopólio do Procurador para a deflagração desse controle. Com a nova Constituição (art. 128, §2º), o Procurador-Geral não mais pode ser destituído *ad nutum* pelo Presidente, mas apenas se autorizado por maioria absoluta do Senado Federal, e isso tem feito toda a diferença. Sua atuação no “caso Mensalão”, acusando assertivamente membros do Partido do Governo, é prova definitiva desse salto de qualidade em sua independência. Com esse maior insulamento político, a atuação do Procurador-Geral representa hoje o percentual de 20,1% do total de 4.739 ADIs propostas – é o terceiro legitimado em volume de ações propostas.⁷³

O processo de fortalecimento institucional do Supremo não se esgotou com a disciplina do constituinte originário, mas teve forte continuidade com as ações do constituinte derivado em duas oportunidades distintas, a Emenda Constitucional nº 03/93 e a Emenda Constitucional nº 45/2004. Com a EC 03/93, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo apenas ao Presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para sua propositura. Diferente do que acontecia com a ADI, foi previsto expressamente a eficácia

⁷³ Os dados são atualizados até 30 de junho de 2012 e constam do site do STF.

vinculante das decisões em ADC.⁷⁴ Desde então, a ADC trouxe consigo a ampliação do poder interpretativo e decisório do Supremo em face, principalmente, das outras instâncias judiciais.

Mesmo antes da citada EC 45/2004, houve medidas do próprio legislador ordinário que expandiram os poderes decisórios da Corte. Os exames das Leis nºs 9.868, de 10/11/1999, e 9.882, de 03/12/1999, que disciplinam, respectivamente, as ADI e ADC e a ADPF, revelam um dimensionamento de poderes de decisão além do estabelecido na própria Constituição de 1988 e até de poderes que a Corte havia recusado anteriormente para si. Significa dizer: o Supremo encontrou na legislação ordinária um extraordinário fator de expansão de sua jurisdição constitucional.

No art. 11, §1º, da Lei 9.868/99, foi atribuída eficácia *erga omnes* à medida cautelar concedida em ADI, enquanto o art. 28, § único, previu a eficácia *erga omnes* e também vinculante das decisões de mérito não apenas em ADC, como na época constava na Constituição (art. 102, §2º), mas também das decisões em ADI, inclusive da interpretação conforme a constituição e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto.⁷⁵

⁷⁴ A medida teve sua constitucionalidade questionada, tendo o Supremo, por ocasião da Questão de Ordem na ADC 1, relatada pelo ex-ministro Moreira Alves, confirmado sua legitimidade: STF – Pleno, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995.

⁷⁵ A Corte havia anteriormente negado efeito vinculante às suas decisões: nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, ela não admitia que suas decisões de mérito proferidas em ADI tivessem efeito vinculante, mas tão-somente *erga omnes* (STF – Pleno, Rcl. 397/RJ - QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/05/1993; STF – Pleno, Rcl. 385/MA - QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/06/1993; STF – Pleno, ADI – MC 864/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17/09/1993); depois da EC 03/93, admitia apenas excepcionalmente a extensão da eficácia vinculante das decisões em ADC às decisões em ADI (STF – Pleno, ADI-QO 1.244, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 28/05/1999), recusando a tese do caráter dúplice comum dessas ações (Rejeitando a tese, cf. fundamentalmente: STF – Pleno, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, pp. 18/20; suscitando a tese na Corte,

Rompendo com a tradição de declarar nula a lei inconstitucional, o art. 27, ainda da Lei 9.868/99, previu a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões de mérito em ADC e ADI, o que passou a ser amplamente utilizado, inclusive em sede de controle difuso.⁷⁶ Trata-se da atribuição de um poder político-normativo substancial na medida em que permite ao Supremo calibrar, a partir dos conceitos indeterminados de “segurança jurídica” e “interesse social”, a aplicação de “leis inconstitucionais”.⁷⁷

A Lei 9.982/99, por sua vez, disciplinou a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e o fez amplinado ainda mais o poder decisório da Corte. O art. 1º,

cf. fundamentalmente o voto do ex-ministro Sepúlveda Pertence: STF – Pleno, ADI-QO 1.244/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 28/05/1999 [j. 28/08/1997]. Foi inclusive arguida na Corte, por seus membros, a inconstitucionalidade desse art. 28, § único, o que foi rejeitado pela maioria, todavia com três votos defendendo que apenas uma reforma constitucional poderia atribuir o efeito vinculante às decisões em ADI (STF – Pleno, Rcl-QO 1.880, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004. A inconstitucionalidade foi arguida por Moreira Alves, que contou com o apoio dos ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio Mello).

⁷⁶ Cf., dentre muitos outros julgados, STF – Pleno, ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/08/2007; STF – Pleno, RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/11/2008.

⁷⁷ É de se registrar ainda que a Lei 9.868/99 tornou o processo constitucional abstrato mais democrático, dando argumentos de legitimidade democrática à jurisdição constitucional do Supremo: o art. 7º, §2º prevê a possibilidade de participação do chamado *amicus curiae*, grupos sociais e *experts* que podem participar dos julgados não como partes, mas como intérpretes colaboradores, desde que sua representatividade justifique a intervenção. O art. 9º, §1º prevê a possibilidade de audiências públicas sobre as matérias a serem julgadas. Como destaca Binembojm, essas regras promoveram “uma maior abertura no processo de interpretação constitucional, ao admitir expressamente a manifestação de outros órgãos ou entidades, além das partes formais, no processo de controle abstrato”. (BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Op. cit., p. 155).

§ único, I previu a possibilidade de o Supremo julgar de forma originária a lesão ou evitar a lesão a preceito fundamental por ato normativo ou por lei federal, estadual ou municipal, *mesmo se anteriores à Constituição de 1988*, ou seja, o legislador ordinário outorgou à Corte o que ela havia negado a si: o controle concentrado da constitucionalidade da legislação pré-constitucional. O Supremo, antes e depois da vigência da Constituição de 1988, não admitia exercer controle concentrado de normas pré-constitucionais, mas apenas difuso e incidental.⁷⁸ O art. 2º, I conferiu à ADPF a mesma legitimidade processual ativa da ADI e, no que tange aos efeitos das decisões, a lei estabeleceu sua eficácia *erga omnes* e vinculante (art. 10, §3º) e possibilitou sua modulação temporal. Sendo assim, o legislador conferiu amplas possibilidades de legitimidade para a propositura da ADPF e máxima eficácia às decisões.

Finalmente, a EC 45/04, dando sequência aos processos políticos formais de *empowerment* do Supremo Tribunal Federal, promoveu uma reforma constitucional geral no Poder Judiciário e, em particular, no controle judicial de constitucionalidade. A emenda constitucional ampliou o rol de legitimados para a propositura de ADC (art. 103, *caput*), estendendo-a a todos os atores sociais e políticos legitimados para propositura de ADI; ela constitucionalizou a eficácia vinculante das decisões em ADI (102, §2º), espancando quaisquer dúvidas porventura existentes sobre o tema. Todavia, os pontos mais impor-

⁷⁸ Antes da CF/88: STF – Pleno, RP 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05/11/1979; na vigência da CF/88: STF – Pleno, ADI 74/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/09/1992. Com essa previsão da Lei 9.982/99, o Supremo passou a enfrentar originalmente questionamentos dos mais relevantes e verdadeiramente cruciais, como a constitucionalidade da lei de anistia (STF – Pleno, ADPF 153/DF. Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/08/2010), da lei de imprensa (STF – Pleno, ADPF 130/DF. Rel. Min. Carlos Britto, DJ 06/11/2009) e as hipóteses de criminalização do aborto, estabelecidas no Código Penal (STF – Pleno, ADPF 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11-12/04/2012).

tantes foram a criação da “súmula vinculante” (art. 103-A) e a previsão do instituto da “repercussão geral” como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário (102, §3º).

Com o art. 103-A, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, pode 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”. Não pode haver dúvida tratar-se de um exercício explícito de criação judicial do direito, ou seja, de edição de normas gerais e abstratas, dotadas de plena eficácia vinculante, salvo em relação ao Legislativo e ao próprio Supremo que poderá “proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” Trata-se, a toda prova, da atribuição de significativo poder político-normativo ao Supremo para ditar normas de natureza escancaradamente legiferante, que vincula o Estado-administração, as demais instâncias judiciais e a própria sociedade.

Outra novidade foi a da “Repercussão Geral” como requisito autônomo de admissibilidade do recurso extraordinário, incluído no §3º, do art. 102 da Constituição. Dizer que uma matéria possui repercussão geral é afirmar a “existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos” (art. 543-A, §1º, do Código de Processo Civil). Os propósitos da Repercussão Geral foram os de alcançar uma duração razoável para os processos; viabilizar a racionalidade decisória do sistema por meio de mecanismos de uniformização das decisões das instâncias inferiores no sentido do decidido pelo Supremo; reduzir o número de recursos extraordinários, assegurando-lhe a funcionalidade; fazer com que a Corte se ocupe de temas realmente relevantes para a sociedade, dando-lhe um perfil de “corte constitucional”. Assim, o legislador constituinte deriva-

do finalmente corrigiu a grande falha histórico-estrutural de nosso sistema de controle: a falta de efeito vinculante das decisões do Supremo em sede de controle difuso e incidental em relação às instâncias judiciais inferiores.⁷⁹ Os julgamentos desses recursos passaram a formar autênticos *leading cases*, fortalecendo o poder decisório do Supremo e aproximando nossos modelos difuso/incidental e concentrado/abstrato.

Esse sucinto exame é suficiente para demonstrar que, ao contrário do que ocorreu antes da Constituição de 1988, as ações normativas originária e derivadas de nosso legislador constituinte, assim como as provenientes do legislador ordinário, promoveram uma significativa expansão do acesso ao Supremo, da força de suas decisões e de seus instrumentos de controle de constitucionalidade. Sem qualquer sombra de dúvida, trata-se dos momentos constitucionais e infraconstitucionais de mais oportunidades formais para a judicialização da política e o ativismo judicial da história do Supremo Tribunal Federal. A conclusão é de uma *virada institucional* do Supremo e de seus poderes de controle de constitucionalidade: hoje temos um sistema de controle misto poderoso – difuso com

⁷⁹ A dotação de efeito vinculante às decisões do Supremo proferidos em sede de recurso extraordinário, com repercussão geral previamente reconhecida, fica muito clara no seguinte acórdão: STF – Pleno, Rcl. 10.793, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ 06/06/2011. Para uma síntese da doutrina crítica a esse defeito histórico, cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 41/42. Cf. os debates: STF – Pleno, Rcl. 7.569/SP. Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ 10/12/2009; STF – Pleno, AgRg Rcl. 11.250/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01/07/2011. A questão está sendo novamente discutida nas Reclamações nºs 11.408 e 11.427, ambas relatadas pelo Min. Ricardo Lewandowski, pendentes de julgamento definitivo depois do pedido de voto-vista do ministro Gilmar Mendes. Essa problemática obviamente coloca em confronto a defesa da autoridade da Corte de um lado, e de outro a defesa de sua própria funcionalidade.

efeito vinculante nas hipóteses dos recursos com repercussão geral reconhecida; concentrado da legislação pós- e pré-Constituição de 1988, assim como das omissões legislativas, e com acesso amplo aos atores sociais e políticos relevantes, além de ser dotado de decisões com eficácia *erga omnes* e vinculante. Sem embargo algum, toda essa nova e ampla autoridade decisória tem sido um fator determinante, mesmo imprescindível para o Supremo, cada vez mais, tornar-se um protagonista da vida política e social brasileira.

