



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Micheli Pereira

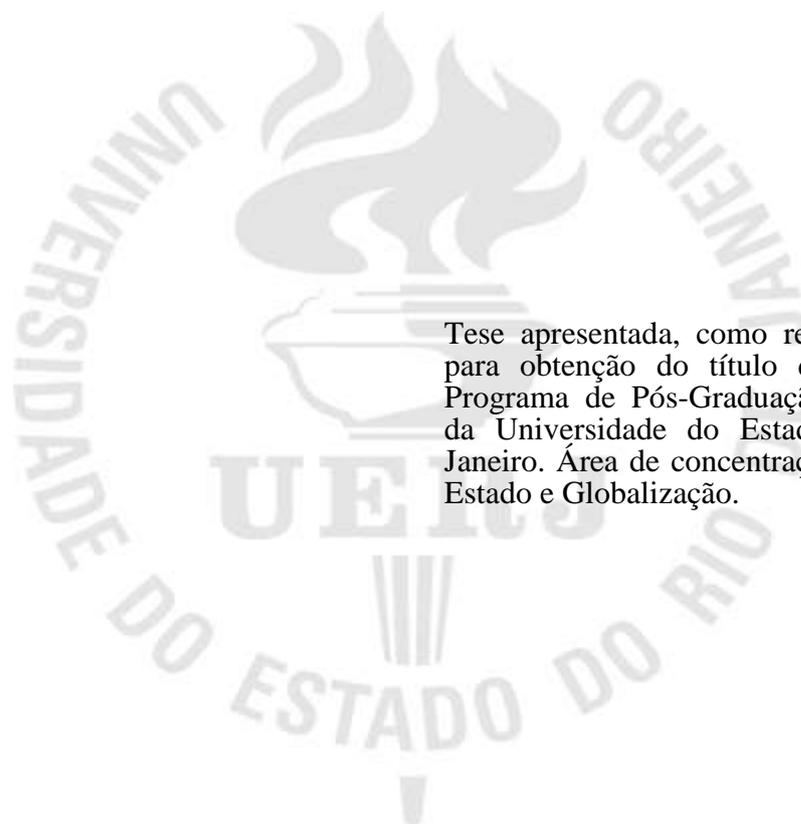
**O enigma da independência judicial:
uma análise à luz da história institucional do Supremo Tribunal Federal**

Rio de Janeiro

2016

Micheli Pereira

**O enigma da independência judicial:
uma análise à luz da história institucional do Supremo Tribunal Federal**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P436

Pereira, Micheli.

O enigma da independência judicial : uma análise à luz da história institucional do Supremo Tribunal Federal / Micheli Pereira . - 2016.
308 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 2.Direito constitucional –
Teses. 3.Poder judiciário – Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.56

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Micheli Pereira

**O enigma da independência judicial:
uma análise à luz da história institucional do Supremo Tribunal Federal**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 04 de março de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dr.^a Jane Reis Gonçalves Pereira
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr.^a Cláudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

A Teresinha Buss e Adilo Pereira, com minha eterna admiração e gratidão.

A Sérgio Fernando de Melo, com todo o meu amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a *Deus*, por tudo que opera em minha vida. Uma existência marcada de bênçãos e repleta da presença de pessoas especiais, a quem eu tenho a honra e o privilégio de agradecer aqui, apenas reforçam a minha certeza de seu *infinito amor* por mim.

Agradeço aos meus pais, a quem eu tanto admiro. À minha mãe, Teresinha Buss, minha *amiga* de todas as horas, que mesmo na distância se faz tão presente em minha vida. Minha admiração e o meu amor por você são tão grandes que quase nem cabem dentro de mim. Ao meu pai, Adilo Pereira, que até hoje me ensina, por seu modo de agir, que a simplicidade é uma virtude do ser humano e que é preciso lutar, sempre! Agradeço a vocês dois por me ensinarem a viver com dignidade, por me guiarem com dedicação e amor, mas, principalmente, por se doarem e renunciarem aos seus próprios sonhos para que, muitas vezes, fossem realizados os meus. Serei eternamente grata, por tudo!

Agradeço aos meus irmãos, Wellington Pereira, Taynara Buss Ferreira da Silva e Person Pereira, pela torcida, mesmo na distância!

Agradeço a Sérgio Fernando de Melo, o amor que Deus colocou em minha vida justamente no período do doutorado, um momento de tanta dedicação (e até de solidão). Mas, como mais um *presente do céu*, o Sérgio foi o meu *maior* incentivador e não me deixou esmorecer nos momentos mais difíceis. O seu amor, compreensão e estímulo me deram força para avançar, sempre com foco no que ainda iremos viver e construir juntos. Sou grata a você por tudo o que fez e faz por mim todos os dias. Te amo!

Agradeço, de modo especial, à CAPES, pela bolsa concedida, sem a qual o desenvolvimento deste estudo ficaria comprometido.

Agradeço ao professor Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha, meu orientador, cuja brilhante obra me foi recomendada logo que tive a notícia da aprovação no doutorado. Tive depois o privilégio de participar de suas aulas e então passei a admirá-lo por sua inteligência e entusiasmo com a docência. As leituras feitas em suas disciplinas, as suas posições e outras de suas indicações bibliográficas foram essenciais e (ou) tiveram influência direta sobre este estudo. Agradeço pela orientação, paciência e, principalmente, por me encorajar a superar as minhas dificuldades e incertezas.

Agradeço, em especial, à professora Jane Reis Gonçalves Pereira, a quem eu admiro como mulher, profissional e professora. Agradeço por suas recomendações e, sobretudo, pelas

injeções de estímulo durante a banca de qualificação, as quais foram essenciais para o aperfeiçoamento e finalização deste estudo.

Agradeço a todos os professores da UERJ, que *tanto* me ensinaram nesses quatro anos de doutorado. De modo especial, ao professor Daniel Antonio de Moraes Sarmiento, cuja inteligência e vocação para a docência o tornam tão admirável, a mim, e a todos os seus alunos. Ao professor Luís Roberto Barroso, a quem eu já admirava antes mesmo de conhecê-lo, por suas obras e escritos, mas a sua dedicação para a docência, mesmo em um período difícil de saúde, me fizeram admirá-lo ainda mais, como professor e ser humano. À professora Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos, cuja inteligência extraordinária e forma de guiar as aulas mostram que é possível discutir os temas mais incríveis de uma forma leve, espontânea e franca. Ao professor José Ricardo Ferreira Cunha, cuja alegria contagiante tornam as suas aulas tão prazerosas e produtivas. Obrigada a todos! Sinto-me muito privilegiada por ter sido aluna de cada um de vocês!

Agradeço à UERJ e a todos os seus funcionários, de modo especial, à Sr.^a Sônia Maria Lagos Leitão, que sempre foi tão atenciosa em minhas solicitações e dúvidas.

Agradeço, por fim, a todos os amigos que estiveram mais ou menos presentes e aqueles que, por diferentes meios, contribuíram para este estudo e o incentivaram.

Feliz é a pessoa que acha a sabedoria e que consegue compreender as coisas, pois isso é melhor do que a prata e tem mais valor do que o ouro. A sabedoria é mais preciosa do que as jóias; tudo o que a gente deseja não se pode comparar com ela. A sabedoria oferece uma vida longa e também riquezas e honras. Ela torna a vida agradável e guia a pessoa com segurança em tudo o que faz. Os que se tornam sábios são felizes, e a sabedoria lhes dará vida.

(Provérbios, 3: 11-18)

Se a política não recuar diante desta casa sagrada, em torno da qual marulha furiosa desde o seu começo; se os governos se não compenetrarem de que na vossa independência consiste a sua maior força, a grande força do princípio da autoridade civil; se os homens de Estado se não convencerem de que o que se passa aqui dentro é inviolável como os mistérios do culto; se os partidos não cessarem de considerar inocentes e impenetráveis sob o tênue véu dos artifícios políticos as suas conspirações contra a consciência judiciária, ai de nós! porque, em verdade vos digo, não haverá quem nos salve. O sino da liberdade não terá de dobrar sobre o sepulcro dos juízes, mas sobre o ignominioso trespasse da república, contra a qual, nas mãos da nação revoltada pela falta de justiça, se levantarão as pedras das ruas.

(Rui Barbosa)

RESUMO

PEREIRA, Micheli. *O enigma da independência judicial: uma análise à luz da história institucional do Supremo Tribunal Federal*. 2016. 308 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O que leva os atores políticos a respeitar a independência do STF e de seus membros ou por que eles não fazem isso? Ou: *quais fatores* explicam a sua independência *na prática*? Essas são as questões centrais que orientam o desenvolvimento desta tese. A história institucional do STF revela que em alguns momentos no tempo os poderosos atores políticos respeitaram a independência da instituição (e de seus membros) e, em outros, ao contrário, não o fizeram. Essa evidência, por si só, sugere que o respeito à independência do Tribunal (e seus membros) se modifica com o tempo. Mesmo no período pós-1988, em que os atores políticos assumiram uma postura geral de respeito, a manutenção da independência ainda representa um *desafio*. Historicamente, a doutrina constitucional tradicional explicou o respeito à independência judicial, inclusive do STF (e seus ministros), por meio das garantias formais. Desde o seu surgimento, tais salvaguardas tiveram o escopo de isolar os tribunais (e seus membros) da política em pontos sensíveis, com o intuito de criar uma espécie de "barreira" contra ações políticas hostis, e garantir, dessa forma, a independência judicial *na prática*. Mas a história institucional do STF demonstra que tais garantias não conseguiram inviabilizar/barrar ações políticas hostis ao longo do tempo, e, além disso, não inviabilizam/barram o emprego dos mecanismos de que os atores políticos dispõem para afrontar a independência do STF (e de seus membros) no pós-1988. Este estudo basicamente busca demonstrar que a ação dos atores políticos em respeitar ou não a independência do Supremo (e de seus membros) está ligada a questões afetas ao regime político, aos *custos* decorrentes da atuação judicial, à fragmentação do poder político e ao apoio público ao Tribunal. O objetivo geral da tese consiste em provar que a independência do STF (e de seus membros) está vinculada a fatores externos ao direito e que garantias formais não são suficientes para explicá-la/garanti-la.

Palavras-chave: Independência judicial. Supremo Tribunal Federal. Garantias formais à independência judicial.

ABSTRACT

PEREIRA, Micheli. *Judicial independence enigma: an analysis in the light of the institutional history of the Federal Supreme Court*. 2016. 308 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Why do political actors respect the independence of Federal Supreme Court (STF) and its members? Or why do they not? Or *which* are *the factors* that explain its independence *in practice*? Those are the main questions guiding this thesis. The institutional history of STF unveils that, at certain times, powerful political actors respected the institution independence (and of its members) and, at other moments, they did not. This evidence by itself suggests that the respect to the independence of the Court (and its members) has been changing over time. Even in the period after 1988, when the political actors took a position of respect in general, keeping its independence is still a challenge. Historically, the traditional constitutional doctrine has explained respect to judicial independence, including of STF (and of its ministers) by means of formal guarantees. Since their emergence, such safeguards have had the role to isolate the courts (and its members) from political sore points in order to create a kind of “barrier” against hostile political actions and, thus, guarantee the judicial independence *in practice*. However, the institutional history of STF shows that such guarantees have not been able to prevent/block hostile political actions throughout time. In addition, these guarantees do not prevent/block the use of mechanisms by political actors to confront the independence of STF (and of its members) after 1988. This study basically tries to demonstrate that the action of political actors of respecting or not the independence of STF (and of its members) is connected to the questions influenced by the political system, the costs of judicial actions, political power fragmentation and public support to the Court. The main aim of the thesis is to demonstrate that the independence of STF (and of its members) is bound to external factors not attached to law and these formal guarantees are not sufficient to explain/ensure it.

Keywords: Judicial independence. Federal Supreme Court. Formal guarantees of judicial independence.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Explicando a independência judicial (parte I)	105
Figura 2 - Explicando a independência judicial (parte II).....	108
Figura 3 - Explicando a independência do STF e de seus membros (parte I).....	214
Figura 4 - Explicando a independência do STF e de seus membros (parte II).....	215

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	O RESPEITO (OU NÃO) À INDEPENDÊNCIA DO STF (E DE SEUS MEMBROS) E AS (NÃO) RESPOSTAS DA DOUTRINA CONSTITUCIONAL TRADICIONAL	19
1.1	Alguns esclarecimentos conceituais	19
1.2	A variação no respeito à independência do STF (e de seus ministros) ao longo do tempo	24
1.2.1	<u>A República Velha (1891-1930)</u>	24
1.2.2	<u>A Era Vargas (1930-1945)</u>	33
1.2.3	<u>A República de 1946 (1946-1964)</u>	42
1.2.4	<u>A Ditadura Militar (1964-1988)</u>	48
1.2.5	<u>O Período pós-1988</u>	60
1.2.6	<u>Conclusão</u>	67
1.3	As vulnerabilidades à independência do STF (e de seus ministros) no pós-1988	68
1.3.1	<u>Impeachment para fins não disciplinares</u>	69
1.3.2	<u>Emendas constitucionais alterando estrutura/funcionamento do Tribunal</u>	75
1.3.3	<u>O orçamento do Tribunal e o salário dos ministros</u>	82
1.3.4	<u>Paralisias no processo de indicação e confirmação de juízes</u>	84
1.3.5	<u>A (não) implementação das decisões judiciais</u>	85
1.3.6	<u>Conclusão</u>	89
1.4	A insuficiência das garantias formais para explicar o respeito (ou não) à independência do STF (e de seus ministros) na prática	90
1.5	Conclusões parciais	96
2	DESVENDANDO O ENIGMA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	98
2.1	Breves considerações sobre a abordagem estratégica	98
2.2	O que leva os atores políticos a respeitar a independência dos tribunais (e de seus membros) ou por que eles não fazem isso? As principais hipóteses	102

2.3	A condição estrutural que favorece a independência judicial: a democracia	109
2.4	A independência judicial em um ambiente democrático: os custos e os benefícios da atuação judicial independente	115
2.4.1	<u>Os benefícios que uma Corte independente é capaz de proporcionar aos atores políticos</u>	116
2.4.1.1	A teoria dos compromissos críveis	117
2.4.1.2	A teoria informacional	121
2.4.1.3	Teoria da delegação de questões difíceis e impopulares.....	125
2.4.1.4	A teoria da superação de obstáculos	128
2.4.1.5	Teoria do seguro político e similares	132
2.4.2	<u>A análise (estratégica) dos custos e benefícios em preservar a independência judicial</u>	142
2.5	Os limitadores às afrontas institucionais	144
2.5.1	<u>A fragmentação política</u>	144
2.5.2	<u>O apoio público</u>	151
2.6	Os fatores que determinam o apoio público e o seu impacto sobre o comportamento judicial	165
2.7	O problema da implementação das decisões judiciais	172
2.8	Conclusões parciais	181
3	O ENIGMA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA HISTÓRIA INSTITUCIONAL DO STF	184
3.1	A (in)dependência judicial em períodos ditatoriais	184
3.2	A (in)dependência judicial em períodos democráticos	191
3.2.1	<u>A posição proativa (ou não) do STF na restrição dos poderes políticos</u>	192
3.2.2	<u>A fragmentação política</u>	196
3.2.3	<u>O apoio público (difuso)</u>	201
3.2.4	<u>Explicando a independência judicial do STF em períodos democráticos</u>	210
3.3	Riscos e possibilidades: a manutenção da independência do STF (e de seus ministros) no pós-1988	215
3.4	O STF em meio à crise institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo	229
3.5	O papel (estratégico) dos ministros na manutenção da independência judicial	237

3.6	O problema da (não) implementação das decisões judiciais em âmbito nacional	250
3.7	Conclusões parciais	262
	CONCLUSÃO	266
	REFERÊNCIAS	280

INTRODUÇÃO

Conta-se que Frederico o Grande, aborrecido com o ruído incessante gerado por um moinho de vento localizado perto de seu palácio de verão, em Sanssouci, quis comprá-lo, contudo, o seu proprietário, o moleiro, se recusou a vendê-lo. Frustrado, o Rei recorreu a ameaças: “você não sabe que eu posso usar os meus poderes para tomar o seu moinho sem pagar nada por ele?” Não impressionado, o moleiro respondeu: "com todo o respeito, Vossa Majestade poderia muito bem fazer isso se não existissem juízes em Berlim". A contragosto, Frederico cedeu. Essa charmosa (mas apócrifa) história retrata um ideal da independência judicial que assumiu um lugar central no pensamento constitucional ocidental: um ideal que vê os juízes e tribunais como aqueles que políam as fronteiras constitucionais da política, livres de influências ou subordinações impróprias dos demais ramos. A decisão do moleiro em rejeitar a solicitação de vender o moinho – e resistir às ameaças do Rei – está baseada na expectativa de que ele obterá um julgamento justo perante os *juízes (e tribunais) independentes*, os quais iriam decidir o seu conflito com base na lei, e *não influenciados ou subordinados – individual ou institucionalmente – ao monarca*. A ação do Rei, por sua vez, corrobora essa avaliação, uma vez que ele acaba por aceitar o ruído do moinho¹.

Enquanto é normativamente atraente para muitos, essa visão do papel judicial levanta um *enigma* intrigante para a independência judicial e, em especial, para o objeto desta pesquisa: o que leva os atores políticos a respeitar a independência dos tribunais e de seus membros (ou por que eles não fazem isso)? Ou ainda: quais fatores explicam a independência judicial *na prática*?

É preciso destacar, inicialmente, que a independência judicial é um conceito abstrato, que pressupõe a *ausência de vínculos ou meios de subordinação* entre os atores políticos e o ramo judicante (sob o aspecto decisional e (ou) institucional), de modo que entender o que leva os atores políticos a respeitar a independência dos tribunais e de seus membros implica entender *os fatores reais* que explicam a independência dos tribunais e seus juízes *na prática*.

¹ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.100.

A história institucional do STF, que é o objeto de análise deste trabalho, revela que em alguns momentos no tempo os poderosos atores políticos não adotaram uma posição de respeito à independência da instituição (e de seus componentes), buscando, por diferentes meios, influenciar juízes e subordinar o Tribunal. E isso não ocorreu apenas em períodos de exceção, mas também em períodos democráticos. Em outras ocasiões, ao contrário, maiorias políticas abstiveram-se de levar adiante esse tipo de ação indesejável. Essa evidência, por si só, sugere que o respeito à independência do Tribunal (e de seus membros) se modifica com o tempo. Mas o que explica essa variação? O que faz com que atores políticos ajam com respeito em alguns momentos e não em outros? Quais fatores explicam a independência do STF (e de seus ministros) *na prática*?

Mesmo no período pós-1988, em que os atores políticos assumiram uma postura de respeito, a manutenção de um sistema judiciário independente continua representando um *desafio*. E o que torna a manutenção da independência judicial algo potencialmente problemático é o fato de que as Constituições tipicamente não podem especificar todos os aspectos da estrutura judicial. Como resultado, as maiorias políticas mantêm o controle sobre detalhes importantes do Tribunal (e de seus juízes). Quando insatisfeitas com determinadas decisões, ou antecipando oposição judicial, elas podem empregar os meios "*à sua disposição*" com o propósito de punir a instituição e seus membros por suas ações e reduzir sua independência.² Por exemplo, as maiorias políticas têm poderes para: (i) julgar o *impeachment* dos ministros da Corte; (ii) alterar, por emenda à constituição, a sua estrutura/funcionamento³ etc.; (iii) apreciar o orçamento e os salários de seus componentes; (iv) indicar e confirmar juízes; (v) implementar as decisões judiciais etc.

² Cf. FERREJOHN, John. Independent Judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, v.72, p.359, jan./mar. 1999; VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.102; PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p.133 et seq.; MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.38 et seq.; RUSSEL, Peter H. Toward a General Theory of Judicial Independence. In. RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M. (Ed.). *Judicial Independence in the age of democracy: critical perspective from around the world*. The University Press of Virginia, 2001. p.13 et seq.

³ Vide ressalva feita no item 1.3.2, do capítulo 1.

Apesar de essas interferências representarem uma forma de limitação do poder político, com o propósito de conter o arbítrio, na linha como originalmente concebeu Montesquieu⁴, elas também podem ser empregadas de forma corrompida, como forma de influência/subordinação judicial e, assim, caracterizar uma afronta à independência. Por exemplo: (i) o Senado poderia "redefinir" o que constitui um crime passível de *impeachment* para incluir ações tomadas de "boa-fé"; (ii) o Congresso poderia alterar a estrutura/funcionamento do Tribunal, com o propósito de evitar certas decisões, especialmente em casos sensíveis aos seus interesses imediatos; (iii.1.) o Congresso poderia deixar de aumentar salários judiciais por um prolongado período de tempo, o que, na prática, teria o mesmo efeito que reduzi-los; (iii.2) o Congresso poderia aprovar orçamento a menor do que a proposta encaminhada pelo Tribunal como forma de represália às suas decisões/posições; (iv) o Presidente poderia omitir-se a indicar Ministros ou o Senado omitir-se a confirmá-los, gerando assim um prejuízo flagrante às atividades do Tribunal; (v) o Executivo e o Legislativo poderiam deixar de implementar as decisões com as quais não concordassem etc.

É preciso deixar claro que não se defende aqui o uso de nenhum desses mecanismos e que o único objetivo de suscitá-los é demonstrar que os atores políticos poderiam – em tese – empregá-los de forma imprópria contra o Tribunal (e seus membros) no pós-1988, como forma de influência/subordinação judicial. Paradoxalmente, porém, não é isso que vem se verificando na prática no pós-redemocratização. Como aduzido, os poderes políticos têm adotado uma posição de respeito à independência a partir de então. Mas por que isso ocorre? Se eles dispõem de ferramentas institucionais que podem empregar contra o Tribunal (e seus ministros) quando insatisfeitos com suas decisões/posições, por que em geral eles respeitam uma instituição que – pelo menos à primeira vista – é a principal destinada a restringir o seu poder político?⁵

⁴ Segundo os ensinamentos de Montesquieu, a ideia de controle recíproco tem o propósito de conter o arbítrio. Em suas palavras: "trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar". E, continua: "para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, *o poder limite o poder*" (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.166 et seq.). Os pais fundadores da Constituição dos Estados Unidos empregaram lógica semelhante para formular o seu sistema institucional, o que fica claro da leitura dos artigos 47 e 48 da obra *Os Federalistas* (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002).

⁵ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.102.

Historicamente, a doutrina constitucional tradicional explicou o respeito à independência do Tribunal (e de seus membros) por meio das garantias constitucionais formais. Tais salvaguardas, desde o seu surgimento, procuraram isolar os tribunais e seus membros da política em pontos sensíveis, com o intuito de criar uma espécie de "barreira" contra ações políticas hostis, e garantir, dessa forma, a independência *na prática*. Em outras palavras: com a criação de salvaguardas em áreas sensíveis, i. é, em áreas em que ingerências impróprias eram mais prováveis de ocorrer, elas, em tese, inviabilizariam/dificultariam as referidas ingerências e, desse modo, garantiriam a independência *no plano concreto*.

Em âmbito nacional, até mesmo a doutrina constitucional mais recente tem afirmado que as garantias formais constituem um conjunto de meios jurídicos destinados à efetivação da independência *no universo prático*⁶. Mas esse conhecimento convencional levanta um questionamento importante para os propósitos desta pesquisa: em que medida "garantias de papel" representam uma "barreira" efetiva contra ingerências políticas impróprias? Elas explicam de forma satisfatória o respeito (ou não) dos atores políticos à independência do Tribunal (e seus membros) ao longo do tempo? Elas explicam por que atores políticos não empregam as ferramentas institucionais de que dispõem contra o Tribunal (e seus membros) no pós-1988? Em caso negativo, quais fatores explicam?

Colocado de uma forma mais simples, o **problema** deste estudo é: o que leva os atores políticos a respeitar a independência do Tribunal e de seus membros (ou por que eles não fazem isso)? Ou: *quais os fatores* explicam a sua independência *na prática*? A **hipótese** é a de

⁶ Nesse sentido, cite-se o trabalho de Paulo Bonavides e outros, que sustentam que "as garantias da magistratura asseguram independência aos juízes para que possam decidir com rigorosa imparcialidade as causas que lhes são submetidas" (grifo nosso) (BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários a Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.1202-1203). Por sua vez, Walber de Moura Agra afirma que "essas garantias têm o objetivo de assegurar a liberdade funcional da magistratura, o que reforça a independência do Poder Judiciário, possibilitando que o exercício da prestação jurisdicional seja realizado com absoluta liberdade" (grifo nosso) (AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.472). Celso Ribeiro Bastos afirma que as garantias constitucionais da magistratura "visam assegurar a independência dos magistrados" (grifo nosso) (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.382). Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco argumentam que as garantias do Poder Judiciário em geral (art. 99, CF), e do magistrado em particular (art. 95, CF), "destinam-se a emprestar a conformação de independência judicial que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial" (grifo nosso) (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.975). José Afonso da Silva aduz que as garantias institucionais formais "asseguram a independência e imparcialidade dos membros do Poder Judiciário" (grifo nosso) (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.588).

que a ação dos atores políticos em respeitar ou não a independência do STF e de seus membros está mais provavelmente ligada a questões afetas ao regime político, aos *custos* decorrentes da atuação judicial, à fragmentação do poder político e ao apoio público que o Tribunal desfruta em um dado momento político-institucional. O **objetivo geral** é demonstrar que a independência do Supremo (e de seus ministros) pode estar vinculada a fatores externos ao direito e que garantias formais não são suficientes para explicá-la/garanti-la de forma satisfatória.

Os **objetivos específicos** são três, cada um dos quais ocupará um capítulo específico deste trabalho: (i) demonstrar que as garantias formais são apenas o primeiro passo para explicar/garantir a independência judicial *na prática*; (ii) apresentar uma explicação (ou teoria) dos fatores reais que levam os atores políticos a respeitar a independência do Tribunal e seus membros (ou por que eles não fazem isso); (iii) aplicar essa explicação (ou teoria) à história institucional do STF, pré e pós-1988, a fim de elucidar por que os atores políticos respeitaram (ou não) a independência do Tribunal (e seus ministros) em alguns momentos no tempo e em outros não e por que eles vêm adotando uma postura geral de respeito à independência no pós-1988 (mesmo dispondo de ferramentas institucionais que poderiam, em tese, empregar contra o Tribunal quando insatisfeitos com suas decisões/posições).

O estudo é **justificado** por duas razões. A primeira é a de que basicamente não existem trabalhos em âmbito nacional que tratam da temática aqui em análise. A segunda, e a principal, consiste em demonstrar que as garantias formais são apenas o primeiro passo para explicar/garantir a independência judicial na prática, e que a sua preservação está mais provavelmente vinculada a fatores externos ao direito. O tema abordado neste estudo demanda uma análise das instituições brasileiras como elas realmente funcionam, com o mapeamento dos *fatores reais* que levam os atores políticos a respeitar o Tribunal (e seus ministros) e a especificação do papel que o ramo judicial desempenha nesse processo. Conhecer os fatores reais que levaram – e ainda levam – os atores políticos a respeitar o STF e seus membros e, portanto, os *fatores reais* que explicam a sua independência *na prática*, não é apenas importante, mas essencial para a preservação desse importante instituto, pois apenas é possível preservá-lo à medida que se conhecem em maior profundidade as variantes que o explicam/justificam. Como aduz Frank Cross, a independência é mais deificada do que propriamente analisada⁷, e

⁷ CROSS, Frank. Judicial Independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.557 et seq.

é justamente por isso que o presente estudo busca, dentro de suas possibilidades e limitações, contribuir para diminuir essa "lacuna".

Esta tese está **dividida em três capítulos**. No **capítulo 1** procura-se demonstrar que o respeito à independência do STF e de seus membros modificou-se ao longo do tempo, e que, mesmo no pós-1988, quando esse respeito tem sido notado, a manutenção do instituto continua representando um *desafio*. Também se busca evidenciar que é insatisfatória a resposta que a doutrina constitucional tradicional oferece para explicar o respeito (ou não) à independência do Tribunal e de seus ministros ao longo do tempo, e (ou) explicar por que atores políticos vêm adotando uma postura geral de respeito no pós-1988, mesmo dispondo de ferramentas que poderiam, em tese, empregar quando insatisfeitos com suas decisões/posições. Como se argumenta ao final deste capítulo, novas respostas são necessárias para entender o que leva os atores políticos a respeitar a independência do STF e de seus membros (o que tornará possível compreender os *fatores reais* que explicam a sua independência *na prática*).