III. FATORES SOCIOPOLÍTICOS

O segundo conjunto de fatores envolve variáveis de natureza política e sociológica. No que se refere às variáveis políticas, não se pode perder de vista, em primeiro lugar, que mesmo toda essa nova realidade institucional foi *politicamente construída*, ou seja, é fruto de uma decisão política anterior. Como disse Dieter Grimm, “sem a disposição de políticos em delegar a resolução de conflitos às cortes, o ativismo judicial careceria da base institucional para de outro jeito avançar.”⁸⁰ O estabelecimento de uma corte forte, de jurisdição constitucional ampla, é uma decisão política que pode ser depois restringida ou avançada. Portanto, porque variações do desenho institucional importam, tanto a subserviência de ontem como o ativismo judicial de hoje respondem a *fatores políticos* correlatos.⁸¹

De outra parte, deve-se ter em mente, em segundo lugar,

⁸⁰ GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). *Judges in Contemporary Democracy*. New York: New York University Press, 2004, p. 17: “antes que o judiciário possa expandir-se em áreas previamente dominadas por outras forças, as cortes devem ser estabelecidas e dotadas com competências para decidir conflitos sociais e políticos”.

⁸¹ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 18.

que os fatores políticos não se resumem às *escolhas político-legislativas formais*, mas também um “novo” *ambiente político* tem motivado o protagonismo institucional do Supremo – o ativismo judicial da Corte vem sendo politicamente ambientado.⁸² Trata-se de uma perspectiva que leva em conta os fatores externos que podem influenciar o comportamento judicial e que afirma que os juízes respondem a diferentes incentivos e práticas de contextos políticos diversos.⁸³

Como se passa a sucintamente a descrever, os acontecimentos *pré-1988* revelaram o poder político sempre procurando subjugar o Supremo, castrando sua independência e seu poder decisório a cada decisão que lhe fosse contrária. Esse *ambiente político hostil* constrangeu o Supremo e implicou seu passivismo judicial. Durante os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, esse passivismo judicial se manteve em boa medida, dentre outros motivos, em função da cautela natural que juízes e cortes sustentam diante de regimes políticos em fase de afirmação e de *revelação*. Porém, aos poucos, o *ambiente político pós-88*, tanto no *Congresso Nacional* como no âmbito do *Poder Executivo federal*, mostrou-se marcado por um discurso e por uma *postura de respeito e de tolerância* com as decisões do Supremo, o que tem favorecido, sem dúvida, sua liberdade e assertividade decisórias.

Quanto aos fatores sociológicos, é certo que esses também têm sido muito relevantes para a ascensão institucional do Supremo. Algumas das mais importantes e comentadas decisões da Corte atendem anseios sociais antigos, demandas reprimidas, que nunca puderam ser formalmente postuladas, tendo sempre encontrado todos os tipos de obstáculos na arena legislativa para que pudessem ser articuladas. Esse alinhamento

⁸² ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo* Vol. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, p. 7.

⁸³ Cf. MAVEETY, Nancy. (Ed.) *The Pioneers of Judicial Behavior*. Op. cit.

popular das decisões acaba inibindo reações hostis por parte dos poderes políticos. Assim, a expansão do ativismo judicial encontra origem também na forte pressão e mobilização política da sociedade, que demanda o Supremo diante do déficit de confiança e acesso no Parlamento.

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MOMENTOS DE AUTORITARISMO E INSEGURANÇA INSTITUCIONAL

Como dito, a ideia central deste texto é que o ativismo judicial não é o resultado puro e simples de uma atitude deliberada de juízes e cortes, mas sim, que ele responde a uma *pluralidade de fatores* que influencia e pode explicar o comportamento mais ou menos ativista dos juízes e das cortes. Dentro dessa pluralidade de fatores, principalmente, deve-se saber que *o ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado*. Elementos políticos podem tanto constranger como utilizar as decisões judiciais como instrumentos de preservação ou mesmo ampliação de poder. O caso brasileiro pré-Constituição de 1988 revela como o ambiente político hostil e de intranquilidade institucional apenas contrangeu a atuação do Supremo Tribunal Federal, retirando-lhe a independência e a liberdade decisória.

O Supremo, desde sua criação em 1890, enfrentou momentos de muita instabilidade política e crises institucionais, principalmente durante os governos de exceção e ditatoriais. Destaques para os anos conturbados da República Velha, o Governo Provisório e o Estado Novo de Vargas como também para a Ditadura Militar, épocas políticas em que direitos e garantias individuais foram violados e o Supremo foi chamado para remover e reparar essas violações. Em um balanço geral, a Corte até mostrou disposição inicial para enfrentar os governos autoritários, mas, no final, acabou sucumbindo às pressões po-

líticas.

Nos primeiros anos da República Velha, o Supremo enfrentou ameaças e a desobediência aberta de Floriano Peixoto (1891-1894), o *Marechal de Ferro*. Antes do julgamento de *habeas corpus*, impetrado na Corte em defesa de adversários políticos por ele presos, Floriano Peixoto teria dito: “Se os juízes do Tribunal concederem *habeas-corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas-corpus* de que, por sua vez, necessitarão”.⁸⁴ O Supremo, por maioria, negou o *habeas corpus*.⁸⁵ A Corte, segundo Marco Antonio Villa, “cordeiramente” atendeu ao Marechal de Ferro.⁸⁶ Em outra oportunidade, o Supremo concedeu a soltura a Eduardo Wandenkolk, senador e militar opositorista.⁸⁷ Porém, Floriano Peixoto recusou-se a cumprir a decisão por julgá-la “contrária a todas as leis e imemoriais estilos militares.”⁸⁸ Em retaliação às decisões da Corte, Floriano já havia adiado a posse de seu Presidente, deixado de preencher vagas abertas pela aposentadoria de ministros, ficando o Supremo meses sem quorum para atuar, e ainda nomeado um médico e dois generais, depois reprovados pelo Congresso.

O Governo Hermes da Fonseca (1910-1914) foi outro a praticar a desobediência política aberta às decisões do Supremo. Com a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, o Supremo ignorou as limitações da *political questions* e concedeu ordens de posse a governadores, senadores, deputados e vereadores contra a vontade política do governo federal.⁸⁹ Hermes da Fon-

⁸⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 19.

⁸⁵ STF – Pleno, HC 300, Rel. Min. Aquino e Castro, j. 23/04/1892.

⁸⁶ VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 133.

⁸⁷ STF – Pleno, HC 535, de 31/09/1894.

⁸⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. Op. cit., p. 51.

⁸⁹ Dentre outros, cf. STF – Pleno, HC 2.984, Rel. Min. Amaro Cavalcanti, j.

seca desrespeitou essas decisões, “alegando que o Supremo exorbitara de suas atribuições, delimitadas pela Constituição e pelas leis.”⁹⁰ O uso do *habeas corpus* ainda sofreu um duro golpe com a Reforma Constitucional de 1926, promovida pelo Presidente Artur Bernardes (1922-1926), que limitou o seu alcance e, por conseguinte, a jurisdição do Supremo, reduzindo-lhe a capacidade de defender as liberdades civis.⁹¹

Com o *habeas corpus* enfraquecido, o Supremo teve que enfrentar Getúlio Vargas. Com Vargas, “entre 1930 a 1945, o Supremo Tribunal Federal viveria um dos mais difíceis períodos de sua história, quando foi obrigado a assistir passivamente à demissão de ministros, à alteração de seu funcionamento e à invasão de suas prerrogativas pelo Executivo.”⁹² Sem economizar no realismo, Marco Antonio Villa diz que “a ditadura do Estado Novo humilhou o STF.”⁹³ Logo nos primeiros meses de seu Governo Provisório, Vargas reduziu a composição do Supremo e aposentou compulsoriamente 6 ministros. O então Presidente da Corte, Hermenegildo de Barros, chegou a dizer não ter “honra nenhuma em fazer parte desse Tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado.”⁹⁴ Mais tarde, ele também foi compulsoriamente aposentado por Vargas. Com a independência castrada pela ditadura varguista, o Supremo acabou sendo um instrumento legitimador do regime autoritá-

04/01/1911; STF – Pleno, HC 3.697, Rel. Min. Pedro Lessa, Rel. p/ac . Min. Enéas Galvão, j. 16/12/1914.

⁹⁰ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. 2º ed. São Paulo: Ieje, 2007, p. 60.

⁹¹ A Corte reconheceu a possibilidade de efetuar o controle de constitucionalidade formal dessa emenda no HC 18.178, Rel. Min. Hermenegildo de Barros, j. 01/10/1926, mas, no mérito, recusou a arguição.

⁹² COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Op. cit., p. 77.

⁹³ VILLA, Marco Antonio. *A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio*. Op. cit., p. 139.

⁹⁴ COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. Op. cit., p. 81.

rio.⁹⁵

Depois de um período de relativa estabilidade democrática (1945-1964), quando o Supremo não sofreu pressões com o mesmo calibre pesado do passado, a situação voltaria a ficar extremamente problemática para sua independência com o Golpe Militar de 1964. A Corte viveria novamente momentos de intensa subordinação, equiparáveis aos da Era Vargas. Em defesa do princípio federativo, a Corte até enfrentou as primeiras medidas arbitrárias do Regime Militar (1964-1985) que depôs, prendeu e perseguiu seus adversários políticos, governadores, ex-governadores e secretários, sem a observância do devido processo legal. O Supremo chegou a conceder importantes *habeas corpus* assegurando a liberdade e os direitos constitucionais de políticos estaduais perseguidos e presos (ou ameaçados de prisão) pelo governo federal:⁹⁶ os casos “Plínio Coelho” (Estado do Amazonas),⁹⁷ “Mauro Borges” (Estado de Goiás)⁹⁸ e “Miguel Arraes” (Estado de Pernambuco)⁹⁹ foram

⁹⁵ Decisões como a do fechamento da Aliança Nacional Libertadora (ANL) em 1935, STF – Pleno, MS 111, Rel. Min. Arthur Ribeiro, j. 21/08/1935; o “caso João Mangabeira”: STF – Pleno, HC 26.178, Rel. Min. Carvalho Mourão, j. 20/07/1936; o “caso Olga Benário”: STF – Pleno, HC 26.155, Rel. Min. Bento de Faria, j. 17/06/1936, reforçam essa ideia. Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo IV – Vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 65-69.

⁹⁶ Sobre essas decisões, cf. OSIEL, Mark. J. *Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil*. *Law and Social Inquiry* Vol. 20 (2), 1995, pp. 533/540.

⁹⁷ STF – Pleno, HC 41.049, Rel. Min. Vilas Boas, j. 04/11/1964 (assegurando o direito de não apresentação às autoridades militares por incompetência destas).

⁹⁸ STF – Pleno, HC 41.296, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 23/11/1964, DJ 22/12/1964 (assegurando o direito de o governador ser processado apenas após o pronunciamento da Assembleia Estadual).

⁹⁹ STF – Pleno, HC 42.108/PE, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, j. 19/04/1965, DJ 19/05/1965 (concedida ordem de soltura por violação ao direito de foro por prerrogativa de função, negando especialidade aos crimes militares a justificar o afastamento desse direito).

todos desafiadores ao poder arbitrário do Governo Revolucionário.

Contudo, em reação a decisões como essas, foi editado, em 27 de outubro de 1965, o Ato Institucional nº 2, dando início ao ataque institucional da “linha-dura” do Regime Militar sobre o Supremo Tribunal Federal. O ato aumentou a composição da Corte de 11 para 16 juízes e, para as novas vagas, os militares nomearam juízes pertencentes à extinta União Democrática Nacional (UDN), partido político da base de apoio político ao Regime, em uma clara manifestação de sua vontade em “povoar” o Supremo com ministros de orientação mais conservadora e politicamente identificados com os “propósitos revolucionários”.

Alguns anos depois, principalmente depois do famoso caso dos estudantes presos em Ibiúna,¹⁰⁰ foi editado o Ato Institucional nº 5 (13 de dezembro de 1968) que, além de suspender o *habeas corpus* para crimes políticos e afastar o controle judicial sobre quaisquer atos praticados com base em seu conteúdo normativo,¹⁰¹ suspendeu também a garantia de vitaliciedade dos cargos públicos, inclusive nas funções com prazo certo (art. 6º), como no caso dos ministros do Supremo. Com base nesse ato, o Governo Militar, em decreto de 16/01/1969, aposentou compulsoriamente os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva: o primeiro nomeado por Juscelino Kubitschek; os outros dois, por João Goulart. No mês seguinte, os últimos juízes nomeados por presidentes civis, Lafayette de Andrada (nomeado por José Linhares) e Antônio

¹⁰⁰ Cogita-se que o *habeas corpus* que a 2ª Turma do Supremo (HC 46.471, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti) concedeu, em 10 de dezembro de 1968, a um grupo de estudantes “subversivos” presos em Ibiúna, em razão do excesso de prazo da prisão preventiva, teria sido a gota d’água para três dias depois ser lançado o AI 5.

¹⁰¹ Oscar Vilhena Viera, *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. Op. cit., p. 80, lembra que com o AI 5, “todas medidas de exceção, como a tortura e as prisões ilegais, foram excluídas do controle do Judiciário”.

Gonçalves de Oliveira (também nomeado por JK), saíram voluntariamente da Corte em protesto à aposentadoria compulsória de seus pares. Essas vagas não foram preenchidas porque logo foi editado o Ato Institucional nº 6 (01/02/1969), que voltou a composição da Corte para 11 juízes, de modo que restaram, no Supremo, exclusivamente ministros nomeados por Presidentes militares.

Como disse Elio Gaspari, “o Supremo Tribunal Federal foi diluído em 1965 e mutilado em 68.”¹⁰² No final dos 60, o Regime havia castrado a independência da Corte, excluindo-lhe toda importância institucional. Depois dos desafiadores *habeas corpus* iniciais, o Supremo acabou se distanciando do papel de defensor das liberdades fundamentais, vindo a tornar-se um “tribunal submisso à vontade dos militares.”¹⁰³ Como definiu Trigueiro do Vale, o Supremo tornou-se administrativamente saudável e tecnicamente ágil, mas um órgão “politicamente morto”.¹⁰⁴ Até o fim da ditadura, a Corte não mais fazia qualquer oposição ao governo e os militares estiveram mais livres do que nunca para perpetrar todas as atrocidades contra a democracia e os direitos humanos que a história relata.

Esses fatos relevantes, que marcaram a trajetória do Supremo Tribunal Federal diante de todas as inconstâncias institucionais e instabilidades políticas que caracterizam a história brasileira, revelam que a Corte até esboçou reações iniciais aos governos autoritários, mas, ou suas decisões não eram obedecidas ou ela era vilipendiada, ameaçada, atacada em sua estrutura e organização e, com isso, acabava recuando. Os poderes políticos dominantes no Brasil por diversas vezes ignoraram os

¹⁰² GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 228.

¹⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. Op. cit., p. 81.

¹⁰⁴ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 166.

valores do Estado de direito e da democracia e, conseqüentemente, a independência do Supremo Tribunal Federal. Nesses ambientes problematicamente autoritários, a Corte apanhou mais do que bateu e acabou, no final, submetendo-se ao Poder Executivo hipertrofiado. Essa situação, tanto sob o aspecto institucional quanto sob a perspectiva político-comportamental, viria a modificar-se, gradual, mas, profundamente com a nova ordem democrática e constitucional pós-1988.

2. A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA E A FASE INICIAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988: PASSIVISMO JUDICIAL

Como exposto no tópico II, as transformações institucionais promovidas pela Constituição de 1988, máxime a constitucionalização abrangente e compromissória e os novos poderes e instrumentos decisórios do Supremo Tribunal Federal, contribuíram para que o quadro de desprezo institucional pela Corte, logo acima descrito, fosse totalmente revertido. Com efeito, toda a nova disciplina constitucional e infraconstitucional acerca da estrutura e do funcionamento do Supremo, ampliando o acesso à sua jurisdição concentrada e abstrata e seus poderes de decisão, favoreceu a *judicialização da política e das grandes questões sociais* em seu âmbito de atuação. Importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente deliberadas e resolvidas (ou não) nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – passaram, rotineiramente, a ser questionadas no Supremo, principalmente, por meio de ADIs.¹⁰⁵ A ascensão institucional do Supremo era uma questão de tempo, mas não foi uma

¹⁰⁵ Cf. por todos: VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Op. cit.; ARANTES, Rogério Bastos. *Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil*. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Op. cit., pp. 231/262.

realidade imediata da nova democracia brasileira.

Sem embargo, durante os primeiros anos de vigência da Constituição, o Supremo não respondeu a essa demanda com uma disposição ativista. Com efeito, ativismo judicial e judicialização da política são coisas distintas, embora intensa e circularmente conectadas.¹⁰⁶ Enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar uma solução para essas questões dentro da arena judicial, o ativismo é uma escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas.¹⁰⁷ É por isso que a judicialização da política ganha mais espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e se renova. Nesse sentido, Neal Tate fala em desenvolvimento da judicialização da política condicionado à atitude de os juízes decidirem participar do processo de tomada de decisões¹⁰⁸ – nesse sentido, o passivismo judicial pode levar, em médio prazo, ao abandono da judicialização da política como estratégia para a solução dos casos cruciais.

As primeiras decisões do Supremo pós-1988, sem dúvida, deram a impressão de que a Corte manteria o seu recentís-

¹⁰⁶ Com muita argúcia, Gisele Cittadino, Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia, *ALCEU* Vol. 5 (nº 9), Rio de Janeiro: PUC, 2004, p. 106, ensina que judicialização da política é o “vínculo entre democracia e ativismo judicial”, à medida que é a “mobilização política da sociedade” que está na “origem da expansão do poder dos tribunais”.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado* Vol. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 20, distingue a “disposição de atores políticos nacionais de transferir a autoridade político-decisória da esfera política às cortes” e a “disposição do judiciário de responder positivamente a demandas por ativismo”.

¹⁰⁸ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn (Org.) *The Global Expansion of Judicial Power*. Op. cit., p. 33.

simo passado de passividade judicial, o que poderia levar ao fim prematuro e estratégico da judicialização da política e das grandes questões sociais em sua esfera de ação. A Corte, primeiramente, tratou de restringir alguns de seus poderes decisórios bem como o acesso à sua jurisdição. No caso do mandado de injunção, como primeiro exemplo, embora tenha decidido pelo seu uso independente de disciplina infraconstitucional, o Supremo acabou por limitar sua utilidade quando recusou o poder normativo de suprir diretamente as lacunas legislativas inconstitucionais, afirmando não poder atuar como *legislador positivo*. Para o Supremo, no âmbito do mandado de injunção, seu papel deveria limitar-se a reconhecer a mora legislativa,¹⁰⁹ comunicando a decisão ao Congresso e, no máximo, dando-lhe um prazo para que procedesse à produção legislativa obrigatória.¹¹⁰

Ainda, em clara postura de autorrestrrição prudencial funcional,¹¹¹ a Corte incluiu restrições objetivas à legitimidade ativa para propositura de ADI, mas sem que isso decorresse do texto dos incisos do art. 103 da Constituição. Ela desenvolveu jurisprudencialmente o requisito da *pertinência temática*, que “torna imprescindível, para efeito de acesso ao procedimento de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se evidencie um nexo de afinidade entre os objetivos institucionais da entidade que ajuíza a ação direta e o conteúdo material da norma por ela impugnada nessa sede processual”.¹¹² Para a

¹⁰⁹ STF – Pleno, MI-QO 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, DJ 21/09/1990.

¹¹⁰ STF – Pleno, MI 232. Rel. Min. Moreira Alves, j. 02/08/1991, DJ 27/03/1992.

¹¹¹ POSNER, Richard A. *The Federal Courts, Challenge and Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 314-328: autorrestrrição judicial como atitude de prudência em evitar aumento de litúgio em sua jurisdição a ponto de prejudicar sua funcionalidade.

¹¹² STF – Pleno, ADI 1.096/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/03/1995, DJ 22/09/1995, p. 92.

Corte, Governadores, Assembleias Legislativas e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, chamados de *legitimados ativos especiais*, não podem propor ADI para discutir qualquer lei ou ato normativo, mas apenas normas que possam repercutir sobre seus interesses institucionais e políticos.

O Supremo também impôs sérios limites subjetivos ao exercício da legitimidade ativa do inciso IX do art. 103: a legitimidade processual das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.¹¹³ Em sucessivas decisões, a Corte, restringindo o alcance das expressões “confederação sindical” e “entidades de classe”, impediu associações de profissionais de categorias heterogêneas;¹¹⁴ “associação de associações”;¹¹⁵ associação civil de finalidade altruísta;¹¹⁶ associação de órgãos públicos;¹¹⁷ federações sindicais¹¹⁸ de proporem ADI por faltar-lhes legitimidade processual para tanto. Ademais, a Corte foi rígida na caracterização do “âmbito nacional” dessas entidades de classe, impondo-lhes possuir membros em pelo menos nove Estados da Federação, para que possam propor ADI.¹¹⁹ Defendendo sua funcionalidade, a Corte acabou por

¹¹³ Sobre o tema, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.103-1.108.

¹¹⁴ STF – Pleno, ADI 34/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 05/04/1989, DJ 28/04/1989.

¹¹⁵ STF – Pleno, ADI 1.037/SC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/06/1998, DJ 07/08/1998; STF – Pleno, ADI 23, Rel. p/ac Min. Moreira Alves, j. 02/04/1998, DJ 18/05/2001.

¹¹⁶ STF – Pleno, ADI 61/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/08/1990, DJ 28/09/1990.

¹¹⁷ STF- Pleno, ADI 67/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18/04/1990, DJ 15/06/1990.

¹¹⁸ STF – Pleno, ADI 17/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/03/1991, DJ 24/05/1991; STF – Pleno, ADI 505/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20/06/1991, DJ 02/08/1991.

¹¹⁹ STF – Pleno, ADI 386/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 04/04/1991, DJ

restringir o acesso da sociedade à sua jurisdição e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional.

O Supremo também evitou, inicialmente, enfrentar o Poder Executivo e isso foi particularmente relevante em dois campos: os planos econômicos e a absurda proliferação de medidas provisórias. O conjunto de reformas econômicas de março de 1990, dirigido a estabilizar a hiperinflação e que ficou conhecido como Plano Collor, foi contestado no Supremo, principalmente, sua medida de confisco de ativos financeiros da população. A Corte protelou e, por razões processuais, acabou não julgando o mérito das demandas, deixando de interferir em medidas políticas de intervenção econômica de duvidosa constitucionalidade.¹²⁰

A Corte foi também excessivamente passiva no controle dos pressupostos constitucionais de “relevância” e “urgência” para a edição de medidas provisórias (art. 62). Sua jurisprudência inicial foi no sentido da quase incontrollabilidade desses pressupostos, sendo admitido o controle apenas em casos de “excesso do poder de legislar”.¹²¹ Para a Corte, a apreciação desses requisitos “assum[iria] caráter político. Ficando tal apreciação por conta, em princípio, do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional”. Apenas sua clara e evidente improcedência autorizaria o controle judicial. Contudo, conforme afirmou na época o ex-Ministro Carlos Velloso, “de regra, [essa improcedência] não deverá ocorrer”, pois, “é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal”.¹²² O Su-

28/06/1991. A exigência numérica decorre da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

¹²⁰ STF – Pleno, ADI 259/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11/03/1991, DJ 19/02/1993; STF – Pleno, ADI 534/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/08/1992, DJ 08/04/1994.