No **capítulo 2** apresentam-se os pressupostos teóricos (ou teoria) que explicam o que *de fato* faz com que os atores políticos respeitem (ou não) a independência dos tribunais (e de seus membros). Neste capítulo são abordados vários pressupostos e exemplos provenientes do direito comparado.

E, por fim, no **capítulo 3** são aplicados os pressupostos teóricos (ou teoria) abordados no capítulo anterior à história institucional do STF, explicando por que os atores políticos respeitaram (ou não respeitaram) a independência do Tribunal (e de seus ministros) em alguns momentos no tempo e em outros não, e por que eles vêm adotando uma postura geral de respeito no pós-1988.

1 O RESPEITO (OU NÃO) À INDEPENDÊNCIA DO STF (E DE SEUS MEMBROS) E AS (NÃO) RESPOSTAS DA DOUTRINA CONSTITUCIONAL TRADICIONAL

O presente capítulo tem um duplo objetivo. O primeiro é evidenciar que o respeito à independência do STF (e de seus membros) modificou-se ao longo do tempo, e que mesmo no período pós-1988, quando esse respeito tem sido notado, a manutenção do instituto continua representando um *desafio*.

O segundo objetivo consiste em demonstrar que não é satisfatória a resposta que a doutrina constitucional tradicional oferece para explicar o respeito (ou não) à independência do Tribunal (e de seus membros) ao longo do tempo, nem para explicar por que atores políticos vêm adotando uma postura geral de acatamento no pós-1988, mesmo dispondo de ferramentas institucionais que poderiam, em tese, empregar quando insatisfeitos com suas decisões/posições.

Como se verificará ao final deste capítulo, novas respostas são necessárias para entender o que leva os atores políticos a respeitar a independência do Supremo e de seus ministros (o que tornará possível compreender os *fatores reais* que explicam a sua independência *na prática*).

1.1 Alguns esclarecimentos conceituais

Este item tem por objetivo definir o que se entende por independência judicial, assim como a sua finalidade. A independência judicial tem sido considerada sob uma variedade de contextos e a partir de uma multiplicidade de perspectivas teóricas e metodológicas. A atenção que o conceito recebeu ao longo do tempo tem levado a uma confusão expressiva acerca do seu significado, especialmente quando contrastadas as posições normativas⁸ e aquelas provenientes

⁸ AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder judicial: Independencia* In Dependencia. Coimbra: Almedina, 2004. p.56-58; CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p.32; RINCÓN, Luis Esteban Delgado del. *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.67; PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.170-177; FERNANDES, Lorenzo del Río. *Independencia judicial y poder político*. In. YÁÑEZ, Miguel Grande (Coord.). *Independencia judicial:*

da ciência política.⁹ A divergência sobre o seu sentido é tão grande que Burbank e Friedman afirmaram, sem nenhum exagero, que não há literatura sobre independência judicial, mas sim 'literaturas'¹⁰. Por isso, é importante precisar o que se quer dizer com independência judicial já no início deste estudo.

Entende-se que a independência apresenta duas diferentes dimensões, as quais estão muitas vezes entrelaçadas, mas que são bastante discerníveis entre si. A primeira diz respeito à esfera do juiz individualmente, e é caracterizada pela *ausência de vínculos entre os juízes e os titulares de cargo* (i. é, os juízes são independentes quando não estão influenciados por sanções, ameaças de sanção ou promessas de recompensa feitas por atores políticos em retorno às suas decisões/posições). Essa inexistência de vínculos é almejada para que juízes atuem com liberdade de critério e autonomia intelectual, a partir de suas convicções do que é devido e justo, e não a favor ou contra algum litigante ou interesse especial. Essa dimensão está fortemente relacionada ao conceito de imparcialidade judicial.¹¹

problemática ética. Madrid: Dykinson S. L., 2010. p.107-108; REGLA, Josep Aguiló. De nuevo sobre 'independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'. In: BURGOS, Germán (Org). *Independencia Judicial en América Latina. ¿De qué? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa, 2003. p.70-72; ALONSO, Augusto Hortal. La independencia del juez y la esfera de la justicia. In: YÁÑEZ, Miguel Grande (Coord.). *Independencia judicial: problemática ética*. Madrid: Dykinson S. L., 2010. p.47-49; CARRERES, Joaquín Almoguera. La legitimidad de la función judicial: independencia y imparcialidad. In: YÁÑEZ, Miguel Grande. *Independencia judicial: problemática ética*. Madrid: Dykinson S. L., 2010. p.62-63; LINARES, Sebastián. La independencia judicial: conceptualización y medición. In: BURGOS, Germán (Org). *Independencia Judicial en América Latina. ¿De qué? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa, 2003. p.113-116.

⁹ Ver por todos: CLARK, Tom S. *The limits of judicial Independence*. New York: Cambridge, 2011. p.1-24.

¹⁰ BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Ed.). *Judicial Independence at the crossroads: an interdisciplinary approach*. California: Sage, 2002. p.9-39.

¹¹ Afirma-se que a independência é pressuposto indispensável da imparcialidade. Imparcial é a qualidade de quem não é parte. A concepção de parte está ligada a quem tem interesse na questão controvertida, de modo que o juiz imparcial será um *tertius super partes*, que atuará de forma desinteressada, isenta e objetivamente orientada pelos elementos da causa e pelo direito dos litigantes, não interferindo em favor de qualquer dos envolvidos em um determinado litígio. Um juiz imparcial é um "terceiro" orientado pelos fatos e pelo direito dos litigantes. Trata-se de uma postura inerente à posição do magistrado, que representa o órgão estatal encarregado de aplicar concretamente o ordenamento jurídico. É a contrapartida que o Estado oferece aos indivíduos no momento em que deles retira a autonomia para decidirem as questões nas quais têm interesse. É preciso destacar, porém, que embora umbilicalmente imbricados, os conceitos de independência e imparcialidade não se confundem. Note-se que um juiz pode ser independente e, apesar disso, ser 'parcial'. Apenas para citar algumas possibilidades, suponha-se que um dado juiz não esteja sob qualquer tipo de influência externa, mas simpatize com uma das partes, ou então que apresente concepções ideológicas, partidárias, políticas etc., que o leve a interferir em favor de uma das partes. Como se vê, nesses casos há 'independência', mas não há 'imparcialidade'. Mas, se por um lado, um juiz 'independente' pode ou não ser imparcial, por outro, nota-se que um juiz 'dependente' necessariamente será parcial. Basta observar que um juiz 'dependente' – i. é, um juiz sujeito a alguma interferência – não atuará de forma imparcial. Ele decidirá de forma parcial, porque está sob a influência de sanção, ameaça de sanção ou promessa de recompensa, o que o levará a interferir em favor de uma das

A segunda dimensão diz respeito à esfera do Poder Judiciário, como instituição, pois o princípio da independência judicial, além de um relativo insulamento funcional daqueles responsáveis pela administração da justiça, demanda uma verdadeira – ainda que relativa – separação de poderes. A independência, sob essa dimensão, é caracterizada pela *ausência de meios de subordinação entre os ramos*, de modo que cada uma deles possa cumprir uma função própria, como um *autêntico poder político, dotado de força e autonomia*. Essa dimensão está relacionada à ideia de equilíbrio e difusão de poderes, característica que se procurou garantir quando, desde o século XVIII, foram idealizados três poderes diferenciados e autônomos/independentes.^{12,13}

Diante disso, considera-se que a independência judicial é "violada/desrepeitada" tanto quando: (i) os atores políticos buscam estabelecer um vínculo e (ou) de alguma forma influenciar o juiz individualmente (quando, por exemplo, empregam ou ameaçam empregar sanções, ameaças de sanção ou promessas de recompensa, impedindo, assim, os juízes de adotar as suas posições sinceras); e também quando (ii) os atores políticos buscam por, algum meio em específico, subordinar o Poder Judiciário, como instituição, mitigando a sua atuação como um autêntico ramo político, dotado de eficácia e poderio, a fim de obter algum benefício

partes. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p.32; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.90-91; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v.1. p.26; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/232.htm>>. Acesso em: 18 set. 2015; ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no *civil law*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, BA, n.27, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-ANA-PAULA-OLIVEIRA-AVILA.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2015; ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.167; TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983. p.43; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1. p.220.

¹² O que buscava Montesquieu, por meio de sua clássica teoria, era repartir o exercício do poder entre diferentes pessoas, de modo a impedir a concentração de poder que pudesse comprometer a liberdade dos cidadãos, i. é, ele procurava *evitar o abuso*. Em sua célebre visão, "tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes" (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.168). Contra a possibilidade de o poder se estabelecer de forma concentrada nas mãos de um só, o francês propôs a tripartição das funções públicas, objetivando limitar o poder e proteger a liberdade individual. Zaffaroni aduz que a teoria de Montesquieu "quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autônoma com relação a outros corpos ou órgãos, de modo que se elida a tendência 'natural' ao abuso" (ZAFFARONI, op. cit., p.82).

¹³ Ver também: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989; VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007; VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O valor da Constituição: separação de poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade na origem do Estado Liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; SALDANHA, Nelson. *O Estado e a separação de poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

particular (o que pode ocorrer, por exemplo, pela interferência em sua estrutura, composição, atividades, implementação de suas decisões etc.).

E para que serve a independência judicial? Aduz-se que a independência não é valorizada por si própria, mas é almejada no processo político para ser um instrumento capaz de garantir os valores centrais do constitucionalismo. Nos Estados Unidos, desde muito cedo o governo constitucional pressupôs o *poder constituinte do povo*, ou seja, o direito do povo de fazer uma *lei superior* (Constituição)¹⁴, da qual constassem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites, dentre os quais estavam os direitos e as liberdades dos cidadãos.¹⁵ Nos tribunais se depositava a confiança para restringir os poderes políticos e preservar os princípios de justiça e os direitos existentes na lei superior, por meio da *judicial review*.¹⁶ Essa configuração passou a ser vista na Europa apenas no pós-guerra¹⁷, quando, depois das atrocidades

¹⁴ Os revolucionários norte-americanos foram muito influenciados pelo conceito de pacto social de Locke, do qual nasce nos Estados Unidos a ideia de edificar – a partir dos *direitos naturais de cada indivíduo* – um sistema político coletivo, capaz de preservar esses direitos, em especial a liberdade e a propriedade. Todos os poderes exercidos na sociedade eram considerados poderes fiduciários, exercidos no interesse do povo e revogáveis se exercidos atos contrários à confiança que sobre eles foi repousada. A lei era considerada, em Locke, produto da vontade dos homens que deixaram o estado de natureza e consentiram entre si para formar a sociedade civil, por isso, deveria ser plenamente observada. A liberdade individual não seria apenas a origem da sociedade, mas, ao invés, a sua finalidade última, sendo a Constituição o instrumento capaz de garanti-la e de fundar uma ordem jurídica nova (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: Inap, 2003. p.27-30; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p.48; LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994. p.72-75).

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Disponível: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014. p.9.

¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.19-23.

¹⁷ A ideia de Constituição surgida com a Revolução Francesa teve raiz filosófica em Rousseau, e não em Locke, e se expressou no conceito de *soberania nacional*, em oposição evidente à ideia de soberania pessoal do rei absoluto. Segundo esse conceito, apenas a *nação* seria a verdadeira *soberana*, como já havia declarado o artigo 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Houve, portanto, na França, uma mudança de um velho conceito de soberania, nascido no coração da monarquia absoluta, para um conceito de soberania pautado na *nação*. Contudo, a soberania nacional era exercida mediante representação, ou seja, a nação exercia a sua soberania por meio da Assembleia Legislativa, cuja regulação era o objeto especial da Constituição (sua origem, formação, organização, competências, relação com os demais poderes etc.). A Assembleia Legislativa, como representante do povo, reunia todos os poderes, sendo, portanto, e para todos os efeitos, a titular absoluta da soberania. Investida de todos os poderes de maneira plena – os quais, em tese, eram poderes do povo – nada e nem ninguém poderia condicioná-la. Em suma, não existiu na Europa, antes da Segunda Guerra Mundial, uma preocupação em definir a Constituição como norma jurídica, passível de invocação perante os Tribunais, especialmente por força da influência do modelo francês durante o século XIX e início do XX. Contudo, tal cenário se modificou radicalmente a partir de meados do século XX, inclusive na própria França, tendo a concepção de supremacia do Legislativo sido gradativamente superada com a expansão da jurisdição constitucional. Cf. ENTERRÍA, op. cit., p.12-13; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no*

cometidas no período, os países europeus também vieram a adotar Constituições¹⁸ e igualmente passaram a depositar confiança nos tribunais para restringir os poderes políticos e proteger os direitos consagrados nas Cartas.

O governo constitucional, portanto, é um governo limitado, e acadêmicos têm igualmente considerado a *judicial review* um mecanismo central para a restrição constitucional sobre o poder político e preservação dos princípios de justiça. Evidentemente, não faria sentido um contrapeso, uma força destinada a cuidar dos valores superiores estabelecidos na Constituição, se aquele que deveria controlar está, na verdade, sendo controlado, seja sobre a esfera individual ou institucional. Para ser eficaz, portanto, este mecanismo requer tanto juízes suficientemente independentes, que atuem a partir de suas posições sinceras do que é devido, como um Judiciário suficientemente autônomo, cuja estrutura, composição, atividades e decisões sejam preservadas/ cumpridas. A independência, assim, é avaliada principalmente a partir dos limites que pode exercer sobre o poder político e como condição para a preservação dos princípios de justiça.^{19,20}

direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p.96-97; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2013. p.33; 52; e FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p.83.

- ¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.13-25.
- ¹⁹ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.102.
- ²⁰ Essa posição foi retratada por Hamilton, no artigo n.º 78, da obra *O Federalista*, no qual o autor destacou a necessidade da independência judicial para que fosse possível exercer de forma plena o que se conhece hoje como *judicial review*, garantindo, desse modo, a "constituição limitada". Para ele, a "Constituição limitada" é aquela que "*contiene determinadas excepciones expresas respecto a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, que no se dictarán decretos de proscripción, ni leyes ex post facto o similares*" (i. é, a independência seria determinante para que, por meio do emprego da *judicial review*, o Judiciário pudesse refrear o Legislativo). (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002. artigo 78, p.198).

1.2 A variação no respeito à independência do STF (e de seus ministros) ao longo do tempo²¹

Neste item se analisará a história institucional do STF, evidenciando-se que o respeito à sua independência e a de seus membros variou ao longo do tempo. Procurar-se-á demonstrar os períodos em que a independência judicial foi desrespeitada ou quando isso não ocorreu. A análise que se segue servirá de base para as reflexões dos itens e capítulos seguintes.

1.2.1 A República Velha (1891-1930)

Durante o período da República Velha, quando o STF foi criado²², este, como instituição - assim como os seus ministros -, teve a independência desrespeitada em diversos

²¹ A estruturação deste item inspirou-se na obra do professor Rodrigo Brandão, detidamente por abordar os principais casos de afrontas institucionais ao STF (e a seus membros) a partir dos diferentes períodos da história nacional. Muitas de suas referências bibliográficas - consultadas no original - foram empregadas aqui. Destaque-se, no entanto, que outras obras sobre o tema, cujas referências encontram-se no corpo do texto, foram determinantes para o aprofundamento da análise. A abordagem desse amplo aparato histórico se justifica, por servir de base para as reflexões dos itens e capítulos seguintes. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.93 et seq.

²² Quando de sua criação, o STF contava com quinze ministros, todos escolhidos pelo Presidente e aprovados pelo Senado (art. 58, XII), dentre os cidadãos de notório saber e reputação ilibada (art. 56), com mais de 35 anos e em pleno gozo dos direitos políticos. Tão logo nomeados, os ministros se tornavam vitalícios, sem previsão de aposentadoria compulsória. As competências do STF estavam dispostas no artigo 59 da Constituição, dentre as quais se destacava a atribuição de realizar a revisão definitiva, em grau de recurso, das decisões dos Tribunais federais e estaduais que versassem sobre a validade das leis ou dos atos do governo em face da Constituição. Adotava-se, portanto, a técnica da aferição incidental da constitucionalidade das leis pelos órgãos do Judiciário (a qual já havia sido reconhecida pelo Decreto n.º 848/1890). Os seus poderes de controle de constitucionalidade, porém, eram limitados, uma vez que exercidos apenas em grau recursal, e as suas decisões não tinham eficácia *erga omnes* ou vinculante. Sem prejuízo, a Constituição de 1891 conferiu ao STF a competência para julgar *habeas corpus* em sede recursal (art. 61, 1.º), e, mais à frente, a Lei n.º 221/1894 garantiu o conhecimento de *habeas corpus* impetrado diretamente perante o STF quando o coator fosse autoridade sujeita à jurisdição dele. Essa competência foi responsável pela maior parte dos conflitos que existiram entre o Tribunal e o Executivo durante esse período da República Velha. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. *Revista de Informação Legislativa*, v.32, n.126, p.88, abr./jun. 1995; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.124-125; ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997. p.77; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.199.

momentos.²³ Já nos primeiros anos de seu funcionamento, Floriano Peixoto enfrentou "revoltas" contra o seu governo, advindas, sobretudo, daqueles que reivindicavam novas eleições presidenciais, após a renúncia de Deodoro da Fonseca.²⁴ Decretando estado de sítio, mandou efetuar inúmeras prisões e desterrou vários presos para Rio Branco, Cucuí e Tabatinga, no Amazonas. Entre os presos encontravam-se militares, parlamentares e jornalistas.²⁵ Mesmo após o fim do estado de sítio, os presos continuavam encarcerados de forma arbitrária, o que levou Rui Barbosa a impetrar *habeas corpus*²⁶ em favor de Eduardo Wandenkolk e outros.²⁷

Aborrecido com a possibilidade de o Tribunal restringir o seu poder político, e antecipando-se à ação judicial, o Presidente "*ameaçou a liberdade dos ministros do STF*" com as seguintes palavras: "se os juízes do Tribunal concedem o *habeas-corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas-corpus* de que, por sua vez, necessitarão".^{28,29} Intimidados com a ameaça, a maioria dos ministros negou o *writ*.^{30,31} Posteriormente, a questão foi debatida na Câmara dos Deputados, que acabou aprovando as medidas tomadas pelo Presidente e ao mesmo tempo concedeu anistia aos presos.³²

²³ VALE, Osvaldo Trigueiro do. O Supremo Tribunal no Império e na República. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. p.7-24.

²⁴ CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.314-315.

²⁵ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1892-1925*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.1. p.17-18.

²⁶ HC 300, j. 23/04/1892.

²⁷ COSTA, E., op. cit., p.21.

²⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1. p.23.

²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.96-97.

³⁰ O STF afirmou incompetência para julgar prisões realizadas durante o estado de sítio antes de o Congresso aprovar (ou não) a sua decretação pelo Presidente (COSTA, E., op. cit., p.28-29).

³¹ Nas palavras do historiador Marco Antonio Villa: "o STF, cordeiramente, atendeu, a solicitação do marechal e negou a solicitação por dez votos a um" (VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p.133).

³² RODRIGUES, op. cit., p.27-28.

No ano seguinte, em razão do julgamento de casos ligados à Revolução Federalista, iniciada no Rio Grande do Sul, o Supremo sofreu "*ameaças de dissolução*". Em síntese, Wandenkolk transformou o seu navio mercante Júpiter em vaso de guerra, com o fim declarado de preparar a deposição do Governador do Estado rio-grandense. Capturado em Santa Catarina, Wandenkolk e toda a sua tripulação foram presos e recolhidos a várias fortalezas no Rio de Janeiro. Rui Barbosa impetrou, então, três *habeas corpus* em favor dos presos perante o STF: um, em favor de quarenta e oito presos civis³³; outro, do imediato do Júpiter³⁴ e um terceiro em favor de Wandenkolk, senador e ex-ministro de Deodoro da Fonseca, e de outros militares opositores reformados.³⁵

O Tribunal concedeu a ordem de soltura aos quarenta e oito detidos³⁶ e também em favor do imediato de Júpiter.³⁷ Contrariado, o governo acatou as decisões que determinavam a soltura dos presos³⁸, porém, quando chegou o momento do julgamento do *habeas corpus* mais polêmico, em favor de Wandenkolk e outros militares reformados, "a situação estava tensa". O Tribunal foi ameaçado de dissolução caso viesse a conceder a ordem de soltura.³⁹ Com a sua liberdade decisória comprometida e receoso das consequências dos seus atos, dessa vez o

³³ HC 406, j. 09/08/1893.

³⁴ HC 410, j. 16/08/1893.

³⁵ HC 415, j. 02/09/1893.

³⁶ Em acórdão datado de 9 de agosto de 1893, o Tribunal concedeu a ordem de soltura aos detidos, aduzindo ser ilegal a conservação da prisão em que se achavam, pois se verificava dos autos, e pelas informações prestadas, que os fatos que lhes eram imputados não constituíam crimes que os sujeitavam ao foro militar. (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1. p.32).

³⁷ No dia 16 de agosto o Tribunal concedeu o *habeas corpus* requerido por Rui Barbosa em favor do imediato de Júpiter, Mário Aurélio da Silveira. No acórdão o Tribunal decidiu, por maioria de votos, "que a prisão militar e a incompetência do foro onde ele respondia constituíam constrangimento ilegal e tinha, portanto, cabimento o *habeas corpus*" (Ibid., p.36-35).

³⁸ O Ministro da Guerra enviou um ofício "intimidatório" ao Tribunal manifestando a sua desaprovação à decisão, o qual foi publicado no Diário Oficial. No documento, o Ministro da Guerra dizia estar havendo um avassalamento do Tribunal perante o Executivo, e uma quebra de harmonia, pois nenhum poder era superior ao outro, mas todos igualmente independentes. Diante do episódio, o ministro Macedo Soares declarou: "o Tribunal sente arderem-lhe as faces de vergonha e indignação". (FAGUNDES, Miguel Seabra. *As funções políticas do Supremo Tribunal Federal*. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. p.49 et seq.; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.97).

³⁹ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.25.

resultado foi outro: o *habeas corpus* não foi concedido.^{40,41} Em referência à denegação do *writ*, Rui Barbosa dizia que houvera "para esse resultado, a interposição de manejos oficiais, cuja influência tirou à justiça a sua liberdade moral".⁴²

Extremamente descontente com a posição que o Supremo vinha adotando em questões políticas de importância central para o seu governo – como a determinação de ordem de soltura de presos envolvidos em revoltas, em um momento de instabilidade política decorrente do início da República –, Floriano interferiu na estrutura do Tribunal, com o propósito de enfraquecê-lo institucionalmente. Ele simplesmente "*deixou de nomear ministros*", levando o STF a não conseguir realizar sessões por falta de quórum. Essa situação perdurou até os últimos meses de sua administração, quando então foram nomeados vários ministros.⁴³

Também buscando enfraquecer o Tribunal, Floriano foi responsável pela "*indicação de um médico*" (Cândido Barata Ribeiro) para o exercício do cargo de ministro, o qual tomou posse e exerceu a função por quase um ano (1893-1894) enquanto pendia a sua confirmação pelo Senado, a qual ao final foi rejeitada.⁴⁴

Apesar disso, o Tribunal continuou a reagir, porém, suas "*decisões muitas vezes também foram desconsideradas*". Por exemplo, durante as agitações da Revolta Armada, muitos estrangeiros foram presos e deportados, e, em vários *habeas corpus*⁴⁵ impetrados, o STF entendeu que o Executivo não tinha o direito de deportar estrangeiros em tempo de paz, uma vez que a Constituição lhes garantia, como residentes no país, a inviolabilidade de seus direitos, a

⁴⁰ O STF entendeu que Wandenkolk e outros, embora reformados, estavam sujeitos à jurisdição militar. O voto vencido do Ministro José Higino, acompanhado pelos Ministros Pisa e Almeida e Pereira Franco, concedia a ordem de soltura, por entender que o militar reformado tornava à vida civil como um simples cidadão, e que a submissão dos pacientes ao foro militar, incompetente, era causa legal para a concessão do *habeas corpus* (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1. p.40).

⁴¹ O STF, contudo, reviu a sua posição no ano seguinte, concedendo *habeas corpus* a favor de Wandenkolk (HC 535, j. 31/09/1894) e outros (HC 604, j. 22/09/1894). Quando o Tribunal determinou a ordem de soltura, porém, o Ministro da Guerra, Bibiano Sérgio Macedo da Fontoura Costallat, insatisfeito com a restrição dos poderes do governo, encaminhou um ofício ao STF argumentando que não poderia soltar os pacientes, porque a execução da decisão era "contrária a todas as leis e imemoriais estilos militares desde 1678". Sobre o mesmo episódio, Lêda Boechat Rodrigues narra o intrigante fato de que, quando indagado pelo Tribunal a respeito do teor do ofício, o Procurador Geral da República aduziu que o governo agiu de boa-fé ao negar cumprimento à decisão (Ibid., p.47).

⁴² Ibid., p.42.

⁴³ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.26.

⁴⁴ RODRIGUES, op. cit., p.47.

⁴⁵ HC 520, j. 12/09/1894; 523, 524, 525, e 529, de 15/09/1894 e outros.

liberdade e a segurança. Além disso, entendeu que ninguém podia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.⁴⁶ Contudo, as ordens de soltura não foram cumpridas e o governo de Floriano publicou decreto de expulsão com data retroativa, abrangendo 16 pessoas, as quais o Presidente Prudente de Moraes fez posteriormente voltar ao Brasil.^{47,48}

Já fora do governo dos militares, viu-se a apresentação de projetos de lei para "*alterar o número de ministros e reduzir benefícios salariais adquiridos*". Quando as tropas do governo que haviam destruído Canudos chegaram ao Rio de Janeiro, foi recebê-las o então Presidente em exercício, Prudente de Moraes (1894-1898), sendo alvo de um atentado em que acabou morrendo o Ministro da Guerra, Machado Bittencourt. Em razão da agitação advinda do episódio, o Congresso recorreu à decretação do estado de sítio, prendendo parlamentares, além de diversos militares e civis.⁴⁹ Rui Barbosa impetrou *habeas corpus*⁵⁰ em favor dos detidos.⁵¹ Em um primeiro julgamento, o Tribunal negou a ordem de soltura.⁵² Posteriormente, porém, em novo *habeas corpus* impetrado pelos advogados Joaquim da Costa Barradas e outros⁵³, ele reverteu a sua posição, e, um mês depois, acatou quase totalmente as teses esposadas por Rui.⁵⁴

⁴⁶ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.27-28.

⁴⁷ *Ibid.*, p.28.

⁴⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.98.

⁴⁹ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1. p.101.

⁵⁰ HC 1063, de 26/03/1898.

⁵¹ Rui Barbosa impetrou *habeas corpus* em favor dos detidos, sustentando a tese já outrora esboçada (como no *Habeas Corpus* n.º 300, por exemplo), de que havia ilegalidade no ato do governo em manter o desterro, mesmo acabado o estado de sítio (ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.160).

⁵² O Tribunal negou a ordem de soltura sob o fundamento de que os efeitos do estado de sítio não cessavam em relação às pessoas por ele atingidas, senão depois de o Congresso tomar conhecimento dos atos praticados pelo Poder Executivo (COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1892-1925*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.1. p.41-42).

⁵³ HC 1073, j. 16/04/1898.

⁵⁴ O Tribunal entendeu que os deputados e senadores, uma vez diplomados, não podiam ser presos, a não ser no caso de flagrante em crime inafiançável, o que não havia ocorrido no caso. Igualmente, afirmou que se fosse dado ao Executivo o direito de remover de suas cadeiras deputados e senadores, o Legislativo ficaria à mercê do arbítrio do Poder Executivo, anulando-se, assim, a independência que a Constituição conferia ao Legislativo. (COSTA, E., op. cit., p.51-52).