¹²¹ STF – Pleno, ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14/12/1989, DJ 19/09/1997.

¹²² STF – Pleno, ADI 1.397/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28/04/1997, DJ

premo ainda aceitou passivamente a reedição indefinida das medias provisórias caso não fossem rejeitadas expressamente pelo Congresso Nacional,¹²³ inclusive em matéria tributária sujeita ao princípio da anterioridade geral (art. 150, III, *b*, da Constituição).¹²⁴

Essa postura da Corte, deferente ao Executivo nas chamadas *questões políticas*, ajudou o excesso de medidas provisórias a configurar-se como elemento muito negativo para a dinâmica da democracia brasileira. O Supremo foi muito deferente ao Executivo também no campo do controle concentrado e abstrato das leis orçamentárias e de medidas provisórias de abertura de créditos extraordinários. Além de enxergar esses atos legislativos como verdadeiras “opções políticas”, a Corte recusou seu poder de controle abstrato sob o argumento, muito ortodoxo, dessas normas “veicula[rem] atos de efeitos concretos”, apenas autorizadores de dispêndio administrativo de recursos públicos, ao passo que o controle concentrado e abstrato só poderia alcançar normas dotadas de generalidade.¹²⁵

O Supremo também se mostrou restritivo na interpretação de alguns direitos constitucionais. Caso paradigmático foi sua decisão sobre a aplicação direta ou não do art. 192, §3º, da Constituição de 1988, que dispunha sobre o limite de juros reais em 12% ao ano. A maioria apertada da Corte entendeu pela não-aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional,

27/06/1997, p. 326. Neste sentido, ainda: STF – Pleno, ADI – MC 1.516, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 06/03/1997, DJ 13/08/1999; STF – Pleno, ADI 1717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 22/09/2000, DJ 25/02/2000.

¹²³ STF – Pleno, ADI 295/DF, Rel. p/ ac Min. Marco Aurélio, j. 22/06/1990, DJ 22/08/1997; STF – Pleno, ADI 1.397/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28/04/1997, DJ 27/06/1997.

¹²⁴ STF – Pleno, ADI 1.417/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 02/08/1999, DJ 23/03/2001.

¹²⁵ STF – Pleno, ADI 647/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18/12/1991, DJ 27/03/1992; STF – Pleno, ADI 2100/RS, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, j. 17/12/1999, DJ 01/06/2001.

que dependeria de lei complementar regulatória de todo o Sistema Financeiro Nacional.¹²⁶ O Supremo aceitou, também passivamente, as restrições legais à concessão de liminares e tutelas antecipadas contra o Poder Público, estabelecidas principalmente para proteger as medidas econômicas do governo, o que acabou limitando o direito dos cidadãos à proteção judicial efetiva.¹²⁷ A Corte ainda relutou em proteger direitos na linha dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como foi o caso de sua jurisprudência ortodoxa em favor da “prisão civil de depositário infiel”, negando por muito tempo a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, cujo art.7º, § 7º proíbe essa modalidade de prisão civil.¹²⁸

Portanto, apesar de toda a nova arquitetura constitucional oportunizando a judicialização da política e a expansão do papel institucional do Supremo Tribunal Federal, a Corte, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, comportou-se de modo passivo como havia feito depois do endurecimento do Regime Militar com a edição dos AIs nºs 5 e 6. Como isso se explica? Acredito que as explicações para essa postura passiva são todas relacionadas à forma como se desenvolveu nosso processo de reabertura política e de transição do au-

¹²⁶ STF – Pleno, ADI 4/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 07/03/1991, DJ 25/06/1993. Recentemente, foi editada a Súmula Vinculante nº 7 sobre o tema: “A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.” (j. 11/06/2008, DJ 20/06/2008)

¹²⁷ STF – Pleno, ADI 223/DF, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/04/1990, DJ 29/06/1990; STF – Pleno, ADI 295/DF, Rel. p/ ac Min. Marco Aurélio, j. 22/06/1990, DJ 22/08/1997.

¹²⁸ STF – Pleno, HC 72.131, Rel. p/ ac. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1995, DJ 01/08/2003. A mudança de posição veio com: STF – Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009. A nova jurisprudência foi consagrada na Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. (j. 16/12/2009, DJ 23/12/2009).

toritarismo para a democracia e ao papel que a Corte cumpriu nesse processo.

As instituições podem cumprir um papel fundamental nos processos de transição dos regimes autoritários para a democracia,¹²⁹ inclusive o Judiciário.¹³⁰ Qual papel é esse e com qual intensidade e extensão o Judiciário poderá cumpri-lo são questões cujas respostas variam entre os processos particulares, tanto em função de quem controle esses processos quanto de como se relacionaram Judiciário e titulares do poder durante o regime autoritário. No caso brasileiro, o processo de abertura política e transição democrática foi deflagrado e inteiramente conduzido pelo próprio Governo Militar. A partir de 1974, com o General Ernesto Geisel na Presidência, o próprio Regime deu início a um processo lento e gradual de redemocratização que resultou a instauração de uma “Nova República” só em 1985, com a posse do primeiro presidente civil desde o Golpe. A primeira eleição direta pós-Golpe Militar para Presidente da República ocorreu apenas em 1989, quinze anos depois do início do processo de abertura democrática.¹³¹

Na condução desse processo de transição, o controle pelo Governo Militar nunca foi seriamente desafiado. O processo foi, como caracterizaram Linz e Stepan, uma “liberalização controlada”,¹³² ou, nas palavras de Huntington, “*liberation*

¹²⁹ Cf. LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins UP, 1996.

¹³⁰ Cf. STOTZKY, Irwin P. (Ed.) *Transition to Democracy in Latin American. The Role of the Judiciary*. Boulder: Westview Press, 1993.

¹³¹ Samuel Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991, p. 126, afirma não haver no Brasil um claro momento de ruptura com o Regime anterior, sendo “virtualmente impossível dizer em que ponto o Brasil deixou de ser uma ditadura e tornou-se uma democracia.” De qualquer forma, o autor destaca a eleição indireta de Tancredo Neves e a direta de Fernando Collor como momentos paradigmas dessa transformação.

¹³² LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *Problems of Democratic Transition*

from above”.¹³³ Foi uma mudança evolutiva, e não uma revolução. Isso significa que a transição democrática durou e evoluiu, política e institucionalmente, conforme a vontade dos que perderiam a autoridade absoluta. Nosso processo de redemocratização foi, portanto, paradoxalmente pautado pelo próprio Regime ditatorial. Essa particularidade resultou que as instituições envolvidas, inclusive o Supremo, colaborassem de acordo com as pautas, o ritmo e o espaço de atuação definidos pelo Executivo autoritário e conforme o relacionamento institucional que mantinham, até então, com os titulares do poder de fato. Isso definiu não apenas a lentidão e o gradualismo do processo, mas também seu traço essencial de continuísmo.

Aliás, subjacente à perspectiva do continuísmo orgânico, em diversos setores do sistema político brasileiro, inclusive no Poder Judiciário, verificou-se, como observado por Oscar Vilhena Vieira, “um elevado nível de continuidade do quadro de pessoal que chegou ao poder no período militar.”¹³⁴ Para se ter uma ideia, quando entrou em vigor a Constituição de 1988, nove ministros sentados no Supremo haviam sido nomeados por Presidentes militares, sendo que, até a virada do século XXI, ao menos quatro desses ministros ainda permaneciam atuando na Corte. E que não se esqueça do próprio Presidente da República, José Sarney, o primeiro presidente civil depois do Golpe, que assumiu o cargo apenas por um acidente do destino – ele fazia parte do grupo político que apoiava o Governo Militar.

Com essa dinâmica continuísta de transição, foi até natural que as instituições, dentre elas o Supremo, se comportassem no processo de redemocratização tal como vinham fazendo

and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe. Op. cit., p. 168.

¹³³ HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century.* Op. cit., p. 125.

¹³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política.* Op. cit., p. 81.

durante a maior parte do Regime. Naquela altura inicial de redemocratização, o Supremo já havia assimilado os duros golpes dos AIs nºs 5 e 6 do final dos sessenta; era composto unicamente por ministros nomeados pelos militares e vivia então uma relação estável e de elevado grau de cooperação e integração com o Executivo hipertrofiado.¹³⁵ Dessa forma, a Corte, durante o período de transição, comportou-se como vinha fazendo desde que fora “domesticada” pela “linha-dura” do Regime: permaneceu em “um grande silêncio”, sem qualquer destaque institucional na “reconstrução do estado de direito e da democracia.”¹³⁶

Pesquisa sobre as reportagens dos Jornais “Estado de São Paulo” e “Folha de São Paulo” acerca do papel e da imagem do Supremo entre os anos de 1979 e 1988 confirma esse diagnóstico: a imagem geral era “predominantemente negativa” e as duras críticas eram dirigidas ao fato de a Corte “abster-se de decidir questões relevantes para a vida política do país” e de ser subserviente ao Poder Executivo, não lhe impondo qualquer limite de atuação. Segundo a autora da pesquisa, a Folha de São Paulo teria retratado o Supremo “como uma instituição retrógrada, lenta e pouco representativa dos anseios do país.”¹³⁷

¹³⁵ De acordo com Anthony W. Pereira, *Political (In)Justice. Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005, p. 67, “sob o regime militar brasileiro, as relações organizacionais entre os militares e o judiciário eram muito próximas, de forma que muitos membros das duas organizações compartilhavam a mesma visão sobre as leis de segurança nacional e se comunicavam frequentemente.” Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. Op. cit., p. 81, fala em “relações de confiança alcançadas pelo Supremo junto aos governos militares.”

¹³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. Op. cit., p. 80.

¹³⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no Processo de Transição Democrática: Uma Análise de Conteúdo dos Jornais *Folha de S. Paulo* e o *Estado de S. Paulo*. *Revista de Sociologia e Política* Vol. 22, Curitiba, 2004, pp. 104/109.

Foi esse o “modelo de Supremo Tribunal Federal” que começou a atuar sob a vigência da nova Constituição. Um Tribunal que assimilara uma cultura de passividade judicial, que se mantivera distante das importantes questões políticas e sociais e se esquivara do confronto com os outros poderes, principalmente para com o Executivo. No início, o Supremo foi *mais do mesmo*.

Ademais, e isso é de extrema importância, nesses primeiros anos de vigência da Carta de 1988, o Tribunal ainda sentia a necessidade, até natural para qualquer corte superior e que se envolve necessariamente em questões cruciais, de ser cauteloso diante de um novo cenário político que estava apenas em sua fase inicial de desenvolvimento e de reafirmação da independência judicial como valor essencial do Estado de direito. Como já dito, a transição para a democracia no Brasil, diferente do que ocorreu na Alemanha e na Itália,¹³⁸ não foi fruto de uma revolução, mas sim de uma evolução. As Cortes Constitucionais alemã e italiana responderam ao passado autoritário de seus países na velocidade que a revolução exigia, ao passo que, no caso brasileiro, o Supremo respondeu, inicialmente, no mesmo ritmo lento e gradual do próprio processo de reafirmação democrática. Esses fatores não excluem outros, mas, certamente, são possíveis explicações para o passivismo inicial do Supremo.

3. A CONSTRUÇÃO POLÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

A história, descrita até aqui, revela que antes da Constituição de 1988, o Poder Executivo Federal, na maior parte do

¹³⁸ Como disse Rubio Llorente, La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. 22, Madrid: CEPC, 1988, p. 21, “a introdução da jurisdição constitucional na Europa não foi produto de uma evolução, senão de uma revolução.”

tempo, subjugou o Supremo, fez pouco de seu poder decisório e não lhe reconheceu qualquer independência institucional a cada decisão que lhe fosse contrária. À Corte restou o passivismo judicial. Durante os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, esse passivismo se manteve, até certa medida e altura, em razão de certo continuísmo orgânico e em função da cautela natural que juízes e cortes sustentam diante de novos regimes políticos, ainda em fase de afirmação. Aos poucos, contudo, o ambiente político pós-88, tanto por parte do Congresso Nacional como no âmbito do Poder Executivo federal, mostrou-se favorável à liberdade e à assertividade decisória do Supremo.

É certo que a Corte toma algumas decisões cruciais que provocam críticas pontuais, no sentido de ela estar excedendo à sua competência, invadindo o campo de ação dos poderes políticos e mesmo criando ao invés de aplicar as leis.¹³⁹ Não obstante, são normalmente reações aos “sintomas” e não às “causas”. São críticas particulares que, normalmente, vêm de bancadas representativas de segmentos específicos da sociedade, máxime as bancadas religiosas, mas não representam uma reação orgânica hostil nem significativa do poder político ao atual patamar institucional do Supremo. Quando ocorrem reações, elas são veiculadas por canais institucionais legítimos que não permitem sua caracterização como afronta à autoridade decisória do Supremo. Com efeito, no agregado, o Congresso Nacional e o Poder Executivo federal têm apoiado a atuação do Supremo Tribunal Federal.

3.1. O CONGRESSO NACIONAL

Apesar de algumas ameaças difíceis de serem cumpridas

¹³⁹ O destaque recente deve ser a reação do ex-Presidente do Congresso Nacional, Marco Maia, à decisão do Supremo sobre a cassação automática dos mandatos eletivos dos deputados condenados no “caso Mensalão”.

e de propostas esdrúxulas de reação,¹⁴⁰ o Congresso Nacional tem apenas concretizado reações legítimas às decisões do Supremo como sinais positivos à atuação da Corte. Exemplo importante dessas reações legítimas tem sido a prática de reversão legislativa dos precentes da Corte. O Congresso Nacional, por meio de emendas constitucionais, de leis complementares e até de leis ordinárias, de forma legítima e em diferentes oportunidades, tem procurado contornar, na prática, algumas decisões do Supremo. Trata-se da chamada “*correção legislativa da jurisprudência*”, explorada entre nós, primeiramente, pelo Mestre Ricardo Lobo Torres, embora sob uma perspectiva negativa.¹⁴¹

Mormente por meio de emendas constitucionais, o Congresso vem aprovando novas normas para assegurar efeitos jurídicos que, em decisões anteriores, o Supremo havia recusado por motivo de inconstitucionalidade. Essa prática legislativa, que pode, à primeira vista, parecer uma *afronta institucional*, deve ser mais bem compreendida, principalmente se aceita pelo Supremo em rodadas sucessivas, como uma *salutar abertura ao diálogo constitucional*,¹⁴² exatamente como ocorre nos

¹⁴⁰ Com relação às ameaças difíceis de serem cumpridas, faço referência aos ataques de alguns parlamentares à decisão do Supremo sobre a perda automática do mandato dos deputados condenados no processo do “mensalão”. Com relação às “soluções esdrúxulas”, é o mínimo que se pode dizer sobre a proposta do Congresso de votar, em um dia, mais de 3.000 vetos como reação à decisão do ministro Fux, no MS 31.186/DF, que suspendeu a possibilidade de voto extemporâneo do veto presidencial na Lei dos Royalties. Volto ao tema quando das conclusões deste texto.

¹⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358; para Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência do Supremo “importa em profunda transformação do equilíbrio entre os poderes do Estado, com a superação da doutrina de que o Judiciário só pode ser objeto de autocontrole (*judicial self-restraint*)”.

¹⁴² Cf. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Op. cit., p. 401-410; BRANDÃO, Rodrigo. *Supre-*

festejados casos da Suprema Corte do Canadá e da Corte Constitucional da África do Sul.

Essa forma de reação político-legislativa, na maior parte dos casos, tem tido a virtude, segundo penso e por mais paradoxal que possa parecer, não só de impedir que prevaleça, na prática, a “palavra final” do Supremo, mas também de prestigiar a capacidade da Corte como intérprete da Constituição. É que, para contornar os efeitos práticos das decisões de inconstitucionalidade, têm sido utilizadas emendas constitucionais com o propósito de alterar o parâmetro normativo superior exatamente na direção apontada pela Corte como sendo *o adequado* para que as proposições legislativas infraconstitucionais, então declaradas inválidas, pudessem ter avançado. Ou seja, essas reações legislativas à jurisprudência do Supremo têm seguido os contornos interpretativos da própria Corte para, com isso, obter sua aprovação em eventuais rodadas subsequentes de controle de constitucionalidade (*second-look cases*). Isso pode ser chamado de “correção legislativa” em seu significado pragmático-consequencialista, mas é “*adequação normativa*” em sua essência. Alguns exemplos demonstram isso.

No RE 153.771/MG,¹⁴³ o Supremo negou que as *alíquotas do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)* pudessem ser *progressivas* em função de sua base de cálculo (valor venal dos imóveis), haja vista a natureza real desse imposto. Segundo a Corte, havia previsão expressa de progressividade do IPTU apenas para atendimento de fins extrafiscais (impor o cumprimento da função social da propriedade; art. 182, da Constituição), não sendo então legítima a progressividade para fins fiscais. Foi então editada a EC 29/2000, alterando o §1º do art.

macia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 289-315. No direito norte-americano, cf. FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University, 1988, p. 200 et seq.

¹⁴³ STF – Pleno, RE 153.771/MG, Rel. p/ac. Min. Moreira Alves, j. 20/11/1996, DJ 05/09/1997.

156 para afastar as premissas que conduziram a Corte ao referido julgamento de inconstitucionalidade, fazendo constar, expressamente, permissão aos municípios para instituírem alíquotas progressivas em razão simplesmente do valor do imóvel. Posteriormente, em sede de controle incidental, o Supremo, por unanimidade, afirmou a constitucionalidade da EC 29/2000 e a legitimidade da “correção legislativa” em favor do novo regime de tributação progressiva do IPTU.¹⁴⁴

Em outro caso tributário, o Supremo julgou inconstitucional a cobrança, pelos municípios, de *taxa de iluminação pública*, por considerar o serviço de iluminação pública “inespecífico, não mensurável, indivisível e insucetível de ser referido a determinado contribuinte”.¹⁴⁵ Como a instituição de taxas deve pressupor serviços públicos “específicos e divisíveis” (art. 145, II da Constituição de 1988), a cobrança foi declarada inconstitucional. Para o Supremo, esse serviço deveria ser custeado pelos impostos municipais em geral. Editou-se então a EC 39/2002, acrescentando o art. 149-A a Constituição, para criar a figura esdrúxula da Contribuição de Iluminação Pública (COSIP) – exação destinada a obter dos contribuintes recursos exclusivos para o custeio da iluminação pública. No RE 573.675/SC,¹⁴⁶ o Supremo julgou constitucional a COSIP, considerando-a um “tributo de caráter *sui generis*” que “se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

No campo do custeio da Seguridade Social, existem diversos exemplos. O caso da contribuição sobre as remunerações de “empresários, trabalhadores avulsos e autônomos” merece destaque. O art. 3º, I, da Lei 7.787/89, e o art. 22, I, da Lei 8.212/91, em suas redações originárias, estabeleceram a contri-

¹⁴⁴ STF – Pleno, RE 423.768/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/12/2010, DJ 10/05/2011.

¹⁴⁵ STF – Pleno, RE 233.332/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10/03/1999, DJ 14/05/1999.

¹⁴⁶ STF – Pleno, RE (RG) 573.365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/03/2009, DJ 22/05/2009.

buição social do art. 195, I, da Constituição de 1988, sobre salários e *sobre as remunerações pagas a empresários, trabalhadores avulsos e autônomos*. Contudo, como esse dispositivo constitucional, em sua redação originária, apenas previa a incidência da contribuição sobre a *folha de salários*,¹⁴⁷ o Supremo declarou a inconstitucionalidade das outras incidências.¹⁴⁸ Para a Corte, sem previsão constitucional em seu “sentido vernacular”, a tributação da remuneração dos empresários, avulsos e autônomos configurou “nova fonte de custeio da Seguridade Social”, o que só poderia ter sido estabelecida mediante *lei complementar* (art. 195, §4º). Pouco tempo depois, no molde legislativo preconizado pelo Supremo, foi editada a LC nº 84, de 18/01/1996, instituindo as incidências tributárias declaradas inconstitucionais. Em 1998, veio a EC 20/98, expandido as hipóteses de incidência do art. 195, I, da Carta, “vernacularmente” para além da “folha de salários”, permitindo, assim, o que o Supremo havia vetado: a disciplina dessas “novas” fontes de custeio da Seguridade Social por meio de lei ordinária.

Existem outros exemplos de “adequação normativa” que, por razões de espaço e de tempo, não abordarei aqui.¹⁴⁹ É certo que também houve casos em que a reação legislativa não caracterizou uma adequação, mas uma tentativa de correção em sentido estrito, com o Congresso aprovando lei em claro desafio à

¹⁴⁷ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – dos empregadores, incidente sobre a *folha de salários*, o faturamento e o lucro”

¹⁴⁸ STF – Pleno, RE 166.772/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/05/1994, DJ 16/12/1994.

¹⁴⁹ Para um inventário desses casos, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Op. cit., p. 358-368; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. cit., p. 289-300.

interpretação constitucional do Supremo. Os casos da “extensão do foro por prerrogativa de função” e da “aposentadoria especial de professores” são exemplos da espécie.¹⁵⁰ Porém, reações desse último tipo são minoria, de modo que, sob o ponto de vista descritivo, têm sido mais usuais respostas legislativas que procuram preservar o papel do Congresso na concretização da Constituição, mas, ao mesmo tempo, *prestigiam a autoridade do Supremo Tribunal Federal como intérprete constitucional*. Trata-se de uma dinâmica dialógica e representativa de estabilidade/maturidade político-institucional.¹⁵¹

3.2. O PODER EXECUTIVO FEDERAL

O Poder Executivo federal também tem demonstrado uma postura de respeito institucional ao Supremo Tribunal Federal, e isso é particularmente significativo, considerado o histórico de ataques que a Corte sofreu de Presidentes autoritários. Com a Constituição de 1988, o Poder Executivo foi mantido como o “centro de gravidade do sistema político brasileiro” – titular de “extensas prerrogativas no que concerne à direção da administração pública e ao processo legislativo”.¹⁵² A estrutura constitucional vigente, como historicamente prevaleceu, coloca o Poder Executivo no centro do regime político, inclusive do processo legislativo.¹⁵³ Todavia, isso não tem resultado ataques

¹⁵⁰ Não se censura aqui, sob o ponto de vista normativo, essa prática de reação legislativa, que penso também ostentar o caráter dialógico.