A decisão do Tribunal foi cumprida, mas não sem grande repercussão. O Presidente Prudente de Moraes, em mensagem ao Congresso, em três de maio de 1898, falou de sua decepção à ação do Poder Judiciário em contrapor-se a uma medida que o governo reputava indispensável como garantia da ordem.⁵⁵ O comentário ofendeu alguns ministros. Lúcio de Mendonça, por exemplo, relator do acórdão, leu no Tribunal um protesto contra a mensagem presidencial, assinado por três outros ministros.⁵⁶

A partir disso, os jornais favoráveis ao governo começaram a derramar um dilúvio de críticas sobre o STF e especialmente sobre o Ministro Lúcio de Mendonça, o que culminou com a apresentação de *dois projetos de lei*: um deles propôs a criação de cinco cargos de juízes substitutos, em uma manobra que nos Estados Unidos ficou conhecida como *court-packing* – que será adiante analisada – e o outro mirou diretamente os direitos adquiridos dos ministros.⁵⁷ A propositura dos projetos de lei caracterizava uma medida de "punição" ao Tribunal (e a seus juízes) por suas decisões/posições. Nenhum desses projetos, porém, conseguiu ao final ser aprovado no Congresso.⁵⁸

Com o encerramento do governo de Prudente de Moraes, o STF enfrentou a "política dos governadores"⁵⁹ por meio de uma orientação jurisprudencial que veio a ficar conhecida como "doutrina brasileira do *habeas corpus*".⁶⁰ O Tribunal concedeu ordens para que governadores,

⁵⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1. p.123.

⁵⁶ *Ibid.*, p.124.

⁵⁷ A Lei n.º 336/1896 elevou os vencimentos dos ministros, estabelecendo que o aumento só aproveitaria, para a aposentadoria, aos que contassem com mais de dez anos de exercício da função depois de sua edição. O projeto de lei proposto, em prejuízo aos ministros, dispunha que aqueles que se aposentassem, independentemente do tempo de serviço, não deveriam contar com o aumento. O projeto determinava, ainda, que os ministros aposentados depois de 20 anos de serviço perderiam a gratificação correspondente a aproximadamente um terço dos seus vencimentos. Por fim, não se computaria mais na aposentadoria dos ministros o tempo de serviço prestado na antiga magistratura, e por metade, o tempo de serviço de outra natureza, computando-se apenas o tempo de serviço no STF (*Ibid.*, p.133-134).

⁵⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.98-99.

⁵⁹ Cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. p.670-681.

⁶⁰ Nas palavras de João Carlos Galvão Jr: "[...] o STF criou a chamada 'doutrina brasileira do *habeas corpus*', protegendo não apenas a liberdade de locomoção, mas, também, a violação de outros direitos de natureza civil e administrativa, pois não havia ainda o mandado de segurança (atual Lei n. 1.533/51) e o STF supria a sua falta através do *habeas corpus*, numa interpretação ruiana" – referindo-se a Rui Barbosa. (GALVÃO JR., João Carlos Galvão. *Rui Barbosa e a doutrina brasileira do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005. p.11).

senadores, deputados e vereadores tomassem posse contra a vontade política do governo federal, porém, essas "*determinações judiciais nem sempre foram cumpridas*".

Foi isso que aconteceu com a controvérsia em torno da diplomação e verificação de poderes⁶¹ de dezesseis intendentos eleitos para integrar o Conselho Municipal (órgão legislativo do Distrito Federal), quando o Supremo deu provimento a um pedido de *habeas corpus*⁶² impetrado por uma das facções que alegava estar sendo impedida de entrar no edifício onde deveriam exercer as suas funções.⁶³ Por conta disso, o grupo beneficiado pela decisão do STF continuou exercendo as suas funções e votou o orçamento, em evidente desafio ao Prefeito, que, ao fim, o vetou. O veto foi confirmado pelo Senado, e, diante dessa situação, o Presidente da República resolveu intervir, decretando novas eleições.

Os prejudicados novamente impetraram *habeas corpus* perante o STF, que mais uma vez lhes concedeu ordem para que entrassem no Conselho Municipal e exercessem as suas funções até a expiração do prazo do mandato.⁶⁴ Em 24 de fevereiro de 1911, porém, o Ministro da Justiça enviou ao Presidente do STF um ofício, acompanhado de uma cópia da mensagem do Presidente da República ao Congresso Nacional. Nessa mensagem, o Presidente declarava que "o Tribunal exorbitara das atribuições que a Constituição e as leis lhe assinalavam, com patente invasão às atribuições dos outros poderes soberanos da Nação, uma deturpação do regime, de consequências incalculáveis e funestas".⁶⁵ Por esse motivo, o Presidente declarava que não daria cumprimento à ordem judicial, e que levaria o fato ao conhecimento do Congresso Nacional.

⁶¹ Segundo Boris Fausto, por ocasião das eleições para a Câmara, "os candidatos eleitos recebiam um diploma. Entretanto, ele era muitas vezes contestado. Na falta de uma justiça eleitoral como existe hoje, a validade do diploma dependia de exame por parte de uma comissão de verificação de poderes, constituída de deputados escolhidos pelo plenário da Câmara" (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.258-259).

⁶² HC 2.794, j. 11/12/1909.

⁶³ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.138-141.

⁶⁴ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.46.

⁶⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.3. p.59.

Tal postura demonstrou uma completa desconsideração à autoridade do STF, mas este nada pôde fazer. Só o Ministro Amaro Cavalcanti publicou um folheto impresso de 59 páginas, afirmando que nem o Legislativo, nem o Executivo e nem o Judiciário tinham competência para anular a verificação de poderes dos intendentess, e que o *habeas corpus* poderia ser concedido aos funcionários públicos que precisassem de liberdade individual para exercer as suas funções.⁶⁶

No fim de 1910, uma duplicação de Assembleias Legislativas no Estado do Rio de Janeiro resultou na eleição de dois presidentes de Estado de facções rivais.⁶⁷ Os componentes de uma dessas facções ingressaram com um pedido de *habeas corpus*⁶⁸ perante o STF, alegando que foram impedidos de ingressar no edifício onde se realizavam as sessões para dar posse ao novo presidente. A ordem foi concedida por uma pequena maioria de votos.⁶⁹ Pouco depois, o Presidente Hermes da Fonseca, por meio de ofício de seu Ministro da Justiça, indagava à Corte para que fim fora concedida a ordem de *habeas corpus*. No ofício dizia: "posso e devo adiantar a V. Ex.^a que nem os impetrantes nem quaisquer outras pessoas estão sofrendo, por parte do Governo Federal, constrangimento algum".⁷⁰ O Presidente afirmava, ainda, que enquanto não houvesse manifestação do Congresso, ele considerava como Presidente do Estado do Rio de Janeiro Francisco Chaves de Oliveira Botelho, e não Manoel de Queiroz Vieira, ou seja, o ofício demonstrava "a toda evidência que o Presidente da República não aceitava a decisão do Supremo Tribunal Federal e a desacatava publicamente".⁷¹

Posteriormente, o ato do Marechal Hermes da Fonseca foi aprovado quase unanimemente pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados. A medida fez com que o Tribunal ficasse

⁶⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.3. p.60.

⁶⁷ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.46.

⁶⁸ HC 2.984, de 04/01/1911.

⁶⁹ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1892-1925*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.1. p.106-107.

⁷⁰ RODRIGUES, op. cit., p.62.

⁷¹ RODRIGUES, loc. cit.

em uma situação difícil, tendo que reconsiderar a sua decisão original. Depois disso, viu-se um "comportamento cauteloso do Tribunal quando instado [...] a julgar casos semelhantes".^{72,73}

Como antes citado, durante toda a República Velha houve um uso progressista do *habeas corpus*, o qual, porém, sofreu um duro golpe em 1926. A *Reforma Constitucional* aprovada no referido ano teve como um dos conteúdos principais "*diminuir o escopo do habeas corpus*" aos casos de constrangimento ou ameaça à liberdade de locomoção, o que restringiu o poder decisório do STF e colocou fim na chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus*". Por meio dessa reforma foi modificado o art. 72, § 22, que passou a prever: "dar-se-á o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Além disso, a reforma incluiu no texto Constitucional de 1891 o art. 60, § 5.º, que excluía do controle judicial os atos de intervenção nos Estados; a declaração do estado de sítio e atos praticados pelo Executivo e Legislativo durante esse período; e a posse, legitimidade e a perda de mandato político dos membros do Legislativo ou Executivo estaduais ou federais. Com isso, suprimiram-se "as válvulas que o Texto de 1891 ensejava para o equilíbrio político do regime e que a jurisprudência aperfeiçoara".⁷⁴

Nesse momento, porém, o declínio da República Velha já se aproximava.⁷⁵ O estopim da Revolução de 1930 foi a sucessão do Presidente Washington Luís. De acordo com a "política dos governadores" seria a vez de Minas Gerais indicar um novo Presidente, mas o

⁷² COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.47.

⁷³ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.3. p.69-85 e COSTA, E. V., op. cit., p.47.

⁷⁴ VENANCIO FILHO, Alberto. Juízes e tribunais: perspectivas da história da justiça no Brasil – o STF na República Velha. *Revista de Direito Público*, v.8, n.41, p.213-214, set./out. 2001; e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo Tribunal Federal: 150 anos*. Brasília: Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 1978. p.19.

⁷⁵ A partir da década de 1920, as bases políticas, sociais, e econômicas do sistema rural-oligárquico já haviam entrado em convulsão. Surgiu o tenentismo, movimento de oposição que reunia setores do oficialato do Exército e cujo ideário englobava lutas contra a fraude eleitoral, o poder das oligarquias e a corrupção no governo. O Partido Comunista do Brasil, depois Partido Comunista brasileiro, é fundado em 1922. No mesmo período surgia uma classe média que se firmava nos centros urbanos, com valores divergentes das elites agrárias que até aquele momento governavam o país. Ganhava expressão a "questão social", com o aumento da força política dos trabalhadores nos centros urbanos, que passam a se organizar e reivindicar direitos. Em 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, a crise econômica mundial atingiu o país, gerando desemprego e recessão. Essas características formaram o pano de fundo dos acontecimentos de 1930, que encerraram a República Velha. Cf. FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.304; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.19.

acordo foi rompido por Washington Luís, que lançou o paulista Júlio Prestes como seu candidato. Em resposta, Minas se unia ao Rio Grande do Sul e à Paraíba, formando a Aliança Liberal, lançando a chapa em que Getúlio Vargas e João Pessoa eram candidatos à presidência e vice-presidência. A derrota dessa chapa, em eleição suspeita, e o clima gerado pelo assassinato de João Pessoa, auxiliaram no desencadeamento da Revolução (em 3 de outubro de 1930). Após confrontos militares, a Revolução foi vitoriosa, e em poucos dias Getúlio assumia o poder.⁷⁶

1.2.2 A Era Vargas (1930-1945)

Durante toda a Era Vargas o STF e seus membros viveram um dos mais difíceis períodos de sua história institucional. A instituição do Governo Provisório se deu em 11 de novembro de 1930, com a edição do Decreto n.º 19.398, que permaneceu em vigor até a aprovação da Constituição de 1934. Dentre outras medidas que demonstravam o caráter centralizador e autoritário do novo regime, esse decreto atingiu o Poder Judiciário em geral e o STF em particular. Foram *suspensas as garantias constitucionais* (e também as da magistratura), *excluindo-se da apreciação judicial os atos do Governo Provisório e dos Interventores*.⁷⁷ O decreto ainda *limitou a utilização do habeas corpus* apenas em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns (§ único, do art. 5.º), "não cabendo para os que seriam processados e julgados pelos tribunais especiais, por crimes políticos ou funcionais e por outros a serem definidos na legislação".⁷⁸

Em 3 de fevereiro de 1931, ou seja, dois meses depois do Decreto que instaurou o Governo Provisório, outro Decreto (n.º 19.656) *diminuiu a composição do STF de 15 para 11 ministros* e estabeleceu regras para abreviar julgamentos. Na sequência, em 18 de fevereiro, Vargas expediu o Decreto n.º 19.711, aposentando compulsoriamente seis membros do Supremo:

⁷⁶ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.114.

⁷⁷ Veja-se o teor do artigo 5.º, do Decreto n.º 19.398: "Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores".

⁷⁸ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.200-201.

o procurador-geral da República, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, e os ministros Edmundo Muniz Barreto, Pedro Afonso Mibielli, Godofredo Cunha, Germiniano da Franca e Pedro Joaquim dos Santos.

O ato de aposentadoria dos ministros foi interpretado por alguns como vingança, por eles terem se voltado contra os revolucionários tenentistas de 22, 23 e 24⁷⁹, ou seja, tratava-se de uma forma de "*punição imposta a alguns ministros por suas decisões*", e, muito provavelmente, um aviso no sentido de que o ditador estava disposto a "punir" quem se afastasse muito de seus desígnios. A remoção dos ministros por ato do Executivo constituiu um episódio não antes visto na história da República. Em sessão extraordinária, o Ministro Hermenegildo de Barros deixou registrado o seu protesto pela aposentadoria de seus colegas, assim como o prejuízo do ato à independência judicial: "É a morte do Poder Judiciário no Brasil [...]. Nenhum ministro poderá se considerar garantido na situação em que se encontra presentemente o Supremo Tribunal Federal, que não pode ter independência e viverá exclusivamente da magnanimidade do Governo Provisório".⁸⁰ Apesar do constrangimento, todos os ministros permaneceram nos cargos.⁸¹

Mais à frente, o Decreto n.º 20.106, de 13 de junho de 1931, previu que a garantia de irredutibilidade de subsídios não os eximia de impostos, taxas e contribuições em geral. Com essa medida, os ministros viam diminuir pouco a pouco os seus privilégios (art. 1.º, § 1.º), e se tornavam cada vez mais conscientes de sua fraqueza institucional ante o Executivo e de sua posição insegura no sistema político.

⁷⁹ Segundo Emilia Viotti da Costa: "essa interpretação é difícil de ser comprovada. No entanto, analisando-se o desempenho desses ministros através dos julgados, observa-se que não só eles haviam negado vários *habeas corpus* impetrados em favor dos tenentes, como também, com exceção de Mibielli, constituíam um bloco ultraconservador dentro do Supremo Tribunal Federal". (COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.66).

⁸⁰ Veja-se o teor completo da fala de Ministro Hermenegildo de Barros: "É a morte do Poder Judiciário no Brasil [...]. Nenhum ministro poderá se considerar garantido na situação em que se encontra presentemente o Supremo Tribunal Federal, que não pode ter independência e viverá exclusivamente da magnanimidade do Governo Provisório. Pela minha parte, acrescentou, não tenho honra nenhuma em fazer parte deste Tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos para a qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz independente, capaz de cumprir com sacrifício o seu dever" (Ibid., p.67).

⁸¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.103.

Como durante o período de 1930 a 1934 o Congresso permaneceu fechado, aos poucos o Governo Provisório também foi moldando o Tribunal com ministros que compartilhavam os seus pontos de vista. *Vargas nomeou, sem a aprovação do Senado, sete ministros*: Ataulpho Napolés de Paiva, João Martins de Carvalho Mourão, Manoel da Costa Manso, Eduardo Espínola, Lauro Ferreira de Camargo, Plínio de Castro Casado e Otávio Kelly.⁸² Essa seleção unilateral de membros feriu a ideia de *checks and balances*, cujo objetivo precípuo era justamente o de obrigar um acordo de vontades em que intervissem múltiplos interesses, a fim de evitar o abuso de poder e garantir a independência dos magistrados no exercício do cargo.⁸³

Com a aprovação da Constituição de 1934, restabeleceu-se por um período curto de tempo a ordem constitucional, sem, porém, Vargas ter deixado o comando da nação.⁸⁴ Dentre outras várias disposições e competências⁸⁵, a Carta instituiu o mandado de segurança (art. 113, 33), o

⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.38 et seq.

⁸³ CRISTÓBAL, Rosario Serra. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p.17-22.

⁸⁴ No dia seguinte à promulgação da Constituição de 1934, realizou-se a eleição indireta para a Presidência da República, em que Getúlio Vargas sagrou-se vencedor. Segundo a nova Carta, as próximas eleições deveriam ser diretas, mas não viriam a ocorrer, em razão do golpe do Estado Novo, em 1937. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.117.

⁸⁵ A nova Constituição manteve a composição do Tribunal fixada em 11 ministros (conforme Decreto n.º 19.656). A nomeação dos ministros era feita pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, entre brasileiros natos de *notável saber jurídico* – complemento necessário para evitar indicações irrazoáveis, como ocorreu no Governo de Floriano Peixoto – e reputação ilibada, alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35 e mais de 65 anos de idade (art. 74). A Carta manteve as competências básicas da Constituição anterior, inclusive a competência recursal no sistema de controle difuso de constitucionalidade (art. 76, III, *b e c*), porém, apresentou novidades: (i) instituiu o princípio da reserva de plenário, segundo o qual: "só por maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público" (art. 179), evitando-se assim a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento; (ii) também previu a competência do Senado para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário" (art. 91, I, IV). Esse dispositivo procurou corrigir a multiplicação de ações sobre a mesma matéria. A comunicação ao Senado se fazia por meio da participação do Procurador Geral da República, que comunicava ao órgão sobre a decisão de inconstitucionalidade para que a suspensão fosse levada a cabo (art. 96); (iii) instituiu a *representação interventiva*, que era uma espécie de "declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal". Ela é considerada o embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil. Tratava-se de um mecanismo de controle de constitucionalidade preventivo obrigatório das leis federais que decretavam a intervenção da União nos Estados nos casos de violação dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7.º, I, "a" a "h"). De acordo com o art. 12, § 2.º, antes da intervenção da União nos Estados, cabia ao Procurador-Geral da República submeter ao STF o exame da constitucionalidade da lei federal que decretasse a intervenção, em razão da violação por parte do Estado dos princípios constitucionais sensíveis. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, v.32, n.126, p.89, abr./jun. 1995; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*.

qual veio para suprir a lacuna deixada depois da extinção da "doutrina brasileira do *habeas corpus*", pela reforma constitucional promovida por Artur Bernardes em 1926. Contudo, nem mesmo o mandado de segurança foi suficiente para devolver a importante função de defesa de direitos dos cidadãos que o Supremo tivera no passado⁸⁶, especialmente porque a nova Carta continha menção expressa à judicialização das questões políticas, dispondo em seu art. 68, que "é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas".⁸⁷

A nova ordem constitucional acabou sendo bastante mitigada e o Tribunal atuou acanhado diante da ameaça de intervenção do Executivo e da insegurança social reinante. Em razão das agitações sociais existentes no período, Vargas enviou ao Congresso, já em janeiro de 1935, o projeto de Lei de Segurança Nacional, que acabou sendo aprovado em uma versão ainda mais rigorosa em 4 de abril do mesmo ano (Lei n.º 38/1935).⁸⁸ Mais à frente, a Lei n.º 244/1936 instituiu, como órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), com competência para julgamento de crimes ligados a essas questões.⁸⁹ O TSN continuou atuando durante o Estado Novo (Decreto-lei n.º 88/1937), no entanto, a partir de então passou a ser autônomo em relação à Justiça Militar.⁹⁰

Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.125; ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997. p.82; e CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.200-201.

⁸⁶ Emilia Viotti da Costa narra que: "a 10 de setembro de 1934, a Corte Suprema julgou o primeiro mandado de segurança. Foi requerido por um ex-praça do Corpo de Marinheiros Nacionais contra ato do ministro da Marinha, que o excluía do serviço da Armada. O Tribunal indeferiu o pedido, denegando o mandado, sob a alegação de que os atos praticados pelos delegados do governo provisório estavam, pela Constituição, excluídos de qualquer apreciação judiciária. Durante todo o período, até o fim do Estado Novo, o Supremo Tribunal Federal negou um grande número de mandados de segurança em termos semelhantes" (COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.72).

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, v.32, n.126, p.90, abr./jun. 1995.

⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.104.

⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.47.

⁹⁰ Segundo Anthony W. Pereira: "o TSN foi criado em 11 de setembro de 1936 pela Lei n. 244, antes portanto do início da ditadura do Estado Novo. Esse tribunal continuou existindo até 1945, tendo levado a julgamento milhares de supostos comunistas e integralistas-fascistas (após sua insurreição fracassada de 1938) e também comerciantes acusados de descumprir os dispositivos da 'economia popular' do Estado Novo. Muitos dos condenados foram sentenciados a longas penas de prisão, embora nenhum tenha sido executado. O TSN, a princípio, era subordinado à justiça militar, sendo transformado em tribunal autônomo e predominantemente civil em 1937. Os poderes especiais conferidos a civis e militares, como o direito de decidir com base em 'livre consciência' e não em provas concretas, transformaram o tribunal numa instância em que a distinção entre dissidência política e

Utilizando-se da Lei n.º 38/1935, Vargas decretou o fechamento por seis meses da sede da Aliança Nacional Libertadora (ANL) e o cancelamento do seu registro, por via judicial (Decreto n.º 229, de 11/07/1935). Narra-se que o Presidente teria aproveitado um discurso de Luís Carlos Prestes, que convocava o povo à luta "contra o fascismo que ameaçava o país, contra o feudalismo e o imperialismo que o sufocavam"⁹¹, para fundamentar a sua ação, alegando que o movimento, controlado por comunistas, seria financiado por estrangeiros e que praticava a subversão da ordem política e social.

Diante disso, o presidente da Aliança, Hercolino Cascardo, impetrou mandado de segurança perante o STF, invocando o preceito garantidor da liberdade de associação (art. 113, n.º 12, da Constituição) e acrescentando que a Lei n. 38 estatuiu que somente em dois casos o fechamento poderia realizar-se⁹², sendo que a autoridade policial não apresentava a prova material de nenhum deles. Em conformidade com os interesses do Executivo, entretanto, o Tribunal denegou a ordem unanimemente, considerando que o preceito constitucional que garantia a liberdade de associação estava condicionado ao exercício de fins lícitos, o que não ocorria com a ANL, cujas atividades *eram subversivas* à ordem política e social.^{93,94}

Quase um ano depois, o STF voltou a atuar de forma compatível aos interesses do governo. Após os comunistas planejarem um golpe, iniciado nos quartéis, entre 23 e 27 de novembro de 1935, em Natal, Recife e Rio de Janeiro, resultando na morte de alguns chefes militares, a oposição aos dissidentes aumentou.^{95,96} Foram presos os deputados Abgvar

subversão, fundamental ao governo constitucional, podia ser repetidamente ignorada" (PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e na Argentina*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.86).

⁹¹ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.84.

⁹² Os dois casos eram: (i) falsa declaração dos fins da associação para obter ou adquirir personalidade jurídica; (ii) o exercício, depois de registrada, de atividade subversiva da ordem política e social. (COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1929-1948*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.2. p.48-67).

⁹³ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.63-69.

⁹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.107.

⁹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.121.

⁹⁶ De acordo com o relato de Marco Antonio Villa: "a repressão se abateu sobre todos os opositores de Vargas, independentemente da simpatia ou não (como a maioria) pelos comunistas. [...] De acordo com Filinto Müller, o sinistro chefe de Polícia do Rio de Janeiro, só entre novembro de 1935 e maio de 1937 foram detidas 7.056

Bastos, Domingos Velasco, Octavio da Silveira; e o senador Abel Chermant. A favor destes, e de si próprio, João Mangabeira impetrou ordem de *habeas corpus* à Suprema Corte⁹⁷, sob a alegação de que a prisão fora ilegal, porque não poderia ser decretada sem a licença prévia do Senado e da Câmara, em razão de suas imunidades parlamentares. Contudo, em decisão unânime⁹⁸, o STF indeferiu a ordem.⁹⁹

Igualmente foi negado o *habeas corpus* em favor de Olga Benário¹⁰⁰, companheira de Luís Varlos Prestes, presa como estrangeira "perniciosa à ordem pública", para depois ser expulsa do território nacional. O *habeas corpus* fora impetrado a fim de que ela respondesse pelos crimes no Brasil, alegando-se a sua gravidez. Contudo, a paciente foi entregue ao governo alemão, vindo posteriormente a morrer em um campo de concentração.^{101,102}

Por fim, cite-se o caso do *habeas corpus* impetrado por João Mangabeira, a fim de que ele e o seu filho, Francisco Mangabeira, não ficassem sujeitos a processo perante o TSN. Os pacientes alegavam a inconstitucionalidade do processo, uma vez que a Constituição não admitia a existência de tribunais de exceção em âmbito nacional. O STF e seus membros, porém, sustentaram que não se tratava de um tribunal de exceção, mas sim um "juiz especial", autorizado pela Constituição. O Supremo conferia, assim, legitimidade ao Tribunal de Segurança.

peças. O número de detidos foi tão grande que não havia prisões suficientes. Navios de guerra foram improvisados como presídios. Durante quase dois anos, até novembro de 1937, as garantias individuais estiveram suspensas, sempre contando com amplo apoio do Congresso Nacional, que deu até mesmo seu beneplácito à suspensão da imunidade dos parlamentares, muitos dos quais foram detidos e processados" (VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p.63-64).

⁹⁷ HC 26.178, de 16/07/1936.

⁹⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.65-69.

⁹⁹ Nesse caso, o Ministro da Justiça informou perante o STF que os pacientes tinham sido e continuavam presos por motivos atinentes à segurança nacional, acrescentando que fora dada ciência da prisão à Seção Permanente do Senado em mensagem do Presidente da República datada de 26 de março, tendo sido o ato aprovado. A Câmara de Deputados também concedera a licença solicitada pelo Procurador Criminal da República para o processo dos referidos parlamentares. Para uma análise dos votos dos Ministros, ver: COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1929-1948*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.2. p.68-90.

¹⁰⁰ HC 26.255, de 25/09/1936.

¹⁰¹ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.89.

¹⁰² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.107.

Segundo o historiador Marco Antonio Villa, a repressão à revolta comunista teve no STF um aliado silencioso – assim como foi o Congresso.¹⁰³ No entanto, isso não foi suficiente para poupá-lo de novas afrontas. Para usar as palavras de Marco Antonio Villa: "a ditadura do Estado Novo humilhou o STF".¹⁰⁴

Com o golpe de estado de 1937, foi outorgada uma nova Constituição. Dentre outras disposições e competências¹⁰⁵, ela restringiu bastante o poder do Tribunal. Por exemplo, retirou-se o *status* constitucional do mandado de segurança, relegando-o à legislação ordinária. O Código de Processo Civil impôs limitações à sua utilização, excluindo o seu emprego em face dos atos do "Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores" (art. 319, CPC/1939). Segundo a Carta de 1937, ficava ainda vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (art. 94). Outrossim, o art. 186, da Constituição, havia declarado o estado de emergência em todo o país, o qual foi mantido durante todo o Estado Novo, sendo que o *artigo 170 dispunha que durante o estado de emergência ficava vedado aos juízes conhecer os atos praticados em virtude dele*^{106,107} (art. 168).

Porém, duas inovações foram especialmente impactantes. A primeira encontrava-se disposta no art. 177 da Constituição, que dispunha que: "*poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime*". Embora o art. 177 tivesse um prazo inicial de 60 dias, contados da

¹⁰³ VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p.138.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.139.

¹⁰⁵ A nova carta manteve o número de ministros do STF em 11 (art. 97). A nomeação dos magistrados era feita pelo Presidente da República, sujeita a aprovação do Conselho Federal (art. 55, *a*), dentre os brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de 35, nem mais de 58 anos de idade (art. 98). Apesar de a nova Carta manter as suas competências básicas (art. 101), inclusive o controle difuso de constitucionalidade em sede recursal (art. 101, III, *b e c*), ela não previu as novidades da Carta anterior: (i) a representação interventiva; nem (ii) a competência do Conselho Federal (Senado) para suspender a eficácia das leis declaradas inconstitucionais. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.203.

¹⁰⁶ O art. 186, da Carta de 1937, conferia ao Presidente, durante o estado de emergência, prerrogativa para: (i) realizar detenção em edifício ou local não destinado a réus de crime comum; desterrar para outros pontos do território nacional ou estabelecer residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir; (ii) censurar a correspondência e de todas as comunicações orais e escritas; (iii) suspender a liberdade de reunião; (iv) realizar busca e apreensão em domicílio etc.

¹⁰⁷ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997. p.89.

data da promulgação da Constituição, essa faculdade foi prorrogada por tempo indeterminado pela Lei Complementar n.º 2/1938. *Como havia grande discussão sobre a sua aplicabilidade aos juízes, em razão da garantia da vitaliciedade, por força da Lei Complementar n.º 8/1942, os magistrados também ficaram passíveis de "aposentadoria" a juízo do Governo.*

A segunda inovação impactante encontrava-se prevista no art. 96, § único da Constituição, que conferia ao Presidente a possibilidade de – caso considerasse necessário ao bem-estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional – submeter a decisão do STF ao exame do Parlamento, que poderia, por deliberação de dois terços de votos em cada uma das Câmaras, torná-la sem efeito (art. 96, § único).¹⁰⁸ *Mas, como o Congresso permaneceu fechado durante todo o estado Novo, o Presidente viu-se competente para afastar as decisões do Tribunal, por meio de Decreto-lei.* O caso de maior repercussão em que isso ocorreu foi quando o STF confirmou vários mandados de segurança contra a exigência de cobrança de imposto de renda sobre proventos pagos pelos cofres públicos a magistrados e funcionários.

Por meio de Decreto-lei de 5 de setembro de 1939, Vargas reiterou a sua posição a favor do pagamento de impostos, por parte dos magistrados e funcionários públicos, *considerando que a decisão do STF não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto de renda.* Independentemente do mérito da decisão, fato é que as decisões da Corte não tinham grande força. Segundo Emilia Viotti da Costa: "não era a primeira vez na história que uma decisão do Supremo era desrespeitada pelo Executivo, mas era a primeira vez que um acórdão do Supremo era cassado por decreto-lei do Executivo".¹⁰⁹

Além da limitação dos poderes do Tribunal, Vargas continuou a exercer influência no processo de nomeação de ministros. Como a nova Constituição diminuiu *a idade da aposentadoria compulsória de 75 para 68 anos, isso implicou na imediata condução à inatividade de três ministros: o Presidente Edmundo Lins, o Vice-presidente Hermenegildo de Barros e o Ministro Ataulfo de Paiva.*¹¹⁰ Isso possivelmente ocorreu porque Vargas quis "livrar-se" daqueles

¹⁰⁸ Veja-se o teor do parágrafo único, do art. 96, da Constituição de 1937: "No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

¹⁰⁹ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.74.

¹¹⁰ Segundo Leda Boechat Rodrigues, o fato de a Carta de 1937 ter reduzido a idade de aposentadoria atingiu cinco ministros, sendo três deles automaticamente: o Presidente Edmundo Lins, o Vice-Presidente

membros do Tribunal que não correspondiam às suas posições. Outrossim, por meio do Decreto-lei n.º 2.770/1940, *ele avocou o poder de nomear o Presidente da Corte*, encerrando a antiga prática do Tribunal de eleger o ministro mais antigo. Por fim, como durante todo o Estado Novo o Parlamento permaneceu fechado, o ditador nomeou 14 ministros sem a aprovação do Legislativo.¹¹¹ Somando-se essas nomeações, com as outras sete feitas durante o Governo Provisório – em que o Congresso também permaneceu fechado –, Vargas realizou ao todo *21 nomeações sem o consentimento do Senado*, o que fez com que, no início do Estado Novo, funcionasse "um Supremo Tribunal Federal do qual estavam praticamente ausentes os ministros nomeados durante a Primeira República".¹¹²

Leonardo André Paixão aduz que, diante de todas as amarras produzidas, a Corte pouco produziu durante esse período o que pudesse ser considerado "exercício de função política".¹¹³ Segundo Luís Carlos Martins Alves Jr., "o Tribunal não tinha liberdade alguma para julgar. Era escravo da vontade do Ditador. O Supremo, no período do Estado Novo, [...] estava a mercê de Vargas".¹¹⁴ Por sua vez, Rodrigo Brandão afirma que, no período de 1930 a 1945, o STF teve "o menor grau de independência de sua história, tornando-se submisso ao governo [...] um instrumento do regime, ao invés de ser um *locus* de proteção dos direitos do cidadão contra arbitrariedades do governo".¹¹⁵

Essa situação perdurou até 1945, quando o próprio Vargas decidiu conduzir o processo de abertura democrática. A entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial foi determinante para que isso acontecesse, pois era evidente a contradição: "o país, que combatera na Europa

Hermenegildo de Barros e o Ministro Aulfo de Paiva (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.40).

¹¹¹ Não passaram pelo crivo do Senado: Armando de Alencar, Cunha Mello, José Linhares, Whashington de Oliveira, Barros Barreto, Annibal Freire, Castro Nunes, Orozimbo Nonato, Waldemar Falcão, Goulart de Oliveira, Philadelpho Azevedo, Lafayette de Andrada, Edgard Costa e Ribeiro da Costa.

¹¹² COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.69.

¹¹³ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.164.

¹¹⁴ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.260.

¹¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.106.

contra o totalitarismo, mantinha-se internamente uma ditadura".¹¹⁶ A notícia da reabertura à democracia repercutiu na atuação do Tribunal, que abrandou o seu passivismo e chegou a conceder *habeas corpus* em favor de condenados políticos que haviam sido exilados.¹¹⁷ Em meio a suspeita de que Vargas daria um golpe para permanecer no poder, as Forças Armadas logo trataram de depô-lo¹¹⁸, o que levou o presidente do STF, José Linhares, a assumir o governo.¹¹⁹ Em 31 de janeiro de 1946, José Linhares transmite o poder que lhe fora conferido para o novo Presidente, eleito com a ajuda de Vargas^{120,121}, Eurico Gaspar Dutra.

1.2.3 A República de 1946 (1946-1964)

Durante o período da República de 1946 os comentadores não noticiam graves assaltos à independência do STF (e de seus membros), nem pressões avultadas como no passado.

¹¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.129.

¹¹⁷ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.104.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.25.

¹¹⁹ José Linhares editou leis constitucionais para remover as disposições autoritárias da Carta de 1937 e tomou as medidas necessárias para a convocação da Assembleia Constituinte. Dentre as lei editadas destaque-se: (i) a Lei Constitucional n.º 12, que revogou o art. 177 da Constituição (que dava poder ao governo para aposentar ou reformar servidores civis e militares e também juízes); (ii) a Lei Constitucional n.º 14, que extinguiu o Tribunal de Segurança Nacional; (iii) a Lei Constitucional n.º 16, que revogou o art. 186 (que declarava o estado de emergência por prazo indeterminado); e (iv) a Lei Constitucional n.º 18, que revogou o art. 96, § único (que abria a possibilidade de o Presidente submeter as decisões do STF ao exame do Parlamento, caso considerasse necessário ao bem-estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional).

¹²⁰ Segundo Boris Fausto, "Dutra não entusiasmava ninguém e chegou-se mesmo a pensar em substituir sua candidatura por outro nome que tivesse maior apelo eleitoral. Mas, quase às vésperas da eleição, a 28 de novembro, Getúlio acabou por fazer uma declaração pública de apoio à candidatura de Dutra [...]. Em uma época em que não existiam pesquisas eleitorais, a oposição foi surpreendida pela nítida vitória de Dutra" (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.398).

¹²¹ Getúlio Vargas "candidatou-se a senador e a deputado por vários Estados. Obtendo votação expressiva em todos eles, acabou aceitando a indicação de senador pelo Rio Grande do Sul. As eleições demonstraram que o ex-presidente tinha ainda grande prestígio entre o povo e não poderia ser simplesmente descartado" (COSTA, E. V., op. cit., p.109).

A nova Constituição foi promulgada em 18 de setembro de 1946¹²², e, depois do trauma do Estado Novo, ela previu que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 141, § 4.º) e também dispôs sobre a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar medidas adotadas pelo governo na vigência do estado de sítio.¹²³

Apesar de não terem existido graves afrontas à independência judicial, o período foi marcado por tentativas de golpe de estado, novos estados de sítio e prisões políticas, tendo o STF se envolvido nessas questões. Como revela Leonardo André Paixão, embora o STF tenha trazido alguma contribuição para o exercício de função política durante a República de 1946, ele viveu, de modo geral, uma fase de autocontenção voluntária em que predominou um alinhamento de suas decisões com as diretrizes estabelecidas pelos poderes Legislativo e Executivo.¹²⁴ Esse alinhamento voluntário fica evidente em alguns casos julgados na ocasião, como, por exemplo, os casos que envolveram a cassação do registro do partido comunista, o fechamento de sua sede e a extinção dos mandatos dos seus parlamentares.

¹²² O texto constitucional estabeleceu a composição do STF com 11 ministros (art. 98). Eram eles, como antes, nomeados pelo presidente da República, com a aprovação do Senado (art. 63, I), dentre brasileiros maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada (art. 99), com aposentadoria compulsória aos 70 anos (art. 95, I, § 1.º). Manteve-se o controle de constitucionalidade difuso-incidental, com inovações: (i) a Carta de 1946 voltou a prever a possibilidade de o Senado suspender a lei declarada inconstitucional (art. 64) e a cláusula de reserva de plenário (art. 200); (ii) a Carta também restabeleceu a representação interventiva criada na Constituição de 1934, porém, lhe deu novos contornos, aproximando-a mais do modelo abstrato de constitucionalidade. Enquanto no regime de 1934, o Procurador-Geral da República encaminhava ao STF a lei federal interventiva para a apreciação de sua constitucionalidade, no regime de 1946, o Procurador-Geral deveria submeter ao STF "ato [estadual] arguido de inconstitucionalidade" por violação de princípios constitucionais sensíveis do art. 7.º, VII, e, caso o STF reconhecesse a inconstitucionalidade desse ato, poderia ser decretada a intervenção (art 8.º, § único); (iii) a Carta também deixou fora de dúvida a competência originária do STF para julgar *habeas corpus* em face das autoridades cujos atos estivessem sujeitos à sua jurisdição (art. 101, I, *h*), bem como mandado de segurança (que recupera o seu *status* constitucional) contra atos do Presidente da República, Mesa da Câmara e do Senado. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.203-204.

¹²³ Segundo o artigo 215, da Constituição de 1946: "a inobservância de qualquer das prescrições dos arts. 206 a 214 tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrerem ao Poder Judiciário".

¹²⁴ "Durante o período que vai do término do Estado Novo ao início do regime militar de 1964, o Supremo Tribunal Federal trouxe alguma contribuição para o exercício de função política, mas de um modo geral nesse tempo a Corte viveu uma fase de autocontenção, em que predominou o alinhamento com as diretrizes estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Em diversas ocasiões, atos desses Poderes foram contestados perante o Supremo Tribunal Federal, mas foram invariavelmente preservados" (PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.174).

Deve-se tomar em conta que a instalação da Quarta República coincidiu com a Guerra Fria, de maneira que o cenário geopolítico apresentava uma bipolarização ideológica e política, na qual, de um lado estavam os Estados Unidos e o universo capitalista, e de outro, a União Soviética e o comunismo. O Brasil havia se alinhado com os Estados Unidos, e em 1947 rompeu relações com a União Soviética. Esse cenário influenciou a Constituinte, que previu, no art. 141, § 13, da Constituição de 1946, a proibição de funcionamento de partido ou associação cujo programa contrariasse o regime democrático. O art. 119, § 1.º também autorizava a Justiça Eleitoral a proceder ao registro de partidos políticos e a efetuar ainda o seu cancelamento.¹²⁵

Em maio de 1947, tais dispositivos legais foram utilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para cassar o registro do Partido Comunista, por ferir os seus estatutos, os valores democráticos e plurais do regime político brasileiro.¹²⁶ Os membros do partido recorreram ao STF, interpondo um Recurso Extraordinário em face da decisão do Tribunal Eleitoral¹²⁷ e um pedido de *habeas corpus*¹²⁸ contra o fechamento de sua sede. Os representantes do Partido também impetraram dois mandados de segurança¹²⁹ contra o ato das respectivas Mesas, que declaravam extintos os seus mandatos (já que, em vista da extinção do Partido, o Congresso aprovou projeto para a cassação dos mandatos dos seus parlamentares – Lei n.º 211/1948).¹³⁰

Quanto ao Recurso Extraordinário, em decisão unânime, o STF não o conheceu. Foram acatadas as razões do Relator, no sentido de que as decisões do TSE eram irrecorríveis.¹³¹ No que

¹²⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.109-110.

¹²⁶ O PCB foi legalizado e o seu registro realizado pela Justiça Eleitoral. Ele concorreu às eleições em chapas próprias, formando a representação popular comunista. Em 23 de março de 1946 foram apresentadas duas denúncias ao TSE, pedindo a cassação do registro do PCB. Mesmo contrário ao parecer do então Procurador-Geral eleitoral, em 7 de maio de 1947, o TSE votou pelo cancelamento do registro do PCB, por três votos contra dois (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.69-70).

¹²⁷ RE n.º 12.369, de 14/04/1948.

¹²⁸ HC n.º 29.763, de 28/05/1947.

¹²⁹ MS n.º 900, de 18/05/1949 e n.º 896, de 25/05/1949.

¹³⁰ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1892-1925*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.1. p.9-96.

¹³¹ Em sua fundamentação, o Relator aduziu: "o juiz aplica a lei, mas não faz a lei. E a nobreza do encargo reside justamente em saber compreendê-la e em saber cumpri-la". (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.77).

se refere ao *habeas corpus*¹³², o Tribunal o rejeitou, por não o considerar meio idôneo para contestar o fechamento da sede do partido (já que, a seu ver, o remédio cabível seria o mandado de segurança).

Os dois mandados de segurança não tiveram melhor sorte. O primeiro (n.º 900) foi julgado em 18 de maio de 1949.¹³³ No mérito, o Tribunal indeferiu o pedido, por entender que os mandatos estavam vinculados ao registro partidário, e que, como este último havia sido cancelado, não poderiam os mandatos subsistir, por se tratar de condição de elegibilidade e filiação partidária.¹³⁴ O segundo mandado de segurança (n.º 896) foi julgado em 25 de maio de 1949¹³⁵, tendo igual destino do anterior: foi negado por unanimidade. Com essas decisões, "o STF manteve o Partido Comunista na ilegalidade e coonestou com a cassação dos mandatos parlamentares de seus filiados".¹³⁶

Outro caso em que se verifica um alinhamento (voluntário) do Tribunal com o governo ocorreu quando Café-Filho recorreu ao STF para reassumir o cargo de Presidente da República. Como se conhece, após o mandato de Dutra (1946-1950), Getúlio Vargas elegeu-se novamente Presidente (1950-1954), porém, suicidou-se em 24 de agosto de 1954.¹³⁷ Com a sua morte, o

¹³² Os impetrantes alegaram basicamente que: (i) estavam impedidos pela polícia de entrar e sair da sede central e comitês locais do Partido; (ii) que antes da publicação do acórdão do TSE, a polícia invadira as sedes do Partido e se apoderara do que havia lá; (iii) que o Partido se organizava como sociedade civil devidamente registrada; (iv) que a cassação do registro partidário não suprimia a sociedade civil; (v) que os Estatutos do Partido atribuíam à assembleia geral a disposição dos bens sociais (Ibid., p.73).

¹³³ O Mandado de Segurança n.º 900 foi impetrado pelos representantes do Partido Comunista, questionando a cassação dos seus mandatos, sob o argumento de que a Lei n.º 211/1948 – que servira de base para o ato – era inconstitucional (COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.121-122).

¹³⁴ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.279-280.

¹³⁵ O Mandado de Segurança n.º 896 foi impetrado por Luiz Carlos Prestes, questionando o ato da Mesa do Senado Federal, que extinguiu o seu mandato (Ibid., p.280).

¹³⁶ ALVES JR., loc. cit.

¹³⁷ Um guarda pessoal do Presidente Getúlio Vargas foi apontado como mandante de um atentado contra o jornalista Carlos Lacerda – que vinha fazendo campanha contra ele –, e que acabou vitimando o major da Aeronáutica, Rubem Vaz. Em razão de forte pressão política e vendo a iminência de um golpe militar caso não renunciasse, Vargas suicidou-se (COSTA, E. V., op. cit., p.136).

governo foi assumido pelo Vice-Presidente, João Fernandes Café Filho, para completar o mandato presidencial. Em sua presidência ocorreram as novas eleições (em outubro de 1955), nas quais se sagrou vencedor o candidato do PSD, Juscelino Kubitschek (JK), e como Vice-Presidente, João Goulart.

Antes de JK e Jango assumirem os cargos, e ainda durante o mandato de Café Filho, este último veio a sofrer um ataque cardíaco, sendo substituído pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz. Por sua vez, este foi acusado de favorecer os partidários de um golpe militar que impediria a posse do Presidente e Vice-Presidente eleitos: JK e Jango. Por isso, em 11 de novembro de 1955, o General Henrique Lott, com o apoio do Exército, forçou a deposição de Carlos Luz, com um "golpe preventivo". No mesmo dia, Carlos Luz foi considerado impedido e Nereu Ramos, Presidente do Senado, veio a assumir o cargo de Presidente.¹³⁸ Contudo, dez dias depois, Café Filho buscou reempossar-se nesse posto. O Congresso, então, o considerou impedido e manteve Nereu Ramos como Presidente interino. Para garantir tranquilidade até que os eleitos assumissem os cargos, o Congresso aprovou estado de sítio por 30 dias, o qual foi prorrogado posteriormente até a data da posse, em 31 de janeiro de 1956.

Em face do ato do Congresso que impediu Café Filho de assumir o cargo, o Ex-Presidente impetrou mandado de segurança junto ao STF.¹³⁹ Porém, em 14 de dezembro de 1955, por maioria, o Supremo suspendeu o julgamento do mandado de segurança^{140,141} até a cessação do estado de sítio, voltando a analisar o *writ* apenas em novembro de 1956, quando o remédio constitucional já havia perdido o seu objeto.

¹³⁸ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.280.

¹³⁹ MS 3.557, de 14/12/1955.

¹⁴⁰ Foi voto vencido o Ministro Ribeiro da Costa. Veja-se trecho do seu voto: "[...] entendo que se o afastamento do presidente da República resultou de ato de força e de violência, já exposto ao Supremo Tribunal, a assunção àquele alto cargo do Sr. Nereu Ramos é ato que não somente ofende à Constituição, como também resulta manifestamente nulo. O Sr. Nereu Ramos, a meu ver, é um funcionário de fato, nada mais do que isso. Não é detentor autêntico da autoridade que exerce [...] Qual a função do juiz? A maior, a mais elevada, a mais pura. É aplicar a Constituição. Talvez após quarenta anos de serviços à causa pública, dos quais 32 à magistratura, também tenho a dizer, com melancolia, como o grande escrito: 'Perdi o meu ofício. Arrebataram meu instrumento de trabalho, meu gládio e meu escudo: a Constituição'. Assim, concedo o mandado de segurança" (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.183-184).

¹⁴¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.111.

Café Filho também impetrou um *habeas corpus* contra as tropas militares que cercavam a sua casa durante a vigência do estado de sítio. Quanto a este *writ*, depois de ter adiado o seu julgamento, em 21 de dezembro de 1955, o Tribunal o considerou prejudicado, tendo em vista a *simples informação* prestada pelo Presidente em exercício, Nereu Ramos, nos seguintes termos: "cumpre-me esclarecer que o paciente e os que com ele se encontram à avenida Copacabana, 1.386, não sofrem limitações à liberdade de locomoção [...] O paciente e os que ora o acompanham em sua residência poderão locomover-se livremente".¹⁴² Para Costa, esses casos demonstram que o STF "reconhecera o poder dos militares de intervir nos sistema político e estabeleceu o princípio da legitimidade revolucionária".¹⁴³

Durante os governos seguintes, o STF voltou-se a julgar problemas de rotina.¹⁴⁴ E, logo na sequência, o regime democrático cederia lugar ao regime de exceção. O quadro começou a mudar quando Jânio Quadros, sete meses depois do início do seu governo, renunciou em um gesto "dramático", após a denúncia de que ele e o ministro da justiça¹⁴⁵ estavam orquestrando um "golpe". Depois dele, João Goulart aproximou-se cada vez mais da esquerda, levando setores ligados à direita a entender que o país dirigia-se ao comunismo, e, então, a tramar a sua deposição. Em 31 de março de 1964, ocorre o golpe militar, sem confrontos armados efetivos. O Congresso declara vago o cargo de Presidente da República, e nomeia o então Presidente da

¹⁴² RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.203.

¹⁴³ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.144.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p.149.

¹⁴⁵ No dia 24 de agosto de 1961, Lacerda, que fora eleito governador do Rio de Janeiro, denunciava a existência de um golpe orquestrado pelo Presidente e seu ministro da Justiça, Oscar Pedroso Horta. A Câmara dos Deputados convidou o ministro a prestar esclarecimentos. No dia seguinte, Jânio Quadros, num gesto dramático, renunciou. Deveria assumir o seu vice, João Goulart, o qual havia sido Ministro do Trabalho de Getúlio, e era associado a amplos segmentos das Forças Armadas, ao "populismo" e ao "sindicalismo". Como João Goulart estava em viagem à China, assumiu temporariamente a presidência da República o Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli. Antes de Goulart assumir, já se articula, porém, um movimento de "veto militar" à sua posse, o qual não foi bem-sucedido, em razão da chamada "Campanha da Legalidade". Esta última era liderada pelo governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, que contava com a adesão do 3.º Exército, com sede naquele Estado. Como uma solução de compromisso, aprovou-se a Emenda Constitucional n.º 4, promulgada em 2 de setembro de 1961, que instituiu o regime parlamentarista no Brasil e esvaziou os poderes do Presidente da República. Mais tarde, convocou-se um plebiscito para ratificar o parlamentarismo ou para que retornasse o presidencialismo. O mencionado plebiscito ocorreu em 6 de janeiro de 1963, retornando o presidencialismo. João Goulart, que havia tomado posse em 7 de setembro de 1961, aproximou-se cada vez mais da esquerda, prometendo reformas de base – inclusive agrária – e aprovando restrições ao capital estrangeiro. Diante disso, setores ligados à direita passaram a tramar a sua deposição, sob o argumento de que o país dirigia-se ao comunismo (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.138).

Câmara, Ranieri Mazzilli – seu substituto constitucional – para ocupá-lo. Dias depois, porém, Mazzilli seria substituído pelo General Humberto Castelo Branco. Iniciou-se, assim, o período da ditadura militar.

1.2.4 A Ditadura Militar (1964-1988)

A independência do STF e de seus membros voltou a ser gravemente desrespeitada a partir do Golpe de 1964. Inúmeros foram os episódios em que os militares procuraram influenciar o processo decisório ou interferiram na estrutura institucional do Tribunal, almejando obter benefícios políticos. A formalização do golpe se deu por meio do Ato Institucional n.º 1 (AI-1), editado em 9 de abril de 1964, no qual constava que a "Revolução" – como Poder Constituinte – não buscava fundamento de validade na Constituição de 1946, porém, por *concessão dos militares*, o seu texto continuaria a valer, desde que não contrariasse o Ato Institucional.

Além de adotar inúmeras medidas para reforçar o Poder Executivo e reduzir o campo de atuação do Congresso, demonstrando um caráter centralizador e autoritário, o AI-1 também atingiu o Poder Judiciário em geral, e o STF em particular. Ele *suspendeu, pelo período de seis meses, as garantias da vitaliciedade e estabilidade* (art. 7.º), permitindo, durante esse período, demissão, dispensa, aposentadoria, reforma ou reserva de servidores civis, militares e magistrados, que tivessem "[...] tentado contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública" (art. 7.º, § 1.º). A imposição dessas penalidades seria apurada por meio de investigação sumária, *sem a possibilidade de controle jurisdicional sobre os fatos que o motivaram, restringindo-se ao exame das formalidades extrínsecas* (§ 4.º). O mesmo Ato Institucional autorizava que os Comandantes das Forças Armadas e o Presidente suspendessem os direitos políticos pelo prazo de dez 10 anos e extinguissem mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, *excluída a apreciação judicial desses atos* (art. 10).

Com base no AI-1, o novo governo passou a perseguir os seus inimigos. Políticos foram cassados, magistrados e servidores públicos aposentados e demitidos¹⁴⁶, sindicalistas e outras

¹⁴⁶ Segundo Boris Fausto: "os expurgos atingiram, em 1964, 49 juízes. No Congresso, cinquenta parlamentares tiveram o mandato cassado. Dos quarenta deputados que perderam o mandato em uma primeira lista, o PTB vinha na frente, com dezoito deputados; nenhuma cassação atingiu a UDN. Calcula-se, em números conservadores,

lideranças foram presas e muitos outros foram assassinados. Os comunistas, os subversivos, os corruptos etc., foram expurgados. O Poder Judiciário, em geral, e o STF, em particular, passaram a receber e conceder ordens de *habeas corpus* para presos e pessoas ameaçadas de prisão. A imprensa, ainda não silenciada, começou a denunciar os arbítrios do governo e a cobrar medidas de respeito ao Estado de Direito.¹⁴⁷ Embora o Tribunal tenha combatido o regime militar no início, dentro de pouco tempo a sua resistência não se verificou mais na prática.

Um dos casos mais citados que chegou a julgamento do STF nesse período inicial foi o do professor Sérgio Cidade de Resende, do corpo docente da Universidade Católica de Pernambuco, acusado de ter distribuído em sala de aula um manifesto contrário à situação vigente.¹⁴⁸ Ele teve a sua prisão preventiva decretada, incurso nos arts. 11, A, § 3.º e 17, da Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953, que definia crimes contra o Estado, ordem política e social. O Juiz, conhecendo a denúncia, decretou a prisão preventiva do denunciado, fazendo com que os seus advogados impetrassem um *habeas corpus* (n.º 40.910) perante o STF. O *writ* foi julgado em 24 de agosto de 1964, no qual os Ministros, por unanimidade, concederam a ordem requerida.^{149,150}

Nesse período, porém, "os grandes conflitos entre o Executivo-Revolucionário e o Poder Judiciário, giraram, destacadamente, em torno do princípio da Federação".¹⁵¹ A Revolução havia deposto vários governadores e afastado diversos secretários de Estado, entregando-os a julgamento perante a Justiça Militar, ou seja, distante do foro especial assegurado pela Constituição, em razão da natureza dos seus cargos. Em novembro de 1964, o STF julgou dois

que mais de 1.400 pessoas foram afastadas da burocracia civil e em torno de 1.200, das Forças Armadas [...]. Perderam o mandato os governadores dos Estados de Pernambuco e Sergipe, respectivamente Miguel Arraes e Seixas Dória [...] Entre as figuras mais conhecidas que tiveram mandatos cassados ou sofreram a suspensão de seus direitos políticos, além de nomes óbvios como os de Jango e Brizola, figuravam Jânio e Juscelino, este último senador de Goiás" (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.467).

¹⁴⁷ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.326.

¹⁴⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.113.

¹⁴⁹ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1975. 209f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1975. p.48-49.

¹⁵⁰ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1963-1966*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967. v.5. p.7-19.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.15-17.

pedidos de *habeas corpus*: (i) um no dia 4, impetrado pelo Sr. Plínio Coelho, que já estava fora do cargo de governador desde o dia 27 de junho de 1964, mas era ameaçado novamente de prisão; (ii) e outro no dia 23, impetrado pelo Sr. Mauro Borges, que se encontrava em pleno exercício do mandato, mas era ameaçado de prisão e deposição por influentes alas das Forças Armadas.

Quanto ao Sr. Plínio Coelho, este havia sido afastado do cargo e preso, até que o Tribunal de Justiça do Amazonas, em 11 de agosto, concedeu-lhe ordem de *habeas corpus*. Foi dada ciência da decisão ao governador Artur Reis, que ao invés de cumpri-la – colocando o paciente em liberdade –, entregou-o ao Tenente-Coronel José Alípio de Carvalho, que o recolheu ao Quartel do 27.º Batalhão de Caçadores.¹⁵² O desrespeito à decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas gerou uma séria crise política, que, constitucionalmente, poderia levar à intervenção federal. Essa medida extrema foi evitada pela interferência da cúpula militar, que só então procedeu à soltura do paciente. Novamente ameaçado de prisão, o paciente impetrou *habeas corpus preventivo*¹⁵³ junto ao STF, que concedeu o pedido, por unanimidade, sob o fundamento de que os delitos funcionais porventura cometidos, pela prerrogativa da função de Governador do impetrante, só os Tribunais de Justiça dos Estados eram competentes para julgar.

Por sua vez, o Governador Mauro Borges Teixeira, do Estado de Goiás, também havia sido submetido a inquérito policial militar por subversão, mesmo tendo prerrogativas de foro de acordo com a Constituição estadual.¹⁵⁴ Este não suplicava perante o STF apenas a sua liberdade de ir e vir, como ocorrera com o Sr. Plínio Coelho, mas também a preservação do seu mandato governamental e suas liberdades públicas ameaçadas. O Ministro Relator, Gonçalves de Oliveira, em 14 de novembro, concedeu *ordem liminar de habeas corpus preventivo*¹⁵⁵, tendo em vista as notícias sobre movimentação de tropas federais para Goiás e a iminente

¹⁵² VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1975. 209f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1975. p.66-71.

¹⁵³ HC 41.049, de 04/11/1964.

¹⁵⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.113.

¹⁵⁵ HC 41.296, de 23/11/1964.

prisão do Governador. A decisão não foi bem recebida pelos Militares, mas acabou sendo cumprida por interferência do Presidente Castello Branco.