¹⁵¹ Sobre a perspectiva normativa dessas práticas de reação legislativa, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Op. cit., pp. 401/410.

¹⁵² AMORIM NETO, Octavio. O Poder Executivo, centro de gravidade do Sistema Político Brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Op. cit., p. 131.

¹⁵³ O Presidente da República possui iniciativa legislativa para projetos de leis e emendas constitucionais, sendo exclusiva para temas estruturais como administração pública, tributação e orçamento, e ainda tem o poder de editar medidas provisórias o que, no final das contas, permite um controle presi-

pelos Presidentes da República ao Supremo Tribunal Federal.

Desde o fim da Ditadura Militar e a vigência da Constituição de 1988, os diferentes Presidentes da República não têm praticado reações às decisões da Corte que possam ser ditas incompatíveis com as normas do Estado democrático de direito. Retaliações orçamentárias, ameaças de aposentadorias compulsórias e, principalmente, recusa em cumprir as decisões judiciais são coisas do passado, não tendo feito parte das relações institucionais atuais entre o Executivo e o Supremo. Os últimos Presidentes sequer utilizaram o instrumento da nomeação de ministros, como nos Estados Unidos, para avançar um Supremo aliado.¹⁵⁴ Prova disso é a grande diversidade de personalidades e de ideologias na Corte. Isso é particularmente significativo para o “caso Mensalão”. Ainda que a condenação dos acusados pelo Supremo pudesse atingir seriamente o prestígio de seu partido político, a Presidente Dilma, antes do julgamento, nomeou dois ministros – Luiz Fux e Rosa Weber – sem qualquer vinculação partidária e com mais de 30 anos de carreira na magistratura. Ademais, a Presidente evitou falar sobre as nomeações iminentes durante o julgamento para evitar qualquer tipo de pressão política sobre o Supremo.

Isso significa que, também por parte do Executivo, o Supremo Tribunal Federal vem atuando em um ambiente político favorável à ascensão de seu ativismo judicial. A história conta que o Supremo deve temer reações do Executivo federal e essa é uma lição que não pode ser esquecida mesmo nos dias de hoje. Entretanto, nossa atual dinâmica político-institucional vem conferindo muito mais segurança e liberdade para a Corte em comparação às ações e reações políticas do passado. Esse é

dencial forte sobre a agenda legislativa do país.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Choosing Judges in Brazil: Reassessing Legal Transplants from the United States. *The American Journal of Comparative Law* Vol. 59 (2), 2011, p. 556: “o nível e o alcance do ativismo é menos partidário no Brasil do que nos Estados Unidos”.

o ponto fundamental relacionado à como o ambiente político pode ensejar a ascensão do ativismo judicial. No caso brasileiro, *estabilidade democrática e fragmentação do poder político* têm sido variáveis correlacionadas que podem explicar esse novo padrão de relações institucionais entre o Poder Executivo federal e o Supremo Tribunal Federal em favor da recente ascensão de poder do último.

3.3. ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA E FRAGMENTAÇÃO DO PODER POLÍTICO

A fragmentação *horizontal e partidária* do poder político pós-1988, tendo promovido estabilidade democrática¹⁵⁵ e segurança institucional, principalmente, a partir do primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998),¹⁵⁶ parece um dos

¹⁵⁵ É, sem dúvida, difícil para a Teoria Política moderna explicar o *paradoxo* de a expansão da democracia em vários países, notadamente a partir da metade do século passado, vir acompanhada da ascensão de cortes constitucionais, instituições essencialmente “contramajoritárias”. A afirmação normativa que a existência de um judiciário independente e ativista seja condição de um sistema político democrático é problemática e não interessa diretamente para este estudo. No entanto, a afirmação, tanto normativa como descritiva, que a presença de um governo democrático seja uma condição necessária, embora ainda não suficiente, para a ascensão política de juízes e cortes parece difícil de ser refutada. Nesse sentido, cf. TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn (Org.) *The Global Expansion of Judicial Power*. Op. cit., p. 29. Em sentido diverso, com a perspectiva da presença estratégica da judicialização da política e do ativismo judicial nos estados autoritários, cf. MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: Functions of Courts in Authoritarian Politics. In: _____. _____. (Ed.) *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008, pp.1/22.

¹⁵⁶ Timothy J. Power, Brazilian Democracy as a Late Bloomer. Reevaluating the Regime in the Cardoso-Lula Era. *Latin American Research Review* (Special Issue), 2011, p. 219, reconhecendo a consolidação da democracia no Brasil, principalmente a partir do primeiro governo Fernando Henrique

elementos convincentes de explicação para a formação desse *ambiente político favorável à ascensão institucional do Supremo*. A difusão do poder político pode favorecer a ascensão institucional das cortes em dois aspectos – *(i)* eleva as oportunidades de conflitos e, conseqüentemente, de judicialização de questões políticas relevantes; *(ii)* aumenta a independência das cortes para decidir sobre essas questões, haja vista a *inexistência de uma instância hegemônica de poder*. No Brasil pós-1988, a divisão horizontal do poder de governo entre Legislativo e Executivo – distribuição de competências legislativas (arts. 48 a 50; art. 84) – somado à operação do regime pluripartidário estabelecido na Constituição (art. 17) têm proporcionado um arranjo político-institucional que se encaixa muito bem nessa fórmula dúplice de *causas e efeitos*.

Com a operação real de múltiplos partidos políticos, criou-se um ambiente de disputas e barganhas que, além de impedir que agremiações soberanas apareçam,¹⁵⁷ assegura a fragmentação do poder político entre o Executivo e o Legislativo e dentro desses próprios poderes. O arranjo de pluripartidarismo entrincheirado somado à fragmentação formal do poder político entre Executivo e Legislativo tem resultado, na prática, a necessidade de *trocãs* entre o Governo e uma maioria de representantes legislativos de diferentes partidos, por meio das quais o chefe do Executivo, com o propósito de obter apoio da maioria do Congresso para implementar sua agenda de políticas públicas, distribui pastas ministeriais entre membros dos principais partidos. O “Presidente brasileiro [ainda] é, de jure e de fato, o principal legislador do país”, porém, a aprovação de seus projetos depende “do apoio sistemático e disciplinado de

Cardoso, destaca como característica sobressalente de nosso novo arranjo político-institucional “a ausência de qualquer ator antissistema importante dotado de influência política”.

¹⁵⁷ Em 2011, 513 vagas da Câmara dos Deputados eram ocupadas por 19 partidos; 81 vagas do Senado, entre 15 partidos. Nove partidos possuíam em torno de 5% por cento ou mais dessas participações.

uma coalizão partidária”. Ele só consegue governar com esse “apoio parlamentar estruturado e disciplinado”.¹⁵⁸ Essa prática de formação de base de sustentação política do governo ficou conhecida como *presidencialismo de coalizão*.¹⁵⁹

O presidencialismo de coalizão tem como contrapartidas a formação de uma oposição igualmente organizada e um relacionamento de relativa reciprocidade entre Executivo e Legislativo. Ou seja, na prática, esse regime tem proporcionado “um padrão consistente de governo *versus* oposição, com razoável disciplina entre os diversos parceiros do governo e alta disciplina por parte da oposição.”¹⁶⁰ Operando assim – eis o ponto fundamental – esse modelo de governança tem tido o sucesso de *impedir*, ao menos até aqui, *uma formação hegemônica de poder político*.¹⁶¹ Ainda que o chefe do Executivo consiga impor sua agenda e o poder de barganha seja assimétrico, ele deve, para tanto, dialogar com diferentes partidos no Legislativo e enfrentar uma oposição sempre mobilizada. Essa dinâmica tem tido a virtude de evitar a concentração excessiva e perigosa de poder nas mãos do Presidente da República que, mesmo ainda sendo a figura política mais poderosa do país, precisa de um Congresso multipartidário cooperativo para governar ple-

¹⁵⁸ LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 256.

¹⁵⁹ A origem do termo coube a Sérgio Henriques H. Abranches, Presidencialismo de Coalizão. O Dilema Institucional Brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Vol. 31 (1), 1988, pp. 5/38. Cf. SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 84; Idem. Partidos no Presidencialismo de Coalizão. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Vol. 45 (2), 2002, pp. 237/264.

¹⁶⁰ SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão*. Op. cit., p. 109.

¹⁶¹ O modelo não é imune a críticas. As principais são que ele favorece o clientelismo entre Executivo e parlamentares e que promove o aumento do custo orçamentário brasileiro.

namente e pôr em prática suas políticas públicas.¹⁶² Previne-se, dessa forma, a hipertrofia do Executivo, tão *consistente* no passado.

Com a inexistência de uma força política hegemônica, há a necessidade de mais diálogo entre Executivo, interessado na aprovação das leis, sua base pluripartidária de governo no Legislativo e, dependendo do veículo legislativo, a base pluripartidária de oposição. Isso significa *fragmentação real do poder político*, o que repercute positivamente para a *estabilidade democrática* e para a *segurança institucional* e, dentro da lógica de implicações entre difusão de poder político e independência judicial,¹⁶³ cria um *ambiente político que permite a atuação mais ativista do Supremo Tribunal Federal*.¹⁶⁴ Com esse arranjo político competitivo, principalmente com o respeito do Executivo à sua independência, a Corte tem atuado com boa dose de liberdade para avançar o projeto constitucional contemporâneo de limitação do poder em favor dos direitos fundamentais. Em diferentes casos, aliás, ela tem sido até útil para os poderes políticos e mesmo uma necessidade desse sistema fragmentado

¹⁶² LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) *Reforma política no Brasil*. Op. cit., p. 256: “O presidente não pode ir contra a vontade do Congresso. Por isso, precisa formar uma coalizão legislativa que lhe garanta a maioria necessária”; cf. SANTOS, Fabiano. Partidos no Presidencialismo de Coalizão. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Vol. 45 (2), 2002, p. 245.

¹⁶³ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit., p. 18: “Difusão política (...) permite que cortes exerçam mais poder. Aumentando a incerteza, democratização leva à maior demanda por *judicial review*; a extensão da difusão política determina como bem sucedidas as cortes podem ser em afirmar poder.”

¹⁶⁴ Luciano da Ros, Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade* Vol. 31, 2007, p. 94, sintetiza o argumento da seguinte forma: “quanto mais disperso o poder político, mais independentes tendem a ser os tribunais, abrindo espaço para que os julgadores dêem maiores mostras de ativismo”.

de poder.

Dentro desse quadro contemporâneo de fragmentação de poder político, portanto, de concorrência partidária e de abertura à alternância de titularidade do governo (*incerteza eleitoral*), os atores e partidos políticos têm feito do Supremo hoje um fator de equilíbrio do poder.¹⁶⁵ Em vez de reações muito negativas às suas decisões, os atores e partidos políticos estão sempre acionando a Corte para contestar, derrubar, postergar ou, ao menos, desacreditar as leis que não puderam obstaculizar na arena político-deliberativa, repercutindo para a sociedade ideias que futuramente podem se tornar dominantes. Talvez, por isso, não seja nada interessante para qualquer desses atores o enfraquecimento político e institucional da Corte. Ela pode ser útil em um futuro próximo.¹⁶⁶ Com amplo acesso às ações

¹⁶⁵ Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, *Revista de Direito do Estado* Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60, fala no Supremo pós-1988 como “exerce[ndo] uma espécie de poder moderador”. Sobre esse papel das cortes constitucionais em abstrato, cf. GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science* Vol. 8, 2005, p. 428.