Em 23 de novembro, o Plenário do STF, por unanimidade, confirmou a liminar e *acolheu o pedido de habeas corpus*. O Relator argumentou que a Constituição limitava a competência da Justiça Militar, que apenas poderia estender-se aos civis em casos de crimes contra a segurança externa do país ou das instituições militares. O Governador apenas poderia ser processado, nos crimes de responsabilidade, pela Assembleia Legislativa, e nos crimes comuns, após licença da mesma Assembleia, conforme estabelecia a Constituição de Goiás¹⁵⁶. *Uma semana depois do julgamento, porém, o Presidente da República, com aprovação do Congresso Nacional, decretou a intervenção no Estado de Goiás, e o governador acabou sendo afastado.*

Em 19 de abril de 1965, o STF julgou outro caso de grande repercussão. Tratava-se do governador do Estado de Pernambuco, Miguel Arraes de Alencar, que fora deposto e preso em 31 de março de 1964. O ex-governador havia sido denunciado e preso perante a Justiça Militar por crime de 'tentativa de mudança de ordem política e social mediante ajuda de Estado estrangeiro'. Formulado pedido de *habeas corpus* perante a Justiça Militar, este foi negado. O Governador, então, recorreu ao STF para obter ordem de soltura¹⁵⁷, pois já se encontrava preso há mais de um ano. Alegou no *writ* a incompetência da Justiça Militar, conforme o STF havia firmado entendimento nos casos de Plínio Coelho e Mauro Borges. Em resposta a um pedido de informações, o Superior Tribunal Militar aduziu que o paciente figurava como "cabeça da subversão no Nordeste, sendo apontado como ativista da linha comunista".¹⁵⁸ Mesmo assim, o *habeas corpus* foi concedido por unanimidade.^{159,160}

¹⁵⁶ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1975. 209f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1975. p.71-94.

¹⁵⁷ HC 42.108, de 19/04/1965.

¹⁵⁸ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.171.

¹⁵⁹ "O *habeas corpus* foi concedido por unanimidade, embora o ministro Luís Gallotti o concedesse apenas em virtude de excesso de prazo de detenção, tendo externado, na ocasião, um ponto de vista diverso dos demais, justificando a competência da Justiça Militar em casos análogos" (Ibid., p.172).

¹⁶⁰ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1963-1966*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967. v.5. p.125-152.

Essas e outras decisões, nas quais o STF resistiu a pressões militares e concedeu *habeas corpus* a presos políticos que teriam supostamente cometido crimes contra a segurança nacional, levaram a uma crise entre os poderes, *a ponto de o governo considerar o aumento do número de juízes, para redirecionar as decisões do Tribunal.*

Em uma entrevista publicada em 20 de outubro de 1965, no jornal Correio da Manhã, o Presidente do STF, Ministro Ribeiro da Costa, condenou a interferência do Executivo e do Legislativo no Judiciário e aduziu que o aumento do número de ministros apenas poderia ocorrer com a recomendação do Tribunal e votação do Senado. O Ministro também afirmou que: "Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação".¹⁶¹ Afirmou, ainda, que os militares haviam jurado fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição, e que ao STF cabia realizar o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos dos outros poderes, sendo por isso investido de independência. Desse modo, considerava inadmissível a alteração do número de ministros por iniciativa do Executivo e chancela do Legislativo.

Tal pronunciamento teve enorme repercussão nos meios militares e na imprensa, e, em rápida resposta, em 27 de outubro de 1965 o Presidente Castelo Branco emitiu o Ato Institucional n.º 2.^{162,163} Novamente invocando o Poder Constituinte "revolucionário", o referido Ato veio a atingir diretamente o STF, *alterando a sua composição, que de 11 ministros*

¹⁶¹ Veja-se trecho do discurso: "Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação, como pouco o fizeram, com estarrecedora quebra de sagrados deveres os sargentos, instigados pelos Jangos e Brizolas. A atividade civil pertence aos civis, a militar a estes que sob sagrado compromisso juram fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição. Se ao Supremo Tribunal Federal cabe o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos dos outros poderes, por isso mesmo ele é investido de excepcional autonomia e independência, tornando-se intolerável a alteração do número de seus juízes por iniciativa do Executivo e chancela do Legislativo. Inaugurado que seja este sistema mais adiante aumentar-se-á novamente o número dos membros do Supremo Tribunal Federal, sob qualquer pretexto, político ou militar. A que se reduzirá, então, a independência do Poder Judiciário se até o seu mais alto Tribunal poderá ficar à mercê da oscilação de opiniões e de vontades estranhas àquele Poder?" (VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1975. 209f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1975. p.108-109).

¹⁶² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.1113-114.

¹⁶³ Além do conflito entre o Executivo e o STF, também contribuiu para a edição do AI-2 o fato de o AI-1 não ter alterado o cronograma das eleições para Governador, que foram realizadas em 1965. Em razão da vitória dos partidos da oposição em Estados importantes, como a Guanabara e Minas Gerais, o resultado das urnas assombrou os militares e forneceu argumento para que a linha dura buscasse a edição de outros atos institucionais (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.140).

passava para 16 (art. 6.º), visando "identificar a linha jurisprudencial do Supremo com os objetivos da Revolução".¹⁶⁴

Contudo, o AI-2 não parou por aí. O referido Ato novamente *suspendeu durante seis meses as garantias da vitaliciedade e estabilidade* (art. 14), sendo que os titulares dessas garantias podiam ser demitidos, aposentados, transferidos, reformados etc., caso tivessem atentado contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração. *O controle jurisdicional desses atos mais uma vez se limitava às formalidades extrínsecas*. Outrossim, tal como ocorrera no AI-1, o AI-2 também atribuía ao governo a faculdade de suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos e a cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, *excluída a apreciação judicial desses atos* (art. 15).

Visando fragmentar a atuação judicial, o AI-2 *aumentou a competência da Justiça Militar, inclusive para processar e julgar civis nos crimes contra a segurança nacional* (art. 8.º). Além disso, para limitar os esforços dos litigantes e juízes, o AI-2 *excluiu da apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento em atos institucionais ou complementares, e acresceu que as resoluções dos poderes legislativos estaduais ou municipais que cassassem mandatos ou declarassem o impedimento de Governador, Prefeito ou Vereador, sujeito à sua competência, não poderiam sofrer a sindicância judicial* (art. 19).

Mais à frente, o AI-3 fixou data para as eleições de 1966, dispôs sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e deu outras providências, dispondo em seu art. 6.º que: "*ficam excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele*".

¹⁶⁴ Como destaca Osvaldo Trigueiro do Vale: "Essa mudança na composição numérica [...] tinha no seu bojo a intenção política de identificar a linha jurisprudencial do Supremo com os objetivos da Revolução. Esses objetivos não haviam sido 'compreendidos' e 'assimilados' por aquela Instituição, que teve o seu funcionamento consentido na persuasão de que ocorreria a pretendida submissão, sem radical modificação no direito escrito, para salvar a aparência liberal-democrática do movimento revolucionário. Essa 'compreensão', sem as modificações no direito positivo não ocorreu, nem ocorreria, provocando nos setores menos condescendentes da Revolução uma profunda desolação e precipitando medidas cada vez mais radicais contra a Corte da Justiça. O próprio Ministro da Guerra da época, General Costa e Silva, com a linguagem muito franca que o caracterizava, proclamava a decepção revolucionária: 'os militares deixaram o Supremo Tribunal Federal funcionar na esperança de que ele saberia compreender a Revolução. Esperança, aliás, ilusória'" (VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1975. 209f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1975. p.95).

Também foram editadas ao longo desse período diversas emendas à Constituição¹⁶⁵, dentre as quais a EC n.º 16/65, que introduziu a chamada representação de inconstitucionalidade.¹⁶⁶ Com ela, introduziu-se no Brasil o controle abstrato da constitucionalidade, inspirado no modelo de Hans Kelsen e consubstanciado na Constituição austríaca de 1920. Contudo, o fato de a legitimidade ativa da representação de inconstitucionalidade (RI) ser exclusiva do Procurador Geral, à época cargo de livre nomeação e exoneração do Presidente da República, fez com que a EC n.º 16 se tornasse uma prerrogativa para o Executivo levar diretamente ao STF a discussão sobre a constitucionalidade de norma federal ou estadual, enquanto todas as demais pessoas físicas ou jurídicas estavam limitadas ao uso do controle difuso de constitucionalidade, e, portanto, sujeitos a um trâmite nas instâncias inferiores até o pronunciamento da Corte em recurso extraordinário.^{167,168} O regime militar, portanto, ampliava a forma de *judicial review*, e com isso obtinha um "benefício próprio".¹⁶⁹

Diante da "colcha de retalhos" que passou a representar a manutenção da Constituição de 1946, com os Atos Institucionais e as diversas emendas à Constituição aprovadas, surge em 1967 a ideia de elaborar uma nova Constituição que viesse a institucionalizar o regime. O AI-4, decretado em 7 de dezembro de 1966, convocou a Assembleia Constituinte. Contudo, esta última não passou de uma "farsa", por se resumir a um procedimento para homologação e

¹⁶⁵ Segundo Daniel Sarmento: "[...] Até a promulgação da Constituição de 1967, o regime militar aprovaria mais de 14 emendas: da Emenda n.º 7 até a n.º 20" (SARMENTO, Daniel. *Trajetória constitucional brasileira. In: Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.61).

¹⁶⁶ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997. p.95-96.

¹⁶⁷ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.192.

¹⁶⁸ De acordo com Gustavo Binbenojm, a representação de inconstitucionalidade foi utilizada até 1988 com timidez e parcimônia. Em suas palavras: "pode-se mesmo dizer que a deflagração da jurisdição constitucional abstrata foi até então, no Brasil, uma questão de Estado, da qual os cidadãos estavam completamente alijados. Um caso exemplar e emblemático de sociedade fechada de intérpretes da Constituição, na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional" (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.128).

¹⁶⁹ Segundo Rodrigo Brandão: "o propósito da instituição do controle abstrato no Brasil não era o de fortalecer o papel do Judiciário de protetor de direitos fundamentais, senão o de transformar o STF em instrumento do regime, notadamente para imunizar os efeitos de decisões judiciais indesejadas" (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.114).

legitimação de um texto elaborado por Carlos Medeiros da Silva, então Ministro da Justiça.¹⁷⁰ A Carta de 1967 é datada de 24 de janeiro de 1967¹⁷¹, mesmo dia da posse do novo Presidente da República, Costa e Silva, que pertencia à "linha dura" das Forças Armadas.

Depois de sua outorga, porém, os Atos Institucionais não pararam de ser editados. Em 13 de dezembro de 1968 foi editado o AI-5, o mais duro de todos os instrumentos produzidos pelo regime. Mais uma vez foram suspensas *as garantias vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 6.º)*, podendo o Presidente da República, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares. Visando restringir a atuação judicial sobre assuntos do interesse do regime, *suspendia-se a garantia de habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10). Além disso, o AI-5 *excluía de qualquer apreciação judicial os atos praticados de acordo com ele* (art. 11).

Com base no AI-5, o STF foi prontamente atingido. *Por meio do decreto de 16 de janeiro de 1969, o governo militar aposentou compulsoriamente os ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, este último nomeado por JK, e os outros dois por*

¹⁷⁰ Embora o AI-4 disciplinasse detalhadamente o funcionamento da Constituinte, quando realizado o trabalho pela Comissão designada, "o governo não concordou com o resultado do trabalho [...], considerado excessivamente liberal. Assim, o projeto foi encaminhado a Carlos Medeiros da Silva, então Ministro da Justiça, que o reviu integralmente, conferindo-lhe uma fisionomia mais autoritária. Este novo projeto, depois de revisto pelo Presidente, foi encaminhado pelo governo à Assembleia Constituinte. Na Assembleia Constituinte, instalada em 12 de dezembro de 1966, o projeto seria aprovado por Comissão Mista, por treze votos a oito. Os representantes do MDB na comissão votaram contra o projeto, acusando-o de autoritário. Em seguida, o projeto foi aprovado pelo plenário, e, na fase subsequente, recebeu número significativo de emendas, algumas das quais foram acolhidas pelas duas casas, mas nada que alterasse de forma mais substantiva o texto encaminhado pelo governo". (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.143).

¹⁷¹ A nova Carta estabeleceu a composição da Corte em 16 ministros – repetindo o AI-2 –, os quais deveriam ser nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado, dentre brasileiros natos, maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada (art. 113, § 1.º). A aposentadoria era compulsória, aos 70 anos de idade ou por invalidez, e facultativa, após 30 anos de serviço público (§ 1.º, art. 108). Manteve-se incólume o controle difuso (art. 114, III, *a e d*). O controle direto e abstrato, estabelecido pela Emenda Constitucional n.º 16/65, com o monopólio do Procurador Geral da República para a sua deflagração, foi preservado. Foram mantidas as competências originárias da Corte para julgar *habeas corpus* (art. 114, I, h) e mandados de segurança (art. 114, I, i). A Representação Interventiva foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também promover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1.ª parte). Manteve-se a prerrogativa do Senado para promover a suspensão das leis e atos normativos declarados inconstitucionais (art. 45, IV), bem como a exigência de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público (art. 111). Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.205-207.

*João Goulart. No mês seguinte, os últimos ministros nomeados por civis, Lafayette de Andrada (nomeado por José Linhares) e Antônio Gonçalves de Oliveira (nomeado por JK), saíram voluntariamente da Corte em protesto à aposentadoria de seus colegas.*¹⁷² Essas vagas não chegaram a ser preenchidas, porque o AI-6, de 1.º fevereiro de 1969, reduziu novamente o número de ministros de 16 para 11. Assim como Vargas havia feito em pouco mais de três anos, em cerca de cinco anos o regime militar providenciou a renovação de mais da metade do Tribunal.¹⁷³ Operava-se, desse modo, um aparelhamento do STF com o regime, por meio da escolha de ministros que partilhavam os pontos de vista dos militares.

É preciso lembrar que a mudança na composição do STF já havia iniciado em 1965, com o AI-2, que permitiu a nomeação de novos ministros para assumir as cadeiras criadas com o referido Ato, dentre os quais: Adalício Coelho Nogueira, José Eduardo do Prado Kelly, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros Silva. Essa mudança continuou com a aposentadoria de diversos ministros que compunham o Tribunal quando da realização do golpe, mas se completou apenas em 1969, com a aposentadoria compulsória dos três ministros e o pedido de aposentadoria dos outros dois.

Segundo aponta Evandro Lins e Silva, as aposentadorias em solidariedade buscavam apenas manter as aparências, porque seriam cinco os ministros aposentados.¹⁷⁴ Ao final do período Costa e Silva, apenas um dos 11 ministros que eram do STF quando se realizou o golpe ainda permanecia no Tribunal. Segundo Emilia Viotti da Costa, "o Supremo encontrava-se em 1969 quase totalmente renovado. As vagas foram preenchidas por ministros de confiança do

¹⁷² COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.179.

¹⁷³ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.199-200.

¹⁷⁴ Indagado sobre se imaginava que ia ser cassado, junto com Vitor Nunes e Hermes Lima, Evandro Lins e Silva respondeu: "Sim, eu admitia que isso acontecesse. Em relação a mim e ao Hermes Lima, não tinha dúvida. Quando ouvi a notícia na televisão, eu já sabia. Em relação ao Vítor, podia ter alguma dúvida, mas tendia a acreditar que ele também fosse atingido. E na realidade saíram cinco, tanto que o Tribunal voltou a ter 11 membros outra vez. Por que saíram os outros dois? Em relação ao Lafayette de Andrada, posso informar o seguinte: ouvi do ministro Luís Gallotti a informação de que ele não foi cassado porque seu irmão, o deputado José Bonifácio, que era o líder na Câmara, assumiu com o governo o compromisso de colher o seu pedido de aposentadoria; de fato, ele pediu a aposentadoria. Em relação a Gonçalves de Oliveira, também se dizia que não estava nas boas graças do governo, mas ele veio para Brasília e fez uma carta dizendo que deixava a Corte, lembrando um caso ocorrido no Império em que foram aposentados vários ministros do Supremo pelo imperador Pedro II, porque teriam decidido uma causa contra os interesses da condessa de Barral, sua amante. Nessa ocasião, o presidente da Corte, se não me engano, barão ou conde de Monserrate, demitiu-se da presidência do Tribunal e voltou para a bancada, não se aposentou. Ele dava esse exemplo para justificar sua saída. Também pediu aposentadoria". (LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p.400).

regime".¹⁷⁵ Segundo Marco Antonio Villa, "com o disposto nos AI-5 e AI-6 e uma confiável e servil composição do Tribunal, o regime militar não teve mais problemas com o STF".¹⁷⁶ O Tribunal "foi 'esquecendo' os casos políticos. [...]. A independência da Corte ficou para ser usada em outro momento".¹⁷⁷

Após o AI-5, o STF não exerceu um papel de destaque na arena política, e isso pelas razões até aqui expostas: primeiro, porque muitas das suas competências fundamentais haviam sido retiradas; e, segundo, porque os ministros nomeados durante o regime militar tinham uma visão de mundo semelhante com a orientação política em curso. Dois casos retratam bem essa sintonia entre o STF e o novo regime. O primeiro deles é o caso em que o MDB (Movimento Democrático Brasileiro) – partido de oposição no bipartidarismo criado por meio do AI-2 – encaminhou representação ao Procurador da República, requerendo que ele promovesse ação de inconstitucionalidade perante o STF, contra o Decreto-lei n.º 1.077/70, que havia instituído a censura prévia sobre periódicos e livros. O então Procurador-Geral, Xavier de Albuquerque – que posteriormente foi nomeado à Corte –, afirmou que possuía poder discricionário de acatar (ou não) a representação, optando por arquivá-la (i. é, ele não propôs a ação de inconstitucionalidade).

O MDB então apresentou reclamação¹⁷⁸ ao STF, sustentando que a propositura da ação de inconstitucionalidade era obrigação, e não faculdade do Procurador-Geral. A maioria dos ministros, porém, julgou improcedente a Reclamação, seguindo o voto do relator. O único voto vencido foi o do Ministro Adauto Lucio Cardoso, que decidiu pelo acolhimento da Representação, aduzindo que se o Procurador-Geral não propusesse a ação, seria ele a autoridade que estaria declarando a constitucionalidade do ato normativo atacado.¹⁷⁹ No final do julgamento, como narra Marco Antonio Villa, "indignado com o servilismo dos ministros",

¹⁷⁵ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.179.

¹⁷⁶ VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p.143-144.

¹⁷⁷ VILLA, loc. cit.

¹⁷⁸ Reclamação n.º 849, de 10/03/1971.

¹⁷⁹ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.202.

o Ministro Adauto Lucio Cardoso "levantou-se da cadeira, retirou a toga e a jogou no chão. Saiu do plenário para nunca mais voltar. Solicitou aposentadoria".¹⁸⁰

O segundo caso em que fica evidente a harmonia entre o STF e o regime militar – já no final – é o caso em que um jornalista do "O Estado de S. Paulo" impetrou mandado de segurança contra um Decreto presidencial que havia determinado a aplicação de medida de emergência¹⁸¹ no Distrito Federal, voltada a restringir a liberdade de comunicação. No caso em questão, foi restringida a liberdade de transmissão, pela televisão, ao vivo, da votação do projeto de Emenda Constitucional que restabelecia as eleições diretas para Presidente da República. Muito embora a medida devesse apenas incidir sobre Brasília, que era o local da votação, uma vez que a regra constitucional só autorizava a decretação de medida de emergência "em locais determinados e restritos", o mandado de segurança impetrado contra a abrangência nacional da proibição foi denegado, sob o fundamento de que teria havia "erro" na indicação da autoridade coatora (que, segundo entendeu o Tribunal, era o Comandante Militar), e a competência para julgar o caso não era do STF. Porém, "nos termos do art. 155 da Constituição, e do art. 81, XVI, a competência para decretar a medida de emergência era da Presidência da República, o que levaria a atribuição para o Supremo".¹⁸²

Em suma, até o final da ditadura não existiram mais casos relevantes em que o STF tenha restringido os militares. Outros Atos Institucionais foram editados, bem como foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que fez extensas modificações na Constituição de 1967, sendo considerada pela maior parte dos constitucionalistas uma nova Carta Constitucional. Em 15 de janeiro de 1974, o Colégio Eleitoral escolheu o General Ernesto Geisel para a Presidência. Foi ele quem deu início a um processo de abertura "lenta, gradual e segura" para o regime democrático. Contudo, esse processo de transição não foi

¹⁸⁰ Marco Antonio Villa narra que o Ministro Adauto Lucio Cardoso era: "um jurista liberal, resquício dos apoiadores do golpe civil-militar e que fora abandonando o regime a cada medida arbitrária. Era Adauto Lucio Cardoso, udenista histórico, conhecido pela combatividade e oposição ao varguismo. Como bom mineiro, passou a maior parte de sua vida no Rio de Janeiro. Em 1964, alertou Francisco Julião, líder das Ligas Camponesas, à época deputado federal, que deveria fugir de Brasília, pois seria preso pelos novos donos do poder. Em 1966, renunciou à presidência da Câmara dos Deputados, após a cassação de seis parlamentares do MDB – ele era da Arena. Adauto foi nomeado em 1967. Ficou quatro anos no Supremo. No STF votou com independência. Mas o aprofundamento repressivo do regime acabou transformando Adauto em um opositor dos militares" (VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p.143).

¹⁸¹ As medidas de emergência estavam consagradas no art. 155, da Constituição, de 1967, com a redação dada pela EC n.º 11, de 13/10/1978.

¹⁸² PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.202-203.

feito sem recuos e retrocessos. *Estes últimos ficaram evidentes com o famoso (e triste) "Pacote de Abril", cuja redação recebeu a colaboração de alguns ministros do STF.*¹⁸³ A integração entre o Executivo e o Supremo foi bastante evidente a partir da década de 1970.

O Pacote Abril foi imposto no governo de Geisel (1977), tendo o Presidente decretado o recesso no Congresso Nacional, e, dentre outras medidas, editado a Emenda Constitucional n.º 7, que alterou diversos dispositivos constitucionais atinentes ao Poder Judiciário. *Por meio dessa emenda foi criada a "avocatória", que permitia ao STF, a pedido do Procurador-Geral da República, avocar qualquer causa em trâmite no país quando houvesse "imediato risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas" (art. 119, I, alínea o).* O instituto "foi largamente utilizado, durante o regime de exceção, para suspender decisões 'jurídicas' à luz de argumentos políticos, conforme a conveniência dos governantes de plantão".¹⁸⁴

Apesar disso, o processo de abertura continuou. Geisel impôs a sua autoridade e derrotou resistências à liberalização do regime¹⁸⁵ e antes do encerramento do seu mandato propôs a revogação dos Atos Institucionais e complementares, o que foi aprovado pelo Congresso. Em 15 de março de 1979, deu-se a posse a João Baptista Figueiredo, que deu continuidade ao processo de abertura democrática, com a aprovação da Lei de Anistia, que permitiu o retorno ao país de centenas de pessoas que haviam se exilado ou fugido para o exterior, bem como da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que permitiu a criação de vários

¹⁸³ VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011. p.144.

¹⁸⁴ Como explica Gustavo Binbenojm, a "avocatória": "[...] permitia que o Supremo Tribunal Federal deferisse a avocação, a pedido do Procurador-Geral da República, de causas envolvendo perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendessem os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe fosse devolvido". (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.129).

¹⁸⁵ Boris Fausto narra que no curso de 1975, Geisel combinou medidas liberalizantes com medidas repressivas. Essas últimas eram destinadas a acalmar o "público interno", ou seja, integrantes da corporação militar. Um confronto importante entre o governo e a "linha-dura" ocorreu em São Paulo. Embora a guerrilha tivesse sido eliminada, os militares "linha-dura" continuavam a exergar subversivos por toda parte. Continuavam a prática da tortura e o desaparecimento de pessoas pela repressão. Em outubro de 1975, o jornalista Vladimir Herzog, diretor de jornalismo da TV Cultura foi morto no DOI-CODI em São Paulo. Sua morte foi apresentada como suicídio por enforcamento, porém, ele havia sido morto com o emprego de tortura. O fato provocou grande indignação em São Paulo, sobretudo na classe média profissional e na Igreja. O Presidente Geisel, que já tinha manifestado o seu descontentamento com o "público interno", resolveu agir: ele substituiu o Comandante do II Exército Ednardo D'Ávila Melo, de São Paulo, por um general de sua inteira confiança, que começou a usar outra linha de linguagem e estabelecer contato com a sociedade. A tortura nas dependências do DOI-CODI cessou, mas as violências em São Paulo não haviam terminado (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.492).

partidos, encerrando-se assim o bipartidarismo brasileiro. As forças ditatoriais ainda se manifestavam com espasmos de violência¹⁸⁶, porém, tais grupos se tornavam cada vez mais isolados e o apoio a suas ações definhavam.¹⁸⁷

Em 1980 foi editada a Emenda Constitucional n. 5, restabelecendo eleições diretas para o cargo de governador do Estado, que ocorreram em 1982. No ano seguinte, iniciava-se o movimento pela eleição direta do Presidente da República (as *Diretas Já*). No entanto, apesar da pressão popular, o Congresso rejeitou a emenda que estabeleceria a eleição direta. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para Presidente, Tancredo Neves, do PMDB, e José Sarney, do PFL, derrotando os candidatos do governo. Apesar das eleições serem indiretas, houve pressão popular em favor da candidatura de Tancredo. O regime militar chegava ao fim, com o retorno do poder civil. Porém, por uma fatalidade, Tancredo adoeceu às vésperas de sua posse, e não chegou a assumir o cargo, vindo a falecer em 21 de abril de 1985. Por isso, assumiu a presidência o seu Vice, José Sarney. Em maio, o Congresso votou uma série de medidas para o restabelecimento da democracia. Reunia-se a Assembleia Constituinte em 1.º de fevereiro de 1987, completando os seus trabalhos em 5 de outubro de 1988.

1.2.5 O Período pós-1988

Do ponto de vista simbólico, a Carta de 1988¹⁸⁸ quis "representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-

¹⁸⁶ "O processo de abertura continuou a ser perpetuado no governo Figueiredo pela ação da linha-dura. Bombas explodiram em jornais da oposição e na Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Uma carta-bomba, enviada ao presidente da OAB, estourou na sede da entidade, matando sua secretária. Figuras da Igreja, como o bispo de Nova Iguaçu, Dom Adriano Hypólito e o jurista Dalmo Dallari, foram vítimas de sequestros. Os atos criminosos culminaram com a tentativa de explodir bombas no centro de convenções do Riocentro, em 30 de abril de 1981. Aí se realizava um festival de música, com a presença de milhares de jovens. Uma das bombas não chegou a ser colocada. Explodiu no interior de um carro, ocupado por um sargento e um capitão do Exército; o sargento morreu no local e o capitão ficou gravemente ferido. A outra bomba explodiu na casa de força do Riocentro. O governo conduziu um IPM que confirmou uma absurda versão dos fatos, isentando os responsáveis". (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p.505).

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.32.

¹⁸⁸ Sob a égide da Carta de 1988, o STF foi previsto com uma composição de 11 ministros, com a nomeação pelo Presidente da República, sujeita à aprovação do Senado (art. 101, § único), dentre cidadãos com mais de 35 e

institucional do país".^{189,190} Os ministros do STF passaram a decidir casos politicamente relevantes a partir de suas preferências sinceras, e, de maneira geral, o Tribunal – como instituição – passou a ser respeitado em sua estrutura/funcionamento e também em suas determinações. Mesmo ameaças à independência foram (e são) pouco frequentes. Essa característica, somada à ampliação dos mecanismos de controle constitucional, vem permitindo ao STF restringir os poderes políticos com mais vigor e independência do que ele fez em toda a sua história institucional.¹⁹¹

menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 95, I). A aposentadoria compulsória foi originalmente estabelecida aos 70 anos, porém, a EC 88/2015 passou a prever que ela se daria "com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar". Quanto à competência do STF, é possível dizer que a Carta de 1988 efetuou uma verdadeira "revolução" nesse plano. O Tribunal foi dotado de um amplo catálogo de competências ordinárias: (i) o controle difuso e incidental de constitucionalidade (art. 102), com cláusula de reserva de plenário (art. 97) e a possibilidade de o Senado suspender a execução da norma declarada inconstitucional (art. 52, X); (ii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com o alargamento tanto do objeto de controle como da sua titularidade, inclusive com maior independência do Procurador-Geral; (iii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 103, § 2.º); (iv) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, § único); (v) a atribuição de *status* de ação constitucional à reclamação, para a preservação da competência do Tribunal e garantia de autoridade de suas decisões (art. 102, I, I); (vi) *habeas corpus* (art. 102, I, "i"), mandado de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, "d"); (vii) 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. 5.º, LXXI). Além dessas competências presentes desde a promulgação da Carta de 1988, a EC 03/93, as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 e a EC45/2004 fortaleceram ainda mais a jurisdição constitucional brasileira, ampliando consideravelmente o acesso e promovendo a ascensão institucional do STF. Cf. ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997. p.108; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.120; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.216 et seq.

¹⁸⁹ Segundo enuncia Luís Roberto Barroso, a nova Carta é o símbolo de uma história de sucesso, pois marcou a transição de um Estado autoritário, intolerante e violento para um Estado democrático de direito. Sob a sua vigência, as eleições voltaram a ser uma constante, assegurando mais de duas décadas de estabilidade institucional. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.36.

¹⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da mesma moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.123.

¹⁹¹ Entende-se que o aumento das competências do STF no pós-1988 não é a causa necessária da atuação mais ativa do Tribunal na restrição dos poderes políticos. Tribunais Constitucionais como o da Rússia e da Bolívia, por exemplo, apesar de terem recebido amplas competências, não conseguiram exercer *assertividade* sobre os poderes políticos. Apesar de sua boa vontade, eles acabaram sucumbindo diante das pressões políticas advindas do Poder Executivo. Por isso, entende-se que além da ampliação dos mecanismos de controle constitucional, uma Corte também precisa de uma condição de independência para conseguir atuar na restrição dos poderes políticos. Sob outra perspectiva, porém, é preciso reconhecer que uma Corte independente muitas vezes só consegue restringir os poderes políticos a contento quando dispõe de poderes para fazê-lo. Tanto é que a teoria de "seguro político" sugere que os grupos que estão perdendo o poder em um dado contexto político-institucional, e que anteriormente mantinham um Tribunal frágil (em razão de sua condição política hegemônica), comumente têm o interesse de "empoderá-lo", para que ele sirva como seguro político no futuro.

Apenas para citar alguns exemplos¹⁹², o STF – em uma mudança de posição – começou a julgar inconstitucionais medidas provisórias que não cumpriam com o requisito constitucional de "relevância" e "urgência", assumindo, assim, uma postura de fiscalização do poder presidencial na edição de tais medidas.¹⁹³ Também passou a decidir – em uma mudança de posicionamento – que leis orçamentárias e medidas provisórias de abertura de créditos extraordinários estavam sujeitas ao controle concentrado e abstrato, restringindo, também neste caso, o Executivo.¹⁹⁴

O Supremo ainda firmou a sua própria competência para o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, restringindo o Constituinte derivado¹⁹⁵, que, apesar do quórum qualificado de três quintos, não passou a ter grandes dificuldades para alterar o texto constitucional no contexto pós-1988.¹⁹⁶ Alguns programas importantes do governo foram *refutados* quando tiveram a sua constitucionalidade apreciada. Por exemplo, as diferentes Reformas da Previdência geraram embates judiciais, tanto no que se refere aos limites máximos dos benefícios¹⁹⁷ como

Eles consideram que um Tribunal com mais poder e independência será capaz de restringir os seus adversários. Cf. GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003; e Id. *The Global Spread of Constitutional Review*. In. WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008.

¹⁹² Vários casos aqui abordados foram explorados por: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.216 et seq.; BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.27-63.

¹⁹³ ADI 1.753/DF, j. 16/04/1998, DJ. 12/06/1998, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁹⁴ ADI-MC 4.048/DF, j. 14/05/2008, DJ. 22/08/2008, Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁹⁵ Citem-se: (i) o caso do IPMF – EC 02/93 (ADI 939/DF, j. 15/12/1993, DJ. 18/03/1994); (ii) o caso dos benefícios de Previdência – EC 20/98 (ADI 1.946/DF, j. 03/04/2003, DJ. 16/05/2003); (iii) o caso da contribuição dos inativos – EC 41/03 (ADI 3.105/DF, j. 18/08/2004, DJ. 18/02/2005); (iv) o caso da verticalização das ligações partidárias – EC 52/06 (ADI 3.685/DF, j. 22/03/2006, DJ. 10/08/2006); (v) o caso da competência da Justiça do Trabalho – EC 45/2004 (ADI-MC 3.395/DF, j. 05/04/2006, DJ. 10/11/2006); (vi) o caso do número de vereadores – EC 58/09 (ADI 4.307/DF, j. 11/11/2009, DJ. 05/03/2010).

¹⁹⁶ Cf. MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.237-265.

¹⁹⁷ ADI 1.946/DF, j. 03/04/2003, DJ. 16/05/2003, Rel. Min. Sydney Sanches. O STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 14, da EC 20/98, para excluir do limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social, o salário da licença gestante, em nome da proteção da maternidade e da não discriminação da mulher no mercado de trabalho.

no que toca à contribuição dos inativos, que foi rejeitada quando instituída por lei¹⁹⁸, mas admitida quando veiculada pela EC 41, de 2003.¹⁹⁹

O Tribunal também se envolveu em questões políticas importantes, estabelecendo limites aos demais poderes, como ocorreu, por exemplo, no caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Nesse caso, o Supremo definiu o sentido da cláusula constitucional "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais", ao estabelecer a possibilidade de que as CPIs ordenassem, sem intermediação judicial, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, *desde que existisse causa provável e motivação prévia*. Também estabeleceu limites claros ao decidir que as CPIs deveriam respeitar o direito de não incriminação e que não poderiam exercer competências decisórias de cunho materialmente jurisdicional, como a indisponibilidade de bens ou prisão.²⁰⁰ Em outro caso, decidiu que a instalação da CPIs era prerrogativa das minorias parlamentares, e, desde que preenchidos os requisitos constitucionais, não poderia ser frustrada por ação ou omissão de maiorias²⁰¹ (ou seja, limitou os poderes de uma maioria política, em prol do direito de minorias parlamentares).

O Tribunal também interferiu no funcionamento e nas prerrogativas de partidos políticos. No caso da "verticalização das coligações partidárias", por exemplo, limitou interesses de parlamentares que aprovaram a EC 52/2006 para afastar a "verticalização" já para as eleições de 2006. Apesar do esforço dos congressistas em aprovar a referida emenda constitucional - que visava assegurar autonomia aos partidos políticos para realizar coligações *sem vínculos* entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal -, o STF, quando instado a se manifestar, entendeu que não só as "leis", mas também as emendas constitucionais não poderiam ser aplicadas aos pleitos eleitorais há menos de um ano de sua edição.²⁰²

O Supremo ainda derrubou a "cláusula de barreira", julgando inconstitucionais dispositivos da Lei n.º 9.096/95, de interesse de uma maioria política, a qual estabelecia severas restrições sobre o recebimento de recursos do Fundo Partidário e tempo de horário eleitoral gratuito em rádio e televisão para partidos políticos que não obtivessem 5% dos votos válidos em eleição

¹⁹⁸ ADI-MC 2.010, j. 30/09/1999, DJ. 12/04/2002, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁹⁹ ADI 3.105/DF, j. 18/08/2004, DJ. 18/02/2005, Rel. Min. Cezar Peluzo.

²⁰⁰ MS 23.452/RJ, j. 16/09/1999, DJ 12/05/2000, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁰¹ MS 24.831/DF, j. 22/06/2005, DJ. 04/08/2006, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁰² ADI 3.685/DF, j. 22/03/2006, DJ. 10/08/2006, Rel. Min. Ellen Gracie.

futura na Câmara dos Deputados. No caso em análise, especialmente pela constatação de que dos 29 partidos existentes apenas sete sobreviveriam à cláusula de desempenho, esta foi considerada inconstitucional, por violar o pluralismo político e partidário, o direito das minorias à representação parlamentar e a igualdade de oportunidades no processo eleitoral.²⁰³

O STF também atuou afirmativamente sobre a "Lei da Ficha Limpa", decidindo primeiro sobre o início de vigência da lei²⁰⁴ e, depois, sobre a sua própria constitucionalidade. Neste último caso, a despeito das amplas teorizações feitas por alguns membros do Tribunal, principalmente no julgamento da ADPF 144²⁰⁵ (sobre a irradiação do princípio da inocência penal no campo eleitoral, que impediria a inelegibilidade antes do trânsito em julgado das decisões condenatórias), a lei foi declarada constitucional, por uma maioria de sete a quatro, em prejuízo ao interesse de inúmeros parlamentares.²⁰⁶

O STF interferiu ainda na estrutura administrativa dos outros poderes, ao declarar a constitucionalidade da Resolução n.º 7, de 2005, do CNJ, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas.²⁰⁷ Independentemente de legislação específica sobre a temática, a decisão apontou que a proibição deveria ser extraída dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. Posteriormente, no julgamento do RE 579.951/RN²⁰⁸, que discutia a validade de nomeação de parentes de vereador e vice-prefeito a cargos públicos, a vedação do nepotismo foi estendida aos Poderes Executivo e Legislativo, com a aprovação da Súmula Vinculante n.º 13, que proíbe o nepotismo nos três Poderes, no âmbito da administração direta e indireta, tanto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.²⁰⁹

²⁰³ ADI 1.351/DF, j. 07/12/2006, DJ. 29/06/2007, Rel. Min. Marco Aurélio.

²⁰⁴ O STF teve que se posicionar, em um primeiro momento, sobre se a lei poderia ser aplicada de imediato às eleições do mesmo ano, em razão da regra da anterioridade eleitoral (art. 16, CF). No RE n.º 631.102/PA (j. 27/10/2010, DJ. 20/06/2011, Rel. Min. Joaquim Barbosa) o julgamento terminou "empatado", já que o STF estava desfalcado em um membro, daí ter sido mantida a decisão do TSE (que declarou Jäder Barbalho inelegível com base em dispositivo da Lei da Ficha Limpa). No RE n.º 633.703 (j. 23/03/2011, DJ. 18/11/2011, Rel. Min. Gilmar Mendes), porém, com o voto do Min. Luiz Fux, decidiu-se que a lei não poderia ser aplicada para o ano de 2010.

²⁰⁵ ADPF 144/DF, j. 06/08/2008, DJ. 26/02/2010, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁰⁶ ADC(s) 29 e 309, e ADI 4.578, j. 16/02/2010, DJ. 29/06/2012, Rel. Min. Luiz Fux.

²⁰⁷ ADC 12/DF, j. 16/02/2006, DJ. 01/09/2006, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

²⁰⁸ RE 579.951/RN, j. 20/08/2008, DJ. 24/10/2008, Rel. Min. Ricardo Lewandovski.

²⁰⁹ Veja-se o teor da Súmula Vinculante n.º 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma

O Supremo também julgou inconstitucional, em uma decisão com repercussão econômica para muitas unidades federativas, os critérios de Fundo de Participação dos Estados (FPE), estabelecidos na LC 62/1989, por estarem defasados diante do cenário socioeconômico contemporâneo, não contribuindo, assim, para a promoção do equilíbrio federativo.²¹⁰ Em outro caso de fortes efeitos econômicos para as unidades federativas, declarou a inconstitucionalidade de diversas leis e decretos de seis Estados-membros e Distrito Federal, que davam reduções e isenções fiscais em contrariedade com a legislação vigente, na chamada "Guerra Fiscal".²¹¹

O STF ainda (re)considerou decisões políticas importantes do Executivo. Por exemplo, no "caso Battisti", apesar de entender que cabia ao Presidente a decisão final sobre a efetivação ou não da extradição do italiano, o STF revisou as razões do Ministro da Justiça, Tarso Genro, em seu ato de concessão de refúgio político, declarando-o nulo e deferindo o pedido de extradição. Na linha do voto do relator, Min. Cezar Peluso, a maioria dos ministros admitiu examinar preliminarmente a validade jurídica do ato político, por considerá-lo um ato vinculado, vindo a decidir, então, por sua nulidade e ineficácia. Ainda que a concessão de refúgio obstasse a apreciação do pedido de extradição (art. 33, da Lei n.º 9.474/97), ao julgar o "ato" nulo, o STF abriu espaço para o julgamento do mérito, ignorando de alguma maneira o *poder* do Executivo de excluir de antemão a possibilidade de extradição.²¹²

Mais recentemente, o STF vem atuando na restrição e punição de atores políticos em assuntos relacionados à corrupção no país. Por exemplo, o Tribunal julgou a Ação Penal 470, conhecida como "mensalão". Tratou-se de uma ação penal proposta pelo Procurador-Geral da República contra inúmeros parlamentares e empresários envolvidos em um esquema de

peessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

²¹⁰ ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, DJ 30/04/2010.

²¹¹ A "Guerra Fiscal" é travada à revelia do artigo 155, § 2.º, inciso XII, alínea 'g', da Constituição de 1988 e da Lei Complementar n.º 24/75 – recepcionada pela nova ordem constitucional – que veda as concessões, isenções e outros incentivos relacionados ao ICMS, salvo quando previstas em convênios celebrados em reuniões do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que agrega todos os Estados e Distrito Federal. A lei prevê que a concessão de um benefício depende da decisão unânime dos Estados representados. Para uma lista completa das ADIs, ver: Informativo STF n.º 629, de 30 de maio a 3 de junho de 2011.

²¹² EXT. 1.085, j. 16/12/2009, DJ. 16/04/2010, Rel. Min. Cezar Peluso.

pagamento de "propina", a fim de que votassem a favor de projetos de lei. O Tribunal, nesse caso, atuou como ferramenta capaz de impor limites aos decisores políticos.²¹³

O STF também declarou a inconstitucionalidade de dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais²¹⁴, como forma de evitar a desigualdade de candidatos e partidos e inibir que políticos "financiados" viessem posteriormente a representar os interesses econômicos de quem os financiou, e não do povo.

Atualmente, o Tribunal opera no que ficou conhecido como "Operação Lava Jato", desencadeada pela Polícia Federal.²¹⁵ Enquanto a vara federal de Curitiba, por prevenção, opera nos inquéritos policiais ou ações penais comuns, o STF vem atuando quando surge o nome de uma autoridade com direito a foro privilegiado. A pedido do Ministério Público, o Tribunal tem autorizado a abertura de vários inquéritos, diligências para a investigação e já vem apreciando pedidos de denúncia contra alguns investigados.

Recentemente, o STF atuou na ação²¹⁶ em que se discutiu a validade de dispositivos da Lei n.º 1.079/1950 (que regulamenta o processo de *impeachment* de presidente da República), i. é, um assunto de interesse direto dos atores políticos. Porém, frustrando a expectativa de vários parlamentares, inclusive do Presidente da Câmara, o deputado federal Eduardo Cunha, o Tribunal: (i) derrubou a eleição de uma comissão especial pela Câmara dos Deputados e resolveu que esta última deveria definir uma nova comissão, obedecendo ao novo rito: chapa única indicada pelos líderes e votação aberta; (ii) definiu que a Presidente poderia se defender apenas quando instalada a comissão especial, ocasião em que seria notificada e teria o prazo de 10 sessões para se manifestar; (iii) decidiu que, se Câmara viesse a aprovar o pedido de

²¹³ BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Consultor Jurídico*, 03 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

²¹⁴ ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015.

²¹⁵ Pode-se dizer que "foram criadas empresas de fachada, como a MO Consultoria, que celebravam contratos com as empreiteiras, comprometendo-se a prestar serviços de assessoria técnica. As empreiteiras pagavam estas empresas, Alberto Youssef, devidamente autorizado por elas, recebia os valores e distribuía-os a terceiros mediante comissão. Assim, licitações da Petrobras acabavam contratando as empreiteiras que efetuavam os pagamentos. Além do benefício econômico recebido pelas empreiteiras, por dirigentes da Petrobras e por intermediários como Youssef, há ainda acusação de que políticos do PT, PMDB e PP teriam recebido 1% a 3% sobre os valores dos contratos assinados". Cf. FREITAS, Vladimir Passos de. Crimes da operação "lava jato" mudam a Justiça Penal no Brasil". *Consultor Jurídico*, 30 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/crimes-operacao-lava-jato-mudam-justica-penal-brasil>>. Acesso em: 17 set. 2015.

²¹⁶ ADPF 378, Rel. Min. Edson Fachin, j. 17/12/2015.

impeachment, o processo deveria ir para a análise do Senado, mas que a Presidente apenas precisaria ser afastada se os senadores decidissem – por maioria simples – receber o pedido. Pelo rito anterior, definido na Câmara, a Presidente seria afastada de imediato, uma vez que se considerava que o Senado não tinha poder para barrar o *impeachment*.

Como se infere, o STF tem conseguido cada vez mais *policar as fronteiras constitucionais da política e restringir os poderes políticos com maior vigor e independência*, e isso é em alguma medida fruto da postura de respeito dos poderes políticos ao Supremo e seus ministros. Além de respeito, nota-se até mesmo uma posição de "apoio" dos demais poderes ao Tribunal. Citando José Sarney, Oscar Vieira Vilhena destacou ser revelador o fato de que um dos representantes da classe política brasileira, que já exerceu funções de Presidente da República e do Senado, sobrevivendo a todas as mudanças no sistema político nos últimos cinquenta anos, tenha afirmado que: "*nenhuma instituição é mais importante e necessária ao Brasil do que o STF*". Do mesmo modo, Vilhena destaca que é emblemática a resposta do Ex-Presidente Lula, ao ser indagado sobre a lei da anistia: "*este é um problema da justiça*"²¹⁷, indicando não só uma posição de acatamento/respeito do ex-Presidente ao Tribunal (e seus membros), mas também um "apoio" à atuação da instituição em questões políticas importantes.

1.2.6 Conclusão

Como se procurou demonstrar até aqui, o respeito à independência do STF e de seus ministros modificou-se ao longo do tempo. Durante a República Velha, Era Vargas e Ditadura Militar, a independência não foi respeitada em vários momentos. Antecipando ou reagindo à restrição de seus poderes, em diversas ocasiões os atores políticos ameaçaram, vilipendiaram e atacaram o Tribunal (e seus ministros), ou, quando não concordaram com as suas determinações, as desconsideraram. Por outro lado, durante a República de 1946 e no Pós-1988 a independência do STF e de seus ministros foi respeitada em maior grau (o que vem ocorrendo até o momento). No entanto, há um fator que precisa ser destacado aqui: ao contrário do que ocorreu durante a República de 1946, em que o Tribunal não se voltou a restringir o governo em questões centrais ao seu interesse, no pós-1988 o Tribunal o fez (e ainda o faz) com maior evidência.

²¹⁷ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p.446, jul./dez. 2008.

1.3 As vulnerabilidades à independência do STF (e de seus ministros) no pós-1988²¹⁸

Apesar de os atores políticos terem assumido uma postura geral de respeito à independência do STF (e de seus membros) no pós-1988, a manutenção desse importante instituto continua sempre representando um *desafio*. E o que torna a manutenção da independência judicial algo potencialmente problemático é o fato de que as Constituições tipicamente não podem especificar todos os aspectos da estrutura judicial. Como resultado, as maiorias legislativas mantêm o controle sobre detalhes importantes dos tribunais (e de seus membros). Quando insatisfeitas com determinadas decisões, ou antecipando oposição judicial, elas podem empregar os meios "*à sua disposição*" com o propósito de punir o Judiciário (e seus juízes) por suas ações e reduzir sua independência.²¹⁹

Em âmbito nacional, por exemplo, maiorias têm poderes para: (i) julgar o *impeachment* dos ministros da Corte; (ii) alterar, por emenda à Constituição, a sua estrutura/funcionamento etc.²²⁰; (iii) apreciar o orçamento e os salários de seus membros; (iv) indicar e (ou) confirmar juízes; (v) implementar decisões judiciais etc. Apesar de essas interferências representarem uma forma de limitação do poder político, com o propósito de conter o arbítrio, na linha como concebeu Montesquieu²²¹, elas também podem ser empregadas de forma corrompida, buscando influenciar/subordinar os juízes e o Tribunal, e, assim, caracterizar mecanismos violadores da independência judicial. Não rejeitando a possibilidade de eventuais ações políticas hostis assumirem outras feições, as formas de ingerência mais *à mão* dos atores políticos na

²¹⁸ Embora os estudos sobre independência judicial façam referência às vulnerabilidades dos tribunais em relação aos demais poderes, eles não costumam aprofundar essa análise. Como essa reflexão é essencial para os próximos capítulos, a fim de demonstrar que a manutenção da independência do STF (e de seus membros) no pós-1988 continua representando um desafio, empregou-se o respaldo teórico das teorias de diálogos constitucionais. Beneficiou-se, então, das referências e contribuições de Rodrigo Brandão. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.228 et. seq.

²¹⁹ Cf. FEREJOHN, John. Independent Judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, v.72, p.359, jan./mar. 1999; VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.102; PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p.133 et. seq.; MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virginia: University of Virginia Press, 2009. p.38 et seq.

²²⁰ Vide ressalva feita no item 1.3.2, deste capítulo.

²²¹ Cf. nota 4, na Introdução.

contemporaneidade são aquelas decorrentes do uso – de forma deturpada – das *lacunas* decorrentes do sistema de *checks and balances*.²²²

Na sequência serão abordadas algumas dessas lacunas, a fim de demonstrar, com exemplos concretos, que mesmo atualmente elas poderiam – em tese – ser empregadas para violar a independência do Supremo (e de seus ministros). Como já destacado na introdução deste estudo, não se defende aqui o uso de nenhum desses mecanismos contra o Tribunal (e seus membros) e o único objetivo de suscitá-los é demonstrar que mesmo em um contexto em que a independência judicial vem sendo em geral respeitada, a sua manutenção continua sempre representando um *desafio*.

1.3.1 Impeachment para fins não disciplinares

O *impeachment* é um mecanismo formal de controle político que tem o propósito eminentemente disciplinar. Apesar disso, ele pode ser empregado com propósitos escusos, comprometendo a independência do Tribunal, como instituição, e também a independência do juiz individualmente. À medida que os atores políticos empregam esse mecanismo como forma de "punição" por decisões/posições específicas, eles estão subordinando o Poder Judiciário e mitigando a sua atuação como um autêntico ramo político, dotado de força e autoridade para proferir e impor as suas posições/decisões. Mas o emprego do *impeachment* para fins não disciplinares também pode representar uma influência indevida sobre o processo decisório, já que o juiz "ameaçado" por esse instrumento pode não conseguir agir de forma imparcial na resolução de casos específicos.

²²² A doutrina da separação de poderes cinge-se a um esquema orgânico-funcional, com mecanismos de relacionamento interorgânico, ou seja, um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) entre órgãos funcionalmente diferenciados, todos democraticamente legitimados, cada um dos quais tem apenas uma parte dos poderes governamentais. Na Constituição nacional estabeleceu-se um conjunto complexo de interdependências entre os principais departamentos do governo, de modo que cada ramo exerce as suas funções atribuídas, sendo obrigado a recorrer à cooperação dos outros ramos para determinados fins. Assim, se por um lado a separação de poderes permite submeter a limites precisos cada um dos poderes constituídos do Estado (por meio da *judicial review*), por outro, o Tribunal também se sujeita a variadas formas de controle político. Cf. BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separations-of-powers doctrine. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making Law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p.38-40; VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O valor da Constituição: separação de poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade na origem do Estado Liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.41 et seq.

Costuma-se citar como exemplo do emprego desse mecanismo com propósitos escusos a tentativa malograda dos republicanos de *punir* o juiz norte-americano Samuel Chase por suas decisões. Esse caso, porém, só pode ser compreendido dentro de um contexto político-institucional mais amplo de *perseguição* dos republicanos aos juízes federalistas, que, por sua relevância, será brevemente abordado aqui. Os acontecimentos consistiram basicamente no seguinte: em razão do fracasso nas eleições de 1800, o partido federalista norte-americano tentou assegurar aos seus adeptos um *santuário* no Judiciário.²²³ O Presidente John Adams (federalista) logrou aprovar, no final de seu mandato, o *Judiciary Act* (1801), criando novas vagas de circuito e reduzindo o tamanho da Suprema Corte. Mais à frente, uma nova lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, a maioria federalistas de peso. Essas nomeações ficaram conhecidas posteriormente como nomeações da *meia-noite*.²²⁴

Contudo, os federalistas não tiveram tempo hábil para empossar todos os juízes de paz. Alguns ainda estavam esperando quando se esgotou o tempo de mandato de Adams, dentre os quais estava William Marbury.²²⁵ Com a entrada do governo Jefferson, James Madison, o seu Secretário de Estado, seguindo a orientação do Presidente, recusou-se a empossar os juízes que aguardavam. Diante dessa situação, Marbury e outros ingressaram com ação judicial (*writ of mandamus*) para ver reconhecido o seu direito ao cargo.²²⁶ Narra-se que foi esse o estopim que levou os republicanos a buscar a revogação do *Judiciary Act* (1801), com a consequente

²²³ Blanco Valdés narra que antes de o Presidente Jefferson assumir o cargo de Presidente, durante os governos de Washington e Adams, o Poder Judiciário dos Estados Unidos se distinguiu por sua fidelidade aos federalistas, o que se caracterizou pelo apoio a determinadas normas (como a *Sedition Act* e *Alien Act*, ambas de 1798), bem como uma política centralizadora em favor da União. Diante disso, não é estranho que os juízes tenham sido chamados a cumprir um importante papel constitucional, pois a magistratura permanecia, após as eleições de 1800, a única fortaleza dos federalistas. Ver. VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O valor da Constituição: separação de poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade na origem do Estado Liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.109-115.

²²⁴ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. On the Struggle for Judicial Supremacy. *Law & Society Review*, v.30, n.1, p.92-93, 1996.

²²⁵ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p.50.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.26.

extinção dos cargos de *circuit judges* criados e a *destituição de diversos juízes já empossados (e vitalícios)*.^{227,228}

Com isso foram "judicializadas" várias outras demandas, dentre as quais estava o caso *Stuart v. Laird*. Stuart era um juiz de circuito destituído, com garantia de vitaliciedade, e trazia em sua ação argumentos que, na prática, implicava na declaração de inconstitucionalidade do *Repeal Act*.²²⁹ Tratava-se de um caso mais difícil do que *Marbury v. Madison*, já que *Marbury* era um juiz de paz, com mandato de cinco anos. Além disso, *Marbury* e outros haviam apresentado um pedido simples, para que o governo fosse compelido a empossá-los. Por isso, tanto os republicanos como os federalistas estavam mais preocupados com o caso *Stuart v. Laird*, que definiria o destino do *Repeal Act*.²³⁰

Para impedir que a Suprema Corte derrubasse o *Repeal Act* como uma violação à Constituição, Jefferson e seu partido aprovaram o *Amendatory Act*, em começo de abril (1802), com o efeito de suprimir as sessões da Suprema Corte de junho a dezembro (1802). A próxima sessão tardaria até fevereiro de 1803, momento em que Jefferson esperava que os ânimos tivessem esfriado.²³¹

Antes de a Corte retomar as suas atividades, em fevereiro (1803), Jefferson pediu para a Câmara dos Deputados avaliar se a conduta errática do juiz John Pickering, do Distrito de New Hampshire, exigia um juízo político (*impeachment*).²³² Segundo Epstein e Knight, Pickering foi alvo fácil, porque era envelhecido, mentalmente incapaz e alcólatra²³³; porém, o momento do pedido de Jefferson provavelmente não foi coincidência: ele buscava constranger a

²²⁷ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p.44.

²²⁸ *Ibid.*, p.53.

²²⁹ No caso *Stuart v. Laird* três eram as argumentações centrais: primeiro, que o Congresso não tinha poder para ordenar a transferência de ações já pendentes nos tribunais estabelecidos segundo o Judiciary Act de 1801; segundo, que era inconstitucional o fato de os juízes da Suprema Corte também atuarem como juízes nas Cortes de Circuito; terceiro, e fundamentalmente, que o Congresso não tinha poder de depor juízes que não eram culpados de nenhuma falta profissional ou negligência em suas funções (KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p.156).

²³⁰ *Ibid.*, p.158.

²³¹ *Ibid.*, p.156.

²³² FRIEDMAN, op. cit., p.60.

²³³ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. On the Struggle for Judicial Supremacy. *Law & Society Review*, v.30, n.1, p.97-98, 1996.