¹⁶⁶ Ainda que não seja clara a aplicação da *estratégia do seguro*, desenvolvida por Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit., p. 22 et seq, para a formação da Constituição de 1988, ela faz muito sentido como um dos fatores que explicam o porquê de nossa política ordinária não objetar, mas ao contrário, continuamente fortalecer os poderes decisórios do Supremo em um sistema político aberto à alternância de poder. Ginsburg se dispôs a investigar um aparente paradoxo: porque políticos, sempre motivados por interesses próprios, decidem estruturar, nas constituições, cortes com poderosos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis, se esses instrumentos poderão ser utilizados, no futuro, contra eles mesmos. Para Ginsburg, a fragmentação do poder político e a incerteza eleitoral são as variáveis explicativas. Se um dado grupo político, quando esboçando a constituição, prevê que estará no poder por um largo período de tempo, ele se esforçará para estabelecer fracos instrumentos de controle judicial. De outro lado, se esse grupo não se sente seguro sobre sua posição futura no governo, “eles procurarão entrincheirar *judicial review* como uma forma de *seguro político*”, de modo que, “mesmo se perderem a eleição, eles serão capazes de ter algum acesso a um fórum no qual poderão desafiar a legislação”. Políticos inseguros preferem

constitucionais abstratas do Supremo – ADI, ADC e ADPF – esses diferentes atores, máxime os partidos de oposição, têm finalizado muitas de suas *lutas político-legislativas* fora da arena parlamentar: o último *round* tem sido no Supremo Tribunal Federal, o *veto point*¹⁶⁷ fora da estrutura político-partidária, mas dentro da dinâmica político-legislativa.

O próprio Governo federal tem capitalizado em deixar, para o Supremo, decisões sobre questões muito controvertidas, envolvidas em desacordos razoáveis e de alto custo político. Muitas vezes, o Governo gostaria de avançar posições controvertidas de direitos, mas encontra bloqueios nos processos legislativos do Congresso e até dentro de seu partido ou coalizão. Isso costuma ocorrer por três razões especiais – os legisladores, mesmo os da coalizão multipartidária de governo, possuem prioridades diferentes e pretendem avançá-las dentro de suas limitações temporais de mandato; o tema controvertido não encontra consenso mínimo no Congresso nem mesmo no partido ou coalizão de governo; embora a maioria concorde com a proposta do Governo, são todos receosos dos custos políticos diante do caráter muito controvertido da matéria. Em outras oportunidades, o próprio Governo, apesar do desejo em avan-

cortes mais vigorosas e poderosas; políticos otimistas, o contrário.

¹⁶⁷ Para caracterizar a fragmentação do poder político, a ciência política contemporânea tem distinguido *veto players* – os atores políticos com diferentes poderes de veto sobre as decisões político-legislativas – e os *veto points* – as oportunidades institucionais que esses atores possuem para o exercício desses vetos. Com a expansão da jurisdição constitucional, as cortes têm sido caracterizadas como importantes *veto points*. Cf. TSEBELIS, George. *Veto Players. How Political Institutions Work*. New Jersey: Princeton University Press, 2002, p. 20: “*Veto players* são atores individuais ou coletivos cujo consentimento é necessário para uma mudança do *status quo*. (...) Se *veto players* são gerados pela constituição, eles são chamados de *veto players* institucionais.” TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Op. cit., pp. 75/76: *veto points* são “oportunidades de decisões que permitem que atores políticos exerçam ou ameacem exercer um veto sobre um plano de ação política”.

çar temas controversos, fica receoso dos custos políticos tanto de uma reação negativa por parte de seus eleitores como dos conflitos que podem surgir dentro de seu partido ou coalizão. Nesses casos, a estratégia tem sido deixar a decisão para o Supremo, cujos membros são eleitoralmente irresponsáveis.¹⁶⁸

Questões como aborto e união homoafetiva vêm logo à mente. Nesses casos moral e politicamente hipercontroversos, os bloqueios político-deliberativos, maximizados pela difusão partidária do poder, ganham a forma de um *impasse* (*deadlock*) tão resistente que nem o mais articulado líder político consegue superar. Muitas vezes nem faz muita força. Quando isso ocorre, o *empowerment* do Supremo torna-se uma *necessidade sistêmica*.¹⁶⁹ Como prova sua prática decisória, o Supremo tomou decisões sobre esses temas cruciais no lugar da política. E decidiu como o Governo federal contemporâneo gostaria de ter feito,¹⁷⁰ mas, em razão de dissenso incontornável ou de fuga estratégica, não fez. Vale aqui a lição definitiva de Mark Tushnet: “políticos suportam a *judicial review* porque eles a julgam politicamente útil”¹⁷¹ – juízes e cortes podem atuar até em favor do regime dominante e contra impasses parlamentares, absorvendo a responsabilidade por decisões controversas.¹⁷² E isso sem deixar de ser, em outras oportunidades, uma

¹⁶⁸ WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Op. cit., p. 86.

¹⁶⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Op. cit., p. 35: para o sistema político polarizado de Israel e seus impasses decisórios, o autor falou em “dependência sistêmica” da comunidade política em face da Suprema Corte.

¹⁷⁰ Prova disso foram os pareceres da Advocacia Geral da União, em ambos os processos, favoráveis à procedência dos pedidos.

¹⁷¹ TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. Op. cit., p. 97.

¹⁷² WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Op. cit., p. 84: “Políticos eleitos não seriam esperados a concordar com essa transferência de autoridade [para as cortes] se não recebessem

força contramajoritária por excelência.

Portanto, é certo que a ascensão do ativismo judicial do Supremo responde significativamente a fatores políticos. A Corte tem desenvolvido sua jurisprudência assertiva em um ambiente político sem resistências sistêmicas que representem ameaças à sua independência ou que forcem seu recuo institucional. Mesmo o Executivo federal, que ainda é a maior força política do país, tem respeitado o protagonismo do Supremo em diversas áreas. Por tudo isso, nosso sistema político fragmentado e competitivo vem atuando de modo a permitir o avanço do poder decisório do Supremo, principalmente porque – e talvez enquanto – o Executivo federal tem contribuído para esse avanço.

4. OS FATORES SOCIOLÓGICOS

Esse ambiente favorável à ascensão do Supremo também responde a *fatores sociológicos*. Ainda que não todas, mas muitas das recentes decisões cruciais, que impuseram “deveres republicanos” às instituições políticas ou afirmaram direitos, “atend[em] anseios sociais antigos, inclusive alguns que jamais tiveram condição de se articular formalmente.”¹⁷³ Esse *alinhamento popular das decisões*¹⁷⁴ acaba cumprindo um sutil, porém, importante papel nas interações institucionais entre os poderes políticos e as cortes.¹⁷⁵ É que, dificilmente, os repre-

algo em troca”.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. *Consultor Jurídico*, 03/01/2012. www.conjur.com.br <acesso em 15/02/2012>

¹⁷⁴ Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*. *Harvard Law Review* Vol. 118 (6), 2005, pp. 1827/1833, fala em “legitimidade sociológica” das decisões.

¹⁷⁵ CLARK, Tom S. *The Limits of Judicial Independence*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 4: para o autor, a necessidade desse alinhamento serve de restrição à independência das cortes e isso porque elas

sentantes políticos vão se opor hostilmente a decisões que satisfaçam a “vontade popular”, por mais difícil que seja definir essa vontade. Os casos do “nepotismo” e da “fidelidade partidária” são bons exemplos em que reações políticas adversas mais pareceriam disposição de continuar a fazer o que é republicaneamente reprovável.

Ainda tendo em conta a preocupação com a opinião pública, reações orgânicas em face de decisões cruciais de direitos, como as favoráveis à “união homoafetiva” e ao “aborto de fetos anencéfalos”, podem marcar Governo e Parlamento como instituições conservadoras e reacionárias, devendo a contestação realmente ficar apenas para as “bancadas dogmáticas”, que são naturalmente adversárias desses resultados. Legislar questões moralmente hipercontroversas causam inevitáveis custos políticos e os órgãos de representação popular transferem esses custos de decisão para o Supremo. Porém, uma vez julgadas essas questões, reverter decisões progressistas de direitos pode causar custos políticos ainda maiores. Omissão em um primeiro momento e respeito institucional ao Supremo no segundo acabam sendo as atitudes estratégicas mais convenientes. No final, a legitimidade social das decisões ativistas fala muito alto. Em avançar posições de direitos fundamentais cruciais e satisfazer a opinião pública, o *ativismo judicial é também socialmente fortalecido*.

Essa perspectiva é ainda mais saliente diante da significativa demanda social de direitos no Supremo vis-à-vis o déficit de confiança popular no Parlamento. Há uma desilusão da sociedade com a classe política, que transfere parte dessa confiança ao Judiciário, principalmente em se tratando de direitos fundamentais. Organizações e grupos sociais, antes alijados de muitos processos decisórios fundamentais, que tinham muitas

precisam da vontade política para que suas decisões sejam executadas e essa vontade política só estará presente em favor de decisões que tenham apoio popular.

de suas reivindicações amplamente ignoradas no debate parlamentar, ganharam uma nova forma de representação no Supremo e têm feito amplo uso desses instrumentos.¹⁷⁶ Como afirmado pela professora Gisele Cittadino, em diferentes países, e também no Brasil, “é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se denomina como ‘ativismo judicial’”.¹⁷⁷

Portanto, sob a perspectiva sociológica, o ativismo judicial deve ser visto como a recente resposta que o Supremo vem oferecendo ao contexto contemporâneo de consciência de direitos pela sociedade e de demanda desses direito diretamente em sua esfera de atuação, em vez das arenas políticas tradicionais. Assim, o protagonismo do Supremo deve ser visto também como uma decorrência da desconfiança dos grupos sociais com a ineficiência administrativa e a omissão legislativa para a proteção de direitos, em meio a um verdadeiro processo de “deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário”.¹⁷⁸ Essa é a lógica superior da construção social do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

IV. FATORES JURÍDICO-CULTURAIS

¹⁷⁶ Conforme estatística do próprio Supremo Tribunal Federal, com dados atualizados até junho de 2012 (cf. site do STF), as entidades de representação da sociedade civil (Confederação Sindical e Entidade de Classe de âmbito nacional) são os legitimados que mais propõem as ações no âmbito do controle concentrado: 25,3% de 4.751 ADIs; 33,3% de 30 ADCs; 29,0% de 255 ADPFs. Esses dados são reveladores da grande importância que a mobilização da sociedade civil, em torno de seus direitos, possui para a ascensão decisória do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁷ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 232.

¹⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 30.

Por fim, além de toda a importância desses fatores institucionais, políticos e sociais, a ascensão do ativismo judicial do Supremo também é marcada pela *transformação dos métodos adjudicatórios* da maioria contemporânea de seus membros. A maioria dos ministros da Corte, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, era adepta de um positivismo legalista, da deferência aos poderes políticos e da interpretação e aplicação ortodoxa da constituição e dos direitos constitucionais. Durante os primeiros dez anos de vigência da Constituição, ainda atuaram muitos ministros conservadores que foram nomeados durante a ditadura militar, sendo que, quatro desses permaneceram no Supremo até o início deste século. Dentro desse grupo, sobressaía a figura de Moreira Alves, um dos mais importantes juízes da história da Corte, defensor quase imbatível de posições de autorrestrição judicial e que, com sua forte liderança intelectual, foi muito influente para as decisões da Corte até sua aposentadoria, em 20/04/2003.