Corte, com a ameaça de *impeachment* de seus membros, para que ela não derrubasse o *Repeal Act*. Os federalistas já tinham apertado a Corte de todos os lados, e esta, *apesar do desejo de pronunciar-se de forma oposita*, sabia que era *suicídio* adotar qualquer atitude diferente da submissão à *Repeal Act*.

Como a Corte estava "silenciada" no caso Stuart, que recebia à época grande atenção, Marbury se converteu em sua única saída para fazer alguma "declaração". Sem querer admitir que Jefferson estava certo, mas não querendo mostrar impotência, a Corte decidiu rechaçar a demanda por falta de jurisdição (*declarando a inconstitucionalidade da norma federal – a seção 13 da lei de 1789 the Judiciary Act – que havia estipulado a competência da Corte para, originalmente, apreciar a ação*). Contudo, introduziu ao seu voto uma dissertação extensa que explicava por que a Administração agiu ilegalmente ao reter os poderes dos demandantes (incluindo Marbury).

A decisão *Marbury v. Madison* passou a ser vista como manifestação da "supremacia judicial" – por declarar a inconstitucionalidade de lei do Parlamento que estipulava a competência da Suprema Corte para apreciar o caso Marbury –, mas, na prática, não declarou o direito de Marbury e ser nomeado para o cargo de juiz de paz, que era a principal questão a ser enfrentada.²³⁴

Dias depois, a Corte enfrentou o caso *Stuart v. Laird*, e acabou confirmando o *Repeal Act*.²³⁵ Como é manifesto, a Corte estava intimidada pelas ameaças de *impeachment* e pelo risco de que suas atividades fossem afetadas, já que os republicanos chegaram a suspendê-las antes da apreciação do caso. Apesar disso, as tentativas dos republicanos de remover os *juízes federalistas* continuaram. No mesmo dia em que a Corte proferiu a sua decisão no caso Stuart,

²³⁴ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.29-40; PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.ª reimpressão, 2011. p.149-172; e VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O valor da Constituição: separação de poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade na origem do Estado Liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.109-124.

²³⁵ A decisão de primeiro grau foi unânime no sentido de que o Congresso tinha poder para abolir as Cortes inferiores estabelecidas no *Judiciary Act* de 1801 e transferir seus cargos a um tribunal diferente. A Corte aduziu também que os juízes da Suprema Corte poderiam atuar em Cortes de Circuito, como a prática já consolidada demonstrou durante vários anos. Contudo, a Corte ignorou a objeção autoral mais importante, de que o Congresso não tinha poder para destituir os juízes por outras razões que não fosse o mau comportamento no cargo, conforme previsão constitucional (art. III). Como não era mais necessário se manifestar sobre o ponto, em razão da fundamentação apresentada, os juízes decidiram não dizer em *Stuart* mais do que o absolutamente necessário para decidir o caso (KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p.157).

Pickering foi *impeached*.²³⁶ E dois meses depois os republicanos voltaram seus olhos sobre o juiz Samuel Chase, que era inegavelmente um *partidário* federalista.²³⁷

Por seu modo severo de julgar, pelos insultos dirigidos aos jovens advogados republicanos e por seus longos discursos nos júris, carregados de retórica política partidária, Samuel Chase se tornou o alvo perfeito para os republicanos. Em maio de 1803, durante um júri em Baltimore, Chase se excedeu, proferindo um discurso em um tom extremado, o qual foi o estopim para que o seu pedido de *impeachment* fosse formulado, pelo próprio Presidente, Thomas Jefferson.²³⁸ A razão do *impeachment* era puramente partidária, já que visava reduzir o controle federalista do Judiciário federal. Contudo, o Senado acabou não conseguindo o quórum de votação necessário para afastar Chase²³⁹, o que, de acordo com Epstein e Knight, ocorreu apenas porque muitos membros do Senado, incluindo alguns republicanos, não estavam mais irados com o Judiciário para votar contra ele, especialmente em razão das decisões proferidas nos casos Stuart e Marbury.²⁴⁰

Além da tentativa malograda de "punir" Samuel Chase por suas decisões/posições "no banco", também foram vistos esforços para o *impeachment* do *Chief Justice* Earl Warren durante o período em que ele ocupou a presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos; contudo, esses esforços não despertaram sério apoio do Congresso.²⁴¹

Apesar de o emprego do *impeachment* não ter sido propriamente levado a cabo nos Estados Unidos e ter demonstrado ser raro em sua história institucional, John Ferejohn adverte que isso não deve ser visto como evidência de que a possibilidade de seu emprego não represente um risco em algum período de tensão entre os ramos.²⁴² A posição de Ferejohn é

²³⁶ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. On the Struggle for Judicial Supremacy. *Law & Society Review*, v.30, n.1, p.99, 1996.

²³⁷ MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.41-49.

²³⁸ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.43-47.

²³⁹ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p.64 et seq.

²⁴⁰ EPSTEIN; KNIGHT, op. cit., p.100.

²⁴¹ PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p.138.

²⁴² FERREJOHN, John. Independent Judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, v.72, p.358, jan./mar. 1999.

razoável quando se olha para a história de outros países que adotam modelo institucional semelhante ao norte-americano.

Por exemplo, em 1947, na Argentina, em resposta a decisões desfavoráveis, o Senado – que na ocasião estava controlado pelo Partido Peronista – interpôs juízos de responsabilidade (*impeachment*) contra quatro juízes da Suprema Corte, sendo que três foram destituídos e o único que manteve o cargo estava ligado ao partido militante de Perón.²⁴³ Na Bolívia, a partir de 1998, quando começou a funcionar o Tribunal Constitucional, o Presidente Evo Morales "perseguiu" os juízes da Suprema Corte com pedidos de *impeachment*. Apesar de o Congresso não os ter aceitado, os juízes foram renunciando aos seus cargos, um a um, em razão da insatisfação com a constante intimidação no exercício da função.²⁴⁴

Embora seja destinado à responsabilização disciplinar, o *impeachment* é uma ferramenta potencialmente empregável para fins escusos. E, como o instituto é previsto na Constituição de 1988 (art. 52, II, CF/88), não se pode desconsiderar que ele também é uma ferramenta potencialmente utilizável em âmbito nacional. O artigo 39 da Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, define o que são crimes passíveis de *impeachment* e apresenta hipóteses de incidência bastante genéricas²⁴⁵, especialmente ao especificar ser crime passível de *impeachment* "proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções". Diante do seu caráter aberto, muitas circunstâncias poderiam ser inscritas nesse enunciado, o que indica que atores políticos poderiam, em tese, empregar esse mecanismo com finalidades de punição ao Tribunal por suas decisões/posições ou como forma de influenciar o processo decisório.

²⁴³ CHAVEZ, Rebecca Bill. The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System. *Journal of Latin American Studies*, v.36, p.459, 2004.

²⁴⁴ CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.453-514.

²⁴⁵ Veja-se o teor do artigo 39 da Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950: "São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1- alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - exercer atividade político-partidária; 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções".

É interessante destacar aqui que alguns pedidos de *impeachment* chegaram a ser apresentados contra Ministros do STF no período posterior a 1988.²⁴⁶ Todavia, apenas um foi apresentado por atores políticos, e, ainda assim, mais com um propósito "eleitoreiro" do que propriamente "punitivo"/"intimidatório" ao Tribunal ou aos seus juízes.²⁴⁷ É oportuno registrar, contudo, o fato de que os poderes políticos, mesmo não apresentando os pedidos em si, poderiam apreciá-los de forma parcimoniosa, reconhecendo eventualmente como crime uma ação idônea dos Ministros, uma vez que as disposições que tratam do crime de responsabilidade, como visto, são bastante abrangentes. Isso, porém, não tem sido visto *na prática* no pós-redemocratização, já que todos os pedidos de *impeachment*, protocolados após o advento da Constituição de 1988, foram arquivados pelo Senado Federal.

1.3.2 Emendas constitucionais alterando estrutura/funcionamento do Tribunal

Em muitas democracias liberais, os poderes políticos detêm o controle sobre aspectos importantes da estrutura e do funcionamento das Cortes Constitucionais, os quais podem ser modificados por meio de lei ou emenda à Constituição. Embora medidas dessa natureza possam ser eventualmente necessárias e aprovadas em um clima de ampla discussão e responsabilidade

²⁴⁶ Os pedidos de *impeachment* apresentados contra os Ministros do STF no período posterior a 1988 foram basicamente os seguintes: (i) o pedido de *impeachment* dos parlamentares federais das bancadas evangélica e católica contra o Ministro Marco Aurélio, sob o fundamento de que, em entrevistas ao SBT e à revista *Veja*, em 2008, o Ministro teria emitido um juízo de valor sobre o tema da interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, objeto da ADPF n.º 54/DF, ação que posteriormente foi relator e votou pela procedência do pedido; (ii) o pedido de *impeachment* do sindicato CUT (Central Única dos Trabalhadores) contra o Ministro Gilmar Mendes, sob o fundamento de que ele teria recebido benesses de escritórios de advocacia pelo *habeas corpus* concedido ao banqueiro Daniel Dantas e por sua suposta ligação com o bicheiro Carlinhos Cachoeira; (iii) o pedido de *impeachment* de dois advogados filiados ao PSDB contra o Ministro Dias Toffoli, sob o fundamento de que ele teria ligação com réus do "mensalão" e não teria se declarado impedido para julgar o caso; (iv) o pedido de *impeachment* de um procurador da Fazenda Nacional, também contra o Ministro Dias Toffoli, pelo fato de este não ter se declarado impedido para julgar casos envolvendo o Banco Mercantil, onde teria contraído empréstimos. Cf. NOVELINO, Marcelo. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. 2014. 418 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p.331-332.

²⁴⁷ Entende-se que alguns pedidos de *impeachment* vistos no país no contexto pós-1988 têm tido mais o propósito de obter "crédito" junto aos seus eleitores do que propriamente o intuito de afrontar o Tribunal (e seus membros). Em entrevistas realizadas com parlamentares nos Estados Unidos, Tom Clark constatou que muitas vezes os próprios parlamentares sabiam que as suas propostas *court-curbing* dificilmente iriam prosperar, mas, ainda assim, as apresentavam como forma de obter "crédito" junto aos seus eleitores. Cf. CLARK, Tom. *The Public and Judicial Independence*. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.138 et seq.

institucional, elas também podem ser usadas por maiorias políticas com o propósito de obter algum benefício político imediato.

Esse tipo de ação é capaz de comprometer a independência do Tribunal, como instituição, porque, ao modificar a estrutura/funcionamento judicial, com o propósito de obtenção de algum benefício político (por exemplo, mais influência sobre a Corte, retirada de algum caso importante de sua competência etc.), tais práticas caracterizam uma forma de subordinação do Judiciário aos outros ramos. Como um autêntico ramo político, a estrutura e funcionamento judiciais devem permanecer livres de manipulações, a fim de que o juízo prévio e imparcial possa valer a todos de forma equânime. Esse mecanismo também pode comprometer a independência dos ministros individualmente à medida que eles podem não conseguir decidir de forma imparcial determinados assuntos quando veem diante de si "ameaças" à estrutura/funcionamento do Tribunal.

Com propósito exemplificativo, note-se que no sistema norte-americano de *checks and balances*, o Congresso sempre pôde alterar o número de membros da Suprema Corte.²⁴⁸ E essa prerrogativa já foi usada pelos agentes eleitos em diversas ocasiões com o propósito de alinhar ideologicamente o Tribunal com juízes "simpáticos" ou para tirar a oportunidade de um dado Presidente/Partido indicar um juiz de sua preferência. A primeira vez em que se alterou o número de juízes da Suprema Corte nos Estados Unidos ocorreu por meio do *Judiciary Act* de 1801. Os federalistas alteraram o número de membros da Corte de seis para cinco, a fim de fazer com que Thomas Jefferson, o próximo Presidente, tivesse que esperar abrir pelo menos duas vagas na Corte para fazer a primeira nomeação.²⁴⁹ No ano seguinte, os republicanos conseguiram a revogação do *Judiciary Act*, e o número de membros voltou a seis.²⁵⁰

²⁴⁸ O poder de alterar a composição da Suprema Corte decorre da *judicial power clause*. De acordo com a referida cláusula, apenas a Suprema Corte é expressamente criada pelo texto constitucional, sendo que todos os outros tribunais são criados por lei do Congresso, e a sua organização e jurisdição dependem de dispositivos estatutários. Como a Constituição não especifica a composição da Suprema Corte, ela abre ao Congresso a possibilidade de alterar essa característica também por lei (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.172-185).

²⁴⁹ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p.48-49.

²⁵⁰ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. On the Struggle for Judicial Supremacy. *Law & Society Review*, v.30, n.1, p.95, 1996.

Em 1863, depois da malfadada decisão *Dred Scott*, o Congresso ampliou o tamanho da Corte para dez, em parte por causa da criação de um novo tribunal de circuito e em parte para permitir que Abraham Lincoln fizesse nomeações adicionais.²⁵¹ Depois da Guerra Civil, os republicanos radicais no Congresso reduziram novamente o tamanho da Corte para sete, a fim de evitar que o Presidente (democrata), Andrew Johnson, nomeasse um novo juiz de sua preferência. Mais tarde, em 1869, os republicanos rapidamente se organizaram para aumentar o tamanho da Corte para nove juízes, dando ao Presidente Ulysses S. Grant duas novas nomeações. A partir de então, o número de juízes se manteve em nove.²⁵²

Na década de 1930 ainda houve a malograda tentativa de Franklin Roosevelt de *empacotar* a Corte.²⁵³ O episódio ocorreu em um período chamado de "Era Lochner", que ficou assim conhecido em razão da decisão em *Lochner vs. New York* (1905), que derrubou um conjunto de leis estaduais de Nova York, que estabeleciam um número máximo de horas de trabalho para padeiros.²⁵⁴ À época, a Suprema Corte, que estava filiada a uma posição de conservadorismo econômico, derrubou como inconstitucionais quase todos os regulamentos econômicos governamentais, posição que continuou até meados da década de 1930.²⁵⁵

Insatisfeito com esse posicionamento jurisprudencial e frustrado com a declaração de inconstitucionalidade dos seus programas de governo (do *New Deal*), inclusive aquelas medidas destinadas a retirar os Estados Unidos da crise econômica decorrente da quebra da Bolsa de Nova York (1929), o Presidente Franklin Roosevelt propôs, quando reeleito, em 1936, o seu plano de *empacotamento* da Corte, conhecido como *court-packing plan*²⁵⁶ (o qual, segundo narra a doutrina, foi posterior a várias outras propostas *court-curbing*). Esse plano permitia ao Presidente nomear um novo juiz ("auxiliar") para cada juiz da Suprema Corte que

²⁵¹ MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.96-99.

²⁵² MILLER, loc. cit.

²⁵³ FRIEDMAN, Barry. 'Things forgotten' in the debate over judicial independence. *Georgia State University Law Review*, v.14, p.747-749, 1998.

²⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.44-47.

²⁵⁵ MILLER, op. cit., p.62.

²⁵⁶ Os partidários de FDR no Congresso introduziram mais projetos de lei *court-curbing* no período 1935-1937 do que em qualquer outro momento da história institucional norte-americana. Sua raiva contra os tribunais federais era muito profunda. (Ibid., p.66).

contasse com mais de 70 anos, aumentando, assim, o seu tamanho de 9 para 15 membros (essa manobra permitiria que ele nomeasse seis novos juízes instantaneamente).

O que Roosevelt pretendia, na verdade, era indicar juízes que pudessem dar apoio a seu programa econômico.²⁵⁷ Contudo, o *court-packing plan* não precisou ser concretizado. Houve uma mudança conhecida como "*the switch in time that saved nine*" (a mudança em tempo de salvar nove) – a qual possivelmente ocorreu em razão das 'ameaças' institucionais que os ministros viam diante de si –, na qual o juiz Owen Roberts alterou o seu voto, estabelecendo, assim, o apoio majoritário para confirmar a validade da legislação introduzida pelo governo. Dessa forma, e associado à renúncia de alguns ministros conservadores naquele ano e nos seguintes, Roosevelt pôde nomear novos ministros sem precisar alterar o número de cadeiras da Corte.^{258, 259} Alguns autores, como Mark Miller, narram que o *court-packing plan* não foi levado adiante pelo Congresso porque a opinião pública foi fortemente contra a medida.²⁶⁰

Além da prerrogativa de alterar o número de membros da Corte, o sistema norte-americano de *checks and balances* permite ao Congresso, também por lei ordinária, alterar a competência recursal da Suprema Corte.²⁶¹ A utilização dessa prerrogativa já ocorreu com o propósito subordinação judicial, visando *calar a voz* do Judiciário em questões relacionadas

²⁵⁷ GEYH, Charles Gardner. *When Courts & Congress Collide: the struggle for control of America's Judicial System*. The university of Michigan Press, 2008. p.79-80.

²⁵⁸ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisersitária, 1987. p.41-42.

²⁵⁹ Esse caso é paradigmático porque, muito embora o "ataque" institucional de Roosevelt não tenha sido levado a cabo, ele consegue revelar que não é preciso que "ataques" sejam concretizados para intimidar ou influenciar os juízes em suas decisões. A mera "ameaça" pode ter um efeito muito ruim para a independência judicial (MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.67).

²⁶⁰ *Ibid.*, p.65-69.

²⁶¹ O poder de modificar a competência da Suprema Corte – assim como ocorre com a modificação da sua composição – decorre da *judicial power clause*. De acordo com a referida cláusula, apenas a Suprema Corte é expressamente criada pelo texto constitucional, sendo que todos os outros tribunais são criados por lei do Congresso, e a sua organização e jurisdição dependem de dispositivos estatutários. Isso quer dizer que o Congresso tem poderes para alterar a estrutura do sistema judiciário de tribunais inferiores, bem como a sua jurisdição. O poder do Congresso também se estende à Suprema Corte, embora de forma mais limitada (uma vez que a sua existência e competência originária são características previstas expressamente no texto constitucional). De acordo com a Constituição, "[...] a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, *observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer*". Tal dispositivo abre ao Congresso a autoridade para modificar, *por lei*, a sua *competência recusal* (a sua competência originária, como está expressamente prevista no texto constitucional, apenas pode ser modificada por emenda) (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.172-185).

aos interesses governamentais imediatos. Um exemplo muito citado nesse sentido é o caso *Ex Parte McCordle* (1869). A controvérsia consistiu basicamente no seguinte: tendo em vista uma reação da Corte, que após a guerra passou a declarar uma variedade de ações do presidente Lincoln inconstitucionais²⁶², os republicanos radicais temiam que a instituição usasse a sua prerrogativa de julgar o recurso no *writ* impetrado por McCordle para declarar os *Reconstruction Acts* no sul inconstitucionais.

William H. McCordle era um jornalista do Mississippi, que havia sido detido e preso por um comandante militar sob a *Military Reconstruction Act*, de 1867, por publicar uma série de editoriais fortemente críticos à Reconstrução em seu jornal no Mississippi. Em razão de sua prisão, McCordle impetrou um *habeas corpus* perante cortes federais regulares sob o fundamento de que os *Reconstruction Acts* – que sujeitava os civis a julgamento perante uma comissão militar – eram inconstitucionais.²⁶³ Para evitar a possibilidade de que a Suprema Corte usasse a sua prerrogativa de julgar o recurso no *writ* impetrado por McCordle para desafiar os esforços da reconstrução, os republicanos radicais, sob o veto do Presidente Johnson, aprovaram uma legislação para retirar da Corte jurisdição para julgar recursos em decisões proferidas em *habeas corpus* (julgados por tribunais inferiores), incluindo o *writ* impetrado por McCordle.

Posteriormente, discutiu-se a constitucionalidade da referida lei no caso *Ex Parte McCordle* (1869), tendo a Suprema Corte aceitado os limites que o Congresso colocou sobre a sua jurisdição, i. é, não derrubou a lei como inconstitucional. A Corte recuou em "lutar" com os republicanos radicais, uma vez que estes já haviam iniciado um processo de *impeachment* contra o próprio Presidente Johnson²⁶⁴; e também já haviam aprovado na *House of*

²⁶² Após a Guerra Civil, a Suprema Corte declarou uma variedade de ações do Presidente Lincoln inconstitucionais. Por exemplo, em *Ex Parte Milligan* (1866), a Corte declarou que o uso de tribunais militares no Norte, onde cortes federais regulares estavam funcionando, era inconstitucional. Nesse caso, a Corte também questionou a constitucionalidade da suspensão de Lincoln do *writ* de *habeas corpus* para os cidadãos norte-americanos no Norte. Embora a decisão de Milligan não tenha impedido os esforços de reconstrução no Sul, os republicanos radicais no Congresso ficaram furiosos com as ações da Corte. A Suprema Corte também emitiu uma série de outras decisões que indignaram ainda mais os republicanos radicais no Congresso: *Cummings v. Missouri* (1866); *Ex Parte Garland* (1866) e *Hepburn v. Griswold* (1870). (MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.58-59).

²⁶³ GEYH, Charles Gardner. *When Courts & Congress Collide: the struggle for control of America's Judicial System*. The university of Michigan Press, 2008. p.67.

²⁶⁴ Em suas decisões posteriores, em *Ex Parte Yerger* (1869) e *United States vs. Klein* (1872), a Suprema Corte deu a entender que a sua decisão em *Ex Parte McCordle* poderia não ter resolvido em longo prazo a questão da constitucionalidade da legislação *court-stripping* (MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.60).

Representatives uma proposta para aumentar o quórum para a Suprema Corte declarar uma lei inconstitucional; e, além disso, alguns mais radicais defendiam (até mesmo) a extinção da Corte.²⁶⁵ Destarte, este caso demonstra que o poder que os agentes eleitos dispunham sobre a Suprema Corte norte-americana foi empregado de forma desvirtuada, com o propósito de subordinar o Judiciário aos seus interesses imediatos, em clara violação à independência do Tribunal como instituição.

Em âmbito nacional, desde a Constituição de 1981, não se permitiu alterar a competência e o número de ministros do STF por meio de lei²⁶⁶, ao que se repetiu nas Constituições posteriores. Deve-se considerar, porém, que sob a égide da atual Carta de 1988, o Congresso poderia – em tese – alterar as atribuições e a estrutura do Tribunal dispostas no texto constitucional, via emenda à Constituição.²⁶⁷ Como é cediço, porém, o Congresso, está sujeito às restrições decorrentes do art. 60, § 4.^o²⁶⁸, de modo que uma emenda constitucional

²⁶⁵ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. New Jersey: Princeton University Press, 1988. p.219.

²⁶⁶ A Constituição de 1891 procurou antecipar-se aos problemas que surgiram ao longo do primeiro século de existência da Suprema Corte dos Estados Unidos, disciplinando questões omissas na Constituição daquele país, como o número de integrantes da Corte e a sua competência. Nas palavras de Rui Barbosa: "Exercidas com parcimônia nos Estados Unidos, onde a opinião pública atua constantemente com a sua fiscalização moralizadora nos atos do poder, essa duas faculdades, se a Constituição brasileira as adotasse, teriam aniquilado, aqui, a justiça federal inutilizando-a no desempenho da mais necessária parte da sua missão, no encargo de servir de escudo contra as demasias do governo e do Congresso. Toda a vez que o Supremo adotasse uma decisão contrária às exigências, aos atentados, ou aos interesses de uma situação política, seus potentados, suas maiorias, uma lei, votada entre a sentença e os embargos, e executada incontinenti com as nomeações necessárias, aumentando o número de membros daquela magistratura, operaria a reconsideração do julgado. Toda vez, por outro lado, toda a vez que a União receasse perder, na segunda instância, uma causa de relevância excepcional para a sua política ou as suas finanças, já vitoriosa na primeira, o Congresso Nacional, alterando o regímen das apelações, e excluindo esse recurso no gênero de casos, a que pertencesse o da hipótese, inibiria o Supremo Tribunal de entender no pleito, e, destarte, firmaria como definitivo o vencimento já obtido pelo governo, mas ainda sujeito à revisão" (BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal na Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2014. p.161-162).

²⁶⁷ A Constituição dispõe que as leis que alteram o funcionamento do Judiciário (em tribunais inferiores) devem ser propostas ao Congresso pelo STF ou por tribunais superiores, conforme artigo 96, inciso II, alíneas "a" e "b", da Constituição Federal, *in verbis*: "Compete privativamente: II. ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver". Em se tratando do funcionamento do STF, porém, esse dispositivo não se aplicaria, porque ele trata do funcionamento do Judiciário (em tribunais inferiores). Além disso, o STF não pode apresentar PECs, as quais são de competência apenas do Presidente da República, de deputados federais, senadores, e das Assembleias Legislativas dos estados, conforme disposição do art. 60, I a III, da CF/88.

²⁶⁸ Destaque-se o teor do art. 60, § 4.º, da CF/88: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes".

dessa natureza eventualmente seria declarada inconstitucional. Embora isso seja verdadeiro, entende-se que a capacidade do STF de fazê-lo poderia depender da pressão política a que estivesse exposto.

Basta notar que no caso *Ex Parte McCardle* (1869), a Suprema Corte norte-americana poderia ter declarado inconstitucional a medida aprovada no Congresso, porém, diante das diversas ameaças a que estava sujeita, acabou aceitando os limites impostos sobre a sua jurisdição. Na mesma linha, vê-se que o STF poderia ter dificuldades em declarar uma emenda inconstitucional em situação similar (e, como se verificará adiante, uma situação assim tende a ocorrer em um contexto sem fragmentação política e sem apoio público ao Tribunal). Deve-se destacar, por fim, que embora tenham existido tentativas de alteração do funcionamento/estrutura do STF, com propósito de subordinação judicial, no pós-1988 – as quais se reconhece que podem ter um efeito maléfico para a liberdade decisória²⁶⁹ –, essas não têm sido comuns, e, em geral, não têm sido aceitas/ aprovadas.^{270,271}

²⁶⁹ Fala-se que mesmo tentativas de alteração do funcionamento/estrutura do STF, com o propósito de subordinação judicial, podem ter um efeito maléfico para a liberdade decisória, considerando o exemplo do *Court-Packing Plan*, que não chegou a ser concretizado, mas teria gerado restrições sobre o processo decisório.

²⁷⁰ Nesse sentido, pode-se citar a PEC 33, que será analisada em detalhes no capítulo 3. Basta dizer, aqui, que a referida PEC foi vista à época de sua aprovação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara como uma forma de "retaliação" ao STF por sua atuação no caso "mensalão" e buscava subordinar o Tribunal e suas decisões ao controle do Congresso Nacional, mas, ao final, ela acabou sendo arquivada na Câmara. Outro caso que será citado também no capítulo 3 é a exigência que a PEC 457 ("PEC da Bengala") quis impor, no sentido de que ministros que quisessem permanecer no STF após os 70 anos de idade tivessem que passar por uma nova sabatina. O efeito prático dessa proposta levaria a uma forma de subordinação judicial. Porém, a proposta – antes mesmo de o STF declará-la inconstitucional – foi abandonada na esfera política.

²⁷¹ Entende-se que algumas propostas de emenda constitucional que têm sido vistas no país no contexto pós-1988 demonstram ter mais o propósito obter "crédito" junto aos seus eleitores do que propriamente afrontar o Tribunal (e seus membros). Este parece ser o caso da PEC 03. A referida PEC visava modificar o artigo 49, inciso V, da Constituição, que confere competência ao Congresso para sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. A proposta visava substituir o termo 'Poder Executivo' por 'outros Poderes', permitindo uma ingerência do Congresso nas decisões judiciais, com a sustação de ditos 'atos normativos' do Judiciário. Independentemente da intenção do autor da proposta, em notícias veiculadas na mídia, aduziu-se que a referida PEC foi aprovada na CCJ da Câmara porque a bancada evangélica teria ficado muito insatisfeita com a decisão do STF permitindo a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, vendo na PEC uma possibilidade para suspender as decisões 'progressistas' da Corte e demonstrar aos seus eleitores que a bancada "estava insatisfeita" e "agindo". Cf. MARTINS, Daniela. CCJ aprova proposta que autoriza Congresso a derrubar atos do STF. *Uol Notícias*, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/valor/2012/04/25/ccj-aprova-proposta-que-autoriza-congresso-a-derrubar-atos-do-stf.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2013; e CLARK, Tom. *The Public and Judicial Independence*. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.138 et seq.