Contudo, a aspiração normativo-transformativa da nova Constituição não combinava com esse *conservadorismo jurisprudencial*. Para avançar as novas propostas constitucionais, seriam necessárias reflexões intelectuais e práticas interpretativas que pudessem oxigenar o comportamento adjudicatório do Supremo. Na Itália, por exemplo, a substituição dos “velhos e conservadores juízes” da Corte de Cassação pelos “novos” juízes constitucionais da Corte Constitucional foi paradigmática dessa necessidade.¹⁷⁹ Conosco, isso ocorreu com a introdução,

¹⁷⁹ Não obstante toda a pretensão revolucionária e democratizante da Constituição italiana pós-II Guerra (1947), ela não teve a *vida concreta* que dela se esperava em seus primeiros anos e isso por dois motivos principais e inter-relacionados – *primeiro*, porque o Parlamento quedou-se inerte, de forma que a nova ordem constitucional precisou conviver por um longo tempo com a antiga legislação ordinária fascista; *segundo*, porque a Corte Constitucional só foi instalada em 1956, cabendo à vetusta Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*) a responsabilidade por dar a última palavra no

promovida por novos juízes, de *ideias neoconstitucionalistas* nos discursos de decisão da Corte.¹⁸⁰

Supremacia normativa e axiológica da constituição, centralidade e irradiação dos direitos fundamentais, normatividade dos princípios, reaproximação entre direito e moral (*virada kantiana*) e afirmação do papel político-institucional e de agente de transformação social do Judiciário passaram a fazer parte do pensamento e da prática da maioria dos membros do Supremo. Ocorreu uma *transformação jurídico-cultural* no nível da prática discursiva do Supremo dirigida a realizar efetivamente a nova Constituição¹⁸¹ – rejeição ao formalismo literalis-

âmbito do controle judicial de constitucionalidade. Esta, contudo, comportou-se de modo absolutamente passivo. A Corte de Cassação, como órgão de cúpula da magistratura, era composta, à época, por juízes cuja formação cultural e profissional se deu durante o regime político fascista e, por isso mesmo, atuavam dominados por tendências nostálgicas e conservadoras e não estavam preparados nem dispostos para exercer o controle de constitucionalidade das leis. Na verdade, eles eram especialmente hostis a qualquer forma de justiça constitucional. A atuação concreta da Constituição e dos direitos fundamentais apenas tornou-se amplamente possível com a Corte Constitucional. Cf. BATTAGLIA, Achille, *I giudici e la politica*, Bari: Laterza, 1962; CALAMANDREI, Piero. L'Inadempimento Costituzionale. In: *La Costituzione e le Leggi per Attuarla*. Milão: Giuffrè, 2000; CELOTTO, Alfonso. *El Derecho Juzga a la Política. La Corte Constitucional de Italia*. Buenos Aires: Ediar, 2005.

¹⁸⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Op. cit., p. 66 et seq; Sobre os riscos dessas ideias, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 40-41.

¹⁸¹ Uma passagem do voto do ex-ministro Eros Grau, em STF – Pleno, ADPF 144/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/08/2008, p. 567, é paradigmático dessa transformação: “algumas vezes me detenho, perplexo, indagando a mim mesmo como terá sido possível aos nossos juízes definir normas de decisão nos anos anteriores à década de noventa, quando ainda a distinção entre princípios e regras não havia sido popularizada.”.

ta de outrora; interpretação mais criativa da Constituição e dos textos legais; prevalência do discurso dos direitos fundamentais sobre as prioridades do Estado; inclusão de argumentos de caráter moral e pragmático como justificativas normativas; afirmação do ofício da Corte na adequação da Constituição às transformações sociais.¹⁸² Essa nova perspectiva comportamental tornou menos nítidas as fronteiras entre Direito e Política na jurisprudência do Supremo e avançou seu papel sobre a realidade social.

É difícil precisar o momento dessa ruptura. Esse processo teve início e passou a se desenvolver, gradualmente, na medida em que os antigos juízes, nomeados pelo Regime Militar, se aposentaram e ocorreu a ascensão intelectual de ministros como Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello e, principalmente, Sepúlveda Pertence, na segunda metade da década de noventa. Porém, acredito que os marcos subjetivos de mais impacto foram outros: a citada aposentadoria, em 2003, de Moreira Alves – mais importante líder intelectual da jurisprudência conservadora do Supremo e de suas práticas de autorrestrição judicial;¹⁸³ a simultânea ascensão argumentativa de Gilmar

¹⁸² Essas transformações adjudicatórias sugerem a ocorrência, na prática decisória do Supremo, do fenômeno da aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*. Sobre essa aproximação, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 54/60.

¹⁸³ Não seria a primeira vez que a aposentadoria de um destacado juiz influenciaria a transformação da postura decisória de uma corte. Como citado no Capítulo I, item 4.2, *supra*, a aposentadoria de Felix Frankfurter cumpriu importante papel para a ascensão do ativismo judicial da Corte Warren. Em sentido inverso, há casos de aposentadorias de juízes proativos e superinfluentes resultarem o declínio do ativismo judicial de suas cortes: foi o caso de Aharon Barak (1978-2006) para a Suprema Corte de Israel (cf. HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 90); o caso de László Sólyom (1990-1998) para a Corte Constitucional da Hungria (cf. SCHEPPELE, Kim Lane. *After Solyom, a retreat into formalism? The New Hungarian Constitutional Court*. *East European Con-*

Mendes – maior defensor de práticas interpretativas ativistas; as nomeações de ministros feitas pelo presidente Lula entre 2003 e 2006 – foram nomeados ministros já envolvidos com as reflexões do paradigma neoconstitucional e com disposição muito mais ativista que os ministros do passado.¹⁸⁴

A liderança argumentativa do Supremo, nos últimos dez anos, tornou-se muito mais difusa, principalmente, quando comparada ao período de predomínio do discurso decisório conservador de Moreira Alves. Os diferentes *líderes argumentativos* da atualidade compartilham, em maior ou menor medida, as *novas reflexões e premissas teórico-filosóficas* que favorecem o avanço institucional da Corte. São todos, em alguma e diferente medida, ativistas. Essa transformação jurídico-cultural das práticas decisórias da Corte consiste, portanto, em uma *variável endógena* que *fecha o ciclo de fatores* do ativismo judicial.

Como dito logo na Introdução, a ideia central deste texto é que a ascensão do ativismo judicial não resulta simplesmente da iniciativa de juízes assertivos, mas que isso responde a diferentes fatores, máxime a fatores institucionais e sociopolíticos. Sem embargo, juízes com pretensões de ativismo judicial pouco ou quase nada podem fazer diante de desenhos institucionais pobres e, principalmente, de ambientes políticos hostis. Porém, isso não significa que a atuação de juízes dotados de uma cultura jurídica voltada para a afirmação destacada do papel judicial não seja um fator importante. Mesmo cortes institucional-

stitutional Review Vol. 8 (4), 1999, p. 81); o caso de Anthony Mason (1987-1995) para a Corte Superior da Austrália (cf. WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. 'Restrained Activism' in the High Court of Australia. In: DICKSON, Brice (Ed.). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 19).

¹⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al (Org.) *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Op. cit., p. 541-594.

mente fortes, dotadas de amplos poderes decisórios e inseridas em um ambiente político “simpático e respeitoso” precisam, para ascender politicamente, de juízes com disposição ativista.¹⁸⁵ Pode-se até falar em uma hierarquia funcional de fatores, sendo os políticos e os institucionais considerados os mais salientes, mas todas essas variáveis devem operar em conjunto, de forma que os fatores jurídico-culturais, tidos como endógenos aos processos decisórios, inseridos por meio das reflexões teóricas e filosóficas de novos ministros da Corte,¹⁸⁶ também cumprem um papel relevante para a ascensão do ativismo judicial.

V. CONCLUSÕES

O professor Mark Tushnet, um dos mais importantes críticos da *judicial review* nos Estados Unidos, disse que “escrever sobre a Suprema Corte é como atirar em um alvo em movimento”.¹⁸⁷ Novas decisões ameaçam fazer piada das análises anteriores. Por esse motivo, prognósticos talvez devam ser evitados. Contudo, o modo e a intensidade com que vêm se desenvolvendo os fatores explicativos do ativismo judicial do Supremo parecem deixar poucas dúvidas que tudo tem conspirado em favor da continuidade do fenômeno. Como bem disse Georg Vanberg, as cortes precisam ajustar o seu comporta-

¹⁸⁵ Como disse Lawrence Baum, *Understanding Courts as Policy Makers. American Bar Foundation Research Journal* Vol. 8 (1), 1983, p. 243-244, *oportunidades* “não são o mesmo que *obrigações*”. Ou, com certo exagero, como observou Rodrigo Nunes, *Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional and the Right to Health. Latin American Politics and Society* 52 (3), 2010, p. 68, o “ativismo é improvável de emergir se juízes não aderem a certas opiniões programáticas sobre o papel judicial”.

¹⁸⁶ Ministros cujas normações dependem, igualmente, de fatores políticos e institucionais.

¹⁸⁷ TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. New York: W.W. Norton, 2005, p. 347.

to ao ambiente político que pertencem¹⁸⁸ e é isso o que o Supremo fez no passado – hostilidade e passivismo judicial – e tem feito no presente – liberdade e ativismo judicial.

O diagnóstico do passado é o de uma *Corte constrangida e institucionalmente debilitada*: o Supremo, de fracos poderes e instrumentos decisórios, até tentou, algumas vezes, intervir sobre o poder político arbitrário em defesa das liberdades fundamentais, mas acabou submetido ao poder de Executivos hipertrofiados e autoritários. O diagnóstico do presente, ao contrário, é o de uma *Corte institucionalmente fortalecida e ativista*: decisões políticas, formais e informais, têm construído uma estrutura ampla de oportunidades para o avanço do ativismo judicial do Supremo e ele tem, ultimamente, aceitado essas oportunidades e ampliado sua participação na vida política e social nacional com uma independência e liberdade decisória nunca antes experimentada.

Por sua vez, o prognóstico, como a história sugere, é que a manutenção dessa situação não é uma decisão pura e simples dos ministros do Supremo, mas isso dependerá sempre e, principalmente, da política, máxime da disposição do Poder Executivo federal em quando e até que ponto deixar, como disse Stephen Breyer, “o monstro-da-corte solto” (*turning the court-monster loose*).¹⁸⁹ Por enquanto, o Supremo tem sido motivado pela nossa dinâmica político-democrática a interferir nos processos decisórios cruciais, no governo e na sociedade com intensidade e profundidade. O Supremo Tribunal Federal, sem enfrentar reações sistêmicas relevantes, tem confrontado o Poder Executivo federal e interferido na agenda do Congresso Nacional – respectivamente, os casos do “Mensalão” e da proi-

¹⁸⁸ VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 170.

¹⁸⁹ GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). *Judges in Contemporary Democracy*. Op. cit., p. 39: intervenção de Breyer à palestra de Dieter Grimm.

bição da votação extemporânea da derrubada do veto presidencial sobre a Lei dos Royalties, inclusive com repercussões para a votação do orçamento de 2013, são exemplos recentes e contundentes.

Nossa política vem alimentando o ativismo judicial e o ativismo judicial alimenta a si mesmo. A política dá a oportunidade e a Corte aproveita-a e avança sua posição e amplia seu poder no arranjo institucional brasileiro. Quanto mais crescer esse papel da Corte, maior será sua tendência a adotar visões livres, expansivas e inovadoras da Constituição e dos direitos constitucionais. Não se pode precisar até que ponto esse arranjo permanecerá, isso certamente apenas o ambiente “pós-Mensalão” poderá nos dizer ...