1.3.3 O orçamento do Tribunal e o salário dos ministros

Muitas democracias também conferem ao Congresso o controle sobre o orçamento e os salários dos juízes (sobre o aumento, já que é proibido reduzir os salários). Essa competência comumente é um dos pontos de maior conflito entre Judiciário e Legislativo, o que é de certa forma natural, já que os tribunais se veem como um terceiro ramo independente e se ressentem com a interferência do Congresso em suas questões financeiras.²⁷² Mas essa prerrogativa também pode ser empregada para fins escusos. À medida que o Congresso usa o orçamento/ salários como forma de "punição" ou "recompensa", ele enfraquece o Poder Judiciário como um autêntico ramo político, com poder para gerir as suas próprias finanças. Além disso, o emprego desse instrumento também pode influenciar o processo decisório, uma vez que os juízes podem se tornar mais maleáveis a influências políticas (e externas) à medida que passam a ter um salário e um orçamento insuficientes.

Com relação ao uso do poder sobre o orçamento como forma de afrontar à independência do Tribunal, Terri Peretti narra que durante o período em que foi presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Earl Warren - momento em que a instituição passou a assumir uma postura bastante liberal -, o Congresso deixou de autorizar despesas necessárias, agindo de forma bastante "mesquinha", uma vez que estava insatisfeito com as posições/decisões da Corte.²⁷³

Quanto ao uso do poder sobre os salários dos juízes como violação à independência do Tribunal, há outro exemplo interessante que envolve a liberal Corte Warren: em 1964, os membros do Congresso ficaram extremamente insatisfeitos com a decisão proferida em *Reynolds v Sims*, que estabeleceu o princípio *uma pessoa-um voto*, redesenhando os distritos eleitorais, e, assim, prejudicando parlamentares e partidos que se beneficiavam do sistema antigo. Em "resposta", o Senado – por emenda – alterou um projeto que tramitava na Câmara dos Deputados, que propunha aumentar os salários de todos os juízes federais para US\$ 7.500 (sete mil e quinhentos dólares) anualmente. A emenda do Senado limitou o aumento aos

²⁷² MILLER, Mark C. The view of the Courts from the hill: a neo institutional perspective. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p.64.

²⁷³ PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p.143-144.

juízes da Suprema Corte para apenas US\$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares) por ano, i. é, US\$ 5.000 (cinco mil dólares) a menos do que a outros juízes. Apoiando esse tratamento diferenciado, o Senador John Tower explicou o seguinte: "se a Suprema Corte parece entender que deve legislar e alterar a Constituição, talvez os membros da Suprema Corte devam receber um salário não superior ao recebido pelos legisladores".²⁷⁴

Como é possível notar, o poder que os agentes eleitos têm sobre o orçamento e o salário dos ministros da Suprema Corte norte-americana foi empregado como forma de "punição" às suas decisões/posições, e, em última análise, como uma forma de subordinação do Poder Judiciário, que, como um autêntico ramo político, tem a prerrogativa para autogovernar-se.

Tal como ocorre nos Estados Unidos, também no Brasil o Congresso detém o controle sobre o orçamento e os salários dos ministros do STF. Embora a Carta Constitucional de 1988 confira aos tribunais o poder para "elaborar as suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias" (art. 99, § 1.º, da CF/88 – autonomia financeira), o Congresso não está vinculado à proposta enviada pelo Poder Judiciário, podendo aprovar, no bojo da lei orçamentária anual, um orçamento menor (art. 165, da CF/88). Além disso, apesar de os salários dos juízes serem definidos por lei de iniciativa dos tribunais, de modo que só o Judiciário pode fixar o valor contido na proposta original, o Legislativo não está obrigado a aprová-lo, podendo fixar valor a menor ou mesmo rejeitar a proposta de aumento (art. 96, II, b, CF/1988), desde que não viole a garantia da irredutibilidade de subsídios (art. 95, III, da CF/1988).²⁷⁵

Assim, pode-se dizer que o orçamento e os salários dos juízes continuam sendo mecanismos que os atores políticos poderiam – em tese – empregar no pós-1988 como forma de influência/subordinação sobre o STF e seus membros. Mas, a despeito de caracterizar um dos pontos de mais intenso desacordo entre os ramos na atualidade, não há notícias de que esses mecanismos tenham sido usados como forma de "punição" ou "recompensa", caracterizando influência/subordinação sobre o Tribunal e (ou) seus ministros.

²⁷⁴ BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Stanford: Stanford University Press, 2004. p.33.

²⁷⁵ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.262-263.

1.3.4 Paralisias no processo de indicação e confirmação de juízes

Inspirados no modelo norte-americano, muitos países conferiram ao Presidente o poder de indicar juízes às Cortes Supremas, e, ao Senado Federal, a prerrogativa de confirmá-los. Esse processo de indicação/confirmação judicial, porém, pode gerar paralisias capazes de comprometer as atividades judiciais, caracterizando uma nova forma de subordinação do ramo judicante.

O Presidente, por exemplo, pode deixar de nomear ministros para o Tribunal, como ocorreu em âmbito nacional durante a República Velha, com Floriano Peixoto.²⁷⁶ Além disso, o Senado pode omitir-se em confirmá-los, a exemplo do que ocorreu recentemente na Bolívia, quando, buscando evitar as indicações de Evo Morales, o Senado deixou de confirmar os nomes apresentados, até o ponto em que a falta de juízes começou a prejudicar o funcionamento do Tribunal Constitucional.²⁷⁷ Em ambas as situações houve uma interferência imprópria dos atores políticos (seja do Presidente, seja do Senado) na esfera judicial, com o propósito de manipular o Tribunal a partir de interesses políticos específicos, corrompendo, assim, a lógica da difusão de poderes, separados e autônomos.

Em âmbito nacional, o teor do art. 84, XIV, CF/88, confere ao Presidente o poder para indicar os ministros do STF e ao Senado a prerrogativa para confirmá-los, de modo que mesmo atualmente o Presidente – em tese – poderia deixar de nomear ministros, assim como o Congresso poderia omitir-se em confirmá-los, fragilizando/ inviabilizando as atividades do Tribunal. Contudo, apesar da demora cada vez maior para a indicação de ministros na contemporaneidade, o processo de indicação/confirmação não tem gerado paralisias preocupantes.

²⁷⁶ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.26.

²⁷⁷ CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolívia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.453-514.

1.3.5 A (não) implementação das decisões judiciais

Como explica Terri Peretti, o poder que os atores políticos dispõem para implementar as decisões decorre da natureza do processo legal e da estrutura geral do governo, em que as Cortes possuem apenas uma parte dos poderes governamentais.²⁷⁸ Normalmente se presume que uma vez proferida uma decisão judicial, os atores políticos irão atuar de acordo com ela. Porém, esta presunção não pode ser simplesmente *assumida*, já que a implementação das decisões não se dá de forma automática.²⁷⁹ Muito embora as Cortes disponham de amplos poderes de revisão, poucas possuem meios diretos para supervisionar a implementação de suas determinações, o que indica que elas não são tipicamente o último ato em muitas disputas constitucionais.²⁸⁰

A efetivação das ordens judiciais depende muitas vezes de atos comissivos e omissivos dos Poderes Executivo e Legislativo, e, se eles se opõem firmemente à implementação, isso pode ser algo problemático.²⁸¹ É célebre a visão de Hamilton, no sentido de que o Poder Judiciário é "o ramo menos perigoso", por não ter influência sobre a espada (o poder de polícia, como o Executivo), nem sobre a bolsa (o poder orçamentário, como o Legislativo), *dependendo do auxílio dos ramos políticos para a eficácia de seus julgamentos*.²⁸²

A não implementação das decisões judiciais afronta a independência judicial, sob o aspecto institucional, pois, à medida que os atores políticos desconsideram as determinações judiciais, há um desequilíbrio que rompe com a lógica de poderes separados e autônomos,

²⁷⁸ PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p.137.

²⁷⁹ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisersitária, 1987. p.303.

²⁸⁰ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.6.

²⁸¹ VANBERG, loc. cit.

²⁸² "El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas ni sobre el dinero; no dirige ni la fuerza ni la riqueza de la sociedad y ni puede adoptar ninguna resolución activa. En verdad, puede decirse que no tiene ni FUERZA NI VOLUNTAD, sino unicamente discernimento; y en definitiva depende de la colaboración del brazo ejecutiva incluso para dotar de eficacia a sus fallos" (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002. p.196-197).

com papéis institucionais próprios a cumprir e com poder para impor as suas determinações, reduzindo, assim, o ramo judicante perante os demais. Existem vários exemplos no contexto norte-americano sobre dificuldades na implementação de decisões judiciais. Os mais paradigmáticos (e antigos) dizem respeito a decisões proferidas pela Suprema Corte nos casos que envolveram a tribo indígena Cherokee.²⁸³

Em síntese, a tribo Cherokee estava ocupando terras que eram valiosas para o Estado da Geórgia, inclusive pela descoberta de ouro. Por isso, o referido Estado queria deslocar a mencionada tribo dessas terras, e, nessa *queda de braço*, muitos conflitos acabaram chegando à Suprema Corte. Em um deles discutiu-se o recurso de um homem chamado Corn Tassel, o qual o Estado da Geórgia, assumindo a jurisdição sobre as "terras Cherokee", acusou e condenou por "assassinato". Diante disso, o condenado recorreu à Suprema Corte, que, por sua vez, reformou a decisão. Contudo, a Geórgia simplesmente ignorou a determinação judicial e executou Tassel pouco depois.²⁸⁴

Outra demanda relacionada aos Cherokee envolveu dois missionários, chamados Samuel Worcester e Elizur Butler, os quais haviam sido presos por violar uma lei da Geórgia que exigia que brancos obtivessem a aprovação do Estado antes de viver nas "terras Cherokee". Ambos se recusaram a adquirir tal aprovação, não querendo reconhecer a autoridade do Estado sobre as referidas terras. Quando presos, os dois missionários apelaram à Suprema Corte, desafiando as leis anti-Cherokee da Geórgia. Em uma decisão favorável aos Cherokee, a Suprema Corte anulou as condenações e ordenou a libertação imediata dos missionários, ordem que foi simplesmente ignorada (i. é, os missionários continuaram presos).²⁸⁵ O Presidente Jackson se recusou a prestar auxílio para o cumprimento da ordem e o jornalista Horace Greeley informou que o Presidente Jackson supostamente teria dito: "*John Marshall tomou a sua decisão, agora deixe ele aplicá-la!*".²⁸⁶

²⁸³ MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.49.

²⁸⁴ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p.88-91.

²⁸⁵ FRIEDMAN, loc. cit.

²⁸⁶ Embora a maioria dos estudiosos acredite agora que esta citação atribuída a Andrew Jackson é apócrifa, ela reflete a distância do Presidente em relação ao Judiciário Federal. Cf. MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.51.

Há também o exemplo mais recente da decisão proferida no caso *INS vs. Chadha* (1983). Trata-se de uma decisão histórica de separação de poderes, que invalidou o uso congressional do *one-house legislative veto*. Esse instrumento permitia que o Congresso dos Estados Unidos delegasse autoridade às agências executivas, mantendo o direito de vetar decisões que essas agências tomassem, por meio de uma resolução de uma casa do Congresso, sem ter que aprovar uma nova lei. Ao declarar esse procedimento inconstitucional, a Suprema Corte considerou que o princípio de separação de poderes inerentes à Constituição norte-americana exigia que o Congresso – para mudar o ambiente legal – deveria "agir" por meio de uma lei, incluindo: a aprovação do projeto de lei em ambas as casas e a oportunidade para o Presidente assinar ou vetar a lei. O Congresso não poderia reservar-se ao direito de mudar as decisões das agências executivas sem seguir esses procedimentos.²⁸⁷

No entanto, mesmo após essa decisão, o Congresso simplesmente continuou a empregar o veto legislativo. A dificuldade na implementação ocorreu porque o *one-house legislative veto* era conveniente tanto para as agências reguladoras como para o Legislativo. Por um lado, o *one-house legislative veto* garantia às agências razoável espectro para uma atuação discricionária em matérias que exigiam *expertise* e celeridade; e, por outro lado, permitia ao Legislativo o controle sobre os respectivos atos administrativos.²⁸⁸

Fora do contexto norte-americano merece menção o famoso caso do *uso dos crucifixos em escolas públicas na Bavária*. Em 1995, o Tribunal Constitucional Alemão proferiu uma decisão em que considerou contrária à liberdade de religião a fixação de crucifixos nas salas de aula em escolas públicas, porém, a decisão não foi cumprida. O chanceler, Helmut Kohl, chamou a decisão de "incompreensível", e, quando o ano escolar começou, cumprindo com a promessa do *premier* da Bavária (Edmund Stoiber), os crucifixos permaneceram nas salas de aula.

O Parlamento aprovou uma *revisão da regulamentação escolar*, na qual afirmava que o uso dos crucifixos inseria-se nas tradições culturais e históricas da Bavária, e que tal ato simbolizava o desejo de realizar os mais elevados objetivos educacionais. A nova regulamentação também previu que, se os pais questionassem a colocação de crucifixo por razões religiosas, o

²⁸⁷ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.5.

²⁸⁸ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. New Jersey: Princeton University Press, 1988. p.224 et seq.

diretor da escola deveria buscar uma solução de compromisso²⁸⁹ (mas a natureza dessa "solução" foi deixada em aberto).

Em um artigo de fim de ano, a *Neue Zeitung Ziircher*, um dos jornais mais influentes da Europa, concluiu: "com exceção de alguns casos extremamente raros, nada mudou no cotidiano escolar, na Baviera". Como um juiz do Tribunal Constitucional brincou durante uma palestra na Universidade de Freiburg: "há mais crucifixos pendurados nas salas de aula da Bavária agora do que antes da decisão".²⁹⁰

Em âmbito nacional, pode-se dizer que apesar do poder de revisão constitucional do STF ter sido ampliado no pós-1988, os meios de supervisão da implementação de suas determinações continuam sendo escassos, de modo que o Tribunal segue dependendo de atos omissivos e comissivos dos poderes políticos para tornar concretas as suas ordens. Mas, apesar de os desafios às decisões judiciais continuarem sendo uma "possibilidade", e terem existido decisões que não foram implementadas de forma literal nesse período, a regra geral tem sido a observância dessas ordens.

²⁸⁹ Artigo 7 Seção 3: À luz das tradições históricas e culturais da Bavária, uma cruz é exibida em cada sala de aula. Este ato simboliza o desejo de realizar os mais altos objetivos educacionais da Constituição, com base em valores ocidentais cristãos sem deixar de respeitar a liberdade religiosa. Se os pais desafiarem a instalação da cruz por razões genuínas e aceitáveis de fé ou crença secular, a escola deve tentar encontrar uma solução de compromisso. Se não for possível encontrar uma solução, o responsável deve informar as autoridades escolares, que então criarão uma solução individual que respeite a liberdade religiosa da pessoa que objetou e que equilibre as crenças religiosas e seculares de todas as pessoas de forma adequada. Ao fazê-lo, a vontade da maioria deve ser considerada, tanto quanto possível. Tradução livre de: "Article 7, Section 3: *In light of Bavaria's historical and cultural traditions, a cross is displayed in every classroom. This act symbolizes the desire to realize the highest educational goals of the constitution on the basis of Christian and occidental values while respecting religious freedom. If parents challenge the installation of the cross for genuine and acceptable reasons of faith or secular belief, the school principal shall attempt a compromise solution. If it is not possible to find a solution, the principal shall notify the school authorities and then devise an individual solution, that respect the religious freedom of the person who has objected and which balances the religious and secular beliefs of all persons in a class appropriately. In doing so, the will of the majority must be considered as much as possible*". (VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.3)

²⁹⁰ *Ibid.*, p.4.

1.3.6 Conclusão

Ao longo deste item constatou-se que apesar de o STF e seus ministros desfrutarem no pós-1988 de um grau considerável de independência judicial, eles permanecem bastante vulneráveis aos atores políticos em detalhes importantes, o que indica que a manutenção da independência continua sempre representando um *desafio*. Não descartando a possibilidade de afrontas institucionais eventualmente assumirem outras formas, viu-se ao longo deste item que o emprego – de forma corrompida – dos mecanismos de *checks and balances* são mais potencialmente empregáveis pelos atores políticos na contemporaneidade, porque mais "à mão" para fins de punição, intimidação, subordinação ou redução dos poderes do Tribunal e de seus membros.

É importante deixar claro, porém, que apesar desses mecanismos serem passíveis de emprego, de forma corrompida, com o propósito de influência/subordinação judicial, não é isso que vem ocorrendo na prática no pós-1988. O que vem ocorrendo, ao contrário, e como já adiantado no item 1.2.5, é uma postura geral de respeito dos agentes eleitos ao Tribunal (e seus ministros). Mas essa postura geral de acatamento levanta um questionamento intrigante para os propósitos desta pesquisa: por que atores políticos "respeitam" e até "apoiam" uma instituição que – pelo menos à primeira vista – é a principal destinada a restringir o seu poder político?²⁹¹

Mathew Stephenson argumenta que não é óbvio por que aqueles com o poder político toleram limitações impostas por um Tribunal independente. O fato de considerarmos que esses atores são restringidos por um Tribunal independente implica que este último está impedindo ações que de outro modo eles poderiam executar. Mas o Judiciário não costuma ter uma forte base independente de apoio, muito menos o seu próprio Exército ou força policial. Ao invés disso, o Judiciário é constituído, financiado e (ainda) conta com os ramos políticos para fazer cumprir as suas decisões²⁹². Por que, então, eles aceitam os limites impostos por

²⁹¹ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.102.

²⁹² STEPHENSON, Matthew C. 'When the devil turns': the political foundations of independent judicial review. *Journal of Legal Studies*, v.32, p.60, 2003.

um Tribunal independente? Por que estes poderes com dinheiro e armas submetem-se ao poder armado apenas com martelos de juiz?²⁹³

1.4 A insuficiência das garantias formais para explicar o respeito (ou não) à independência do STF (e de seus ministros) *na prática*

Como se procurou demonstrar até aqui, existiu uma variação no respeito à independência do STF (e de seus membros) ao longo do tempo. Em geral, a sua independência foi mais respeitada durante a República de 1946 e no Pós-1988, e menos respeitada durante a República Velha, Era Vargas e Ditadura Militar. Além disso, procurou-se também demonstrar que o STF é vulnerável a investidas políticas mesmo no pós-1988. Mas, afinal, o que explica essa variação no respeito à independência ao longo do tempo? E por que os atores políticos respeitam a independência judicial no pós-1988, mesmo dispondo de meios para afrontá-la? Em suma: quais fatores reais levam os atores políticos a respeitar a independência do Tribunal e de seus membros (ou por que eles não fazem isso)?

Como apontado na introdução deste estudo, a independência é um conceito abstrato, que pressupõe a *ausência de vínculos ou meios de subordinação* entre os atores políticos e o ramo judicante (tanto sob o aspecto decisional como institucional), de modo que entender o que leva os atores políticos a respeitar a independência do STF (e de seus membros) leva a entender, conseqüentemente, quais os *fatores reais* explicam a sua independência *na prática*.²⁹⁴ Ao longo de todo este estudo, buscar-se-á uma resposta satisfatória (ou teoria) para entender o que leva os atores políticos a respeitar o Tribunal e seus membros (ou por que eles não fazem isso), mas o início dessa busca certamente deve partir das "respostas" (ou, talvez, "não respostas") da doutrina constitucional tradicional, o que se procurará fazer ao longo deste item.

²⁹³ ROGERS, James R.; URA, Joseph Daniel. *The majoritarian basis of judicial countermajoritarianism*. Apresentado no Western Political Science Association, Portland, Oregon, 2012, p.4. Disponível em: <<http://wpsa.research.pdx.edu/meet/2012/rogersandura.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

²⁹⁴ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.102-103.

Historicamente, a doutrina constitucional tradicional explicou o respeito à independência judicial por meio das garantias constitucionais formais. Tais salvaguardas, desde o seu surgimento, buscaram isolar os tribunais e seus membros da política em pontos sensíveis, com o intuito de criar uma espécie de "barreira" contra ações políticas hostis, e garantir, dessa forma, o respeito à independência judicial. Em outras palavras: com a criação de salvaguardas em áreas sensíveis, i. é, em áreas em que ingerências eram mais prováveis de ocorrer, essas salvaguardas, em tese, inviabilizariam/dificultariam as referidas ingerências e, desse modo, garantiriam o respeito à independência *no plano concreto*.

Mas em que medida "garantias de papel" representam uma "barreira" efetiva contra ingerências políticas? Elas explicam de uma forma satisfatória o respeito (ou não) dos atores políticos à independência do Tribunal (e de seus membros) ao longo do tempo? Elas explicam por que atores políticos não empregam as ferramentas institucionais que dispõem contra o Tribunal (e seus membros) no pós-1988? Em caso negativo, quais fatores explicam?

As garantias formais remontam à Inglaterra do século XVIII, quando foram originalmente atribuídas aos juízes individualmente, a fim protegê-los contra as ingerências impróprias advindas do rei. Por força do *Act of Settlement*, o mandato dos juízes ingleses passou a ser *during good behaviour*, e não mais *during pleasure* do monarca, como ocorria anteriormente.²⁹⁵ No *Act of Settlement* constava que os juizes apenas poderiam ser destituídos por meio de deliberação de ambas as casas do Parlamento, e que seus salários seriam *certos e estabelecidos*.²⁹⁶ Com essas salvaguardas, buscava-se inviabilizar/barrar investidas impróprias do monarca contra os salários e cargos judiciais, proporcionando, assim, uma ação judicial livre de interferências.

Depois disso, as salvaguardas formais também foram adotadas em solo estadunidense. Enquanto os Estados Unidos ainda eram colônia da Inglaterra, os magistrados norte-americanos eram instados a servir *during pleasure*²⁹⁷, situação que gerou algumas controvérsias entre os

²⁹⁵ SHETREET, Shimon. *Judicial Independence: the contemporary debate*. United States: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. p.600-602.

²⁹⁶ VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p.1-58.

²⁹⁷ FERREJOHN, John. Independent Judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, v.72, p.377-378, jan./mar. 1999.

dois países, sobretudo a partir da década de 1750.²⁹⁸ Na Declaração de Independência dos Estados Unidos existem queixas de que o rei "tornou os juízes dependentes de sua própria vontade, para o gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários".²⁹⁹ Por isso, após a ruptura com a Inglaterra, várias colônias norte-americanas incluíram provisões de segurança de cargo e de salários em suas Constituições, almejando também inviabilizar/barrar investidas impróprias advindas dos poderes políticos, e garantir, assim, a independência *na prática*.

Durante a Convenção Constitucional da Filadélfia, a independência também foi objeto de preocupação.³⁰⁰ Os "pais fundadores" (*founding fathers*) da Constituição norte-americana previram no artigo III, do texto constitucional aprovado (1787), que a permanência dos juízes no cargo deveria ser resguardada enquanto eles tivessem bom comportamento (*during good behaviour*)^{301, 302}, i. é, de forma vitalícia³⁰³; e que os juízes deveriam, de tempos em tempos,

²⁹⁸ Algumas colônias norte-americanas haviam reconhecido a vitaliciedade aos juízes, a depender do *good behaviour*, tal como ocorrera com os juízes ingleses. Contudo, a metrópole se opôs a tal deliberação, considerando a medida uma excessiva intromissão sobre o poder central (responsável pela indicação dos juízes). A controvérsia envolveu várias colônias (Nova York, New Jersey, Pensilvânia, Carolina do Norte) e não foi resolvida até o período revolucionário (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.^a reimpressão, 2011. p.104).

²⁹⁹ Consta também na Declaração de Independência dos Estados Unidos que o rei "dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários". Isso porque o poder de constituir tribunais nas colônias americanas era controlado pela Coroa, e em disputas entre o Rei e colônias, leis locais instituindo Cortes foram repetidamente derrubadas, às vezes eliminando instituições judiciais por longo período de tempo Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.122; e FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. New Jersey: Princeton University Press, 1988. p.120.

³⁰⁰ CRISTÓBAL, Rosario Serra. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

³⁰¹ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisversitária, 1987. p.29.

³⁰² Na obra *O Federalista*, Hamilton aduz que a vitaliciedade constitui "um dos avanços modernos mais valiosos na prática do governo", e que nada poderia contribuir mais para a independência do Judiciário do que tal garantia, a qual "deve[ria] ser considerada justamente como um elemento indispensável em uma constituição e, em grande medida, como o baluarte da justiça e da segurança jurídica". Mais à frente, Hamilton argumenta que a adesão dos juízes à missão de proteger os direitos, a Constituição e os indivíduos, não poderia ser esperada de "juízes que exer[cessem] seus cargos em caráter temporário", pois, em sua visão, "nomeações periódicas, ainda que regulares e feitas por quem quer que seja, resulta[riam], mais cedo ou mais tarde, fatais à necessária independência dos juízes" (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002. artigo 78, p.195-204).

³⁰³ Os juízes, porém, poderiam renunciar ao cargo ou ser destituídos por meio de processos de *impeachment*, nos casos de "traição, suborno ou outros crimes e delitos graves". No artigo II, seção 4, da Constituição dos Estados Unidos consta que: "o presidente, o vice-presidente, e todos os funcionários civis dos Estados Unidos serão afastados de suas funções quando indicados e condenados por traição, suborno, ou outros delitos ou crimes graves".

receber por seus serviços uma compensação, que não poderia ser diminuída durante a sua permanência no cargo (i. é, proibia-se o Congresso de reduzir salários judiciais).^{304,305} O orçamento dos tribunais ficava originalmente a cargo do Departamento de Justiça e do Procurador-geral, o que se modificou posteriormente, assim como se aprimorou a auto-organização dos tribunais federais.³⁰⁶

Conforme ensina Charles Geyh, os "pais fundadores" (*founding fathers*) da Constituição dos Estados Unidos – muito provavelmente pela experiência que traziam das colônias – entendiam que as garantias formais não eram apenas meios necessários, mas suficientes para assegurar a independência do Poder Judiciário (e de seus juízes)³⁰⁷, ou seja, eles acreditavam que tais salvaguardas poderiam inviabilizar/barrar ações políticas indesejáveis, tornando a independência judicial concreta no universo *prático*. Ao contrário do que idealizaram, porém, as "garantias de papel" muito cedo demonstraram ser insuficientes/frágeis para inviabilizar/barrar as ações políticas hostis contra a Corte (e seus juízes).

Os acontecimentos ligados ao caso *Marbury vs. Madison* – já mencionado neste estudo – apontam nessa direção. Na ocasião em que a Suprema Corte norte-americana apreciou a constitucionalidade do *Judiciary Act* de 1802 – quando sequer julgou o mérito do caso, rechaçando a demanda por falta de jurisdição – os seus membros estavam fortemente intimidados pelas ações dos outros poderes políticos, que haviam alterado o funcionamento/estrutura dos tribunais, suspenso as sessões da Corte, ameaçado juízes de *impeachment* etc. A margem estreita pela qual o Juiz Samuel Chase escapou de uma

³⁰⁴ ABRAHAM, Henry J. The pillars and politics of judicial Independence in the United States. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M. (Ed.). *Judicial Independence in the age of democracy: critical perspective from around the world*. The University Press of Virginia, 2001. p.29-30.

³⁰⁵ Logo no início de seu artigo 79, Hamilton afirma que, "salvo o problema da estabilidade no cargo, nenhum outro pode contribuir mais para a independência dos juízes do que a fixação de seus honorários". Segundo o federalista, de acordo com o procedimento geral da natureza humana, o controle sobre os meios de subsistência de um homem representa um controle sobre a sua vontade, de modo que "nunca poderemos esperar que se concretize na prática a completa separação dos poderes Judiciário e Legislativo em qualquer sistema que deixe aquele dependendo, relativamente a recursos pecuniários, de ocasionais doações deste último". Para Hamilton, esta garantia, juntamente com salvaguarda "para a permanência nos cargos, permit[iria] melhores perspectivas para a independência" (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Campinas: Russell, 2005. artigo 79, p.477-478).

³⁰⁶ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.9-10.

³⁰⁷ GEYH, Charles Gardner. *When Courts & Congress Collide: the struggle for control of America's Judicial System*. The university of Michigan Press, 2008. p.23 et seq.

condenação de *impeachment* foi outra evidência de que as garantias formais eram insuficientes/frágeis para inviabilizar/barrar as investidas políticas contra a Corte (e seus juízes) e assegurar a independência *na prática*.³⁰⁸

Em linha similar ao que se verificou no contexto norte-americano, as garantias formais também se mostraram insuficientes/ frágeis para inviabilizar/barrar as investidas políticas contra o STF (e seus ministros)³⁰⁹. Basta notar que tais salvaguardas foram previstas em todas as Constituições brasileiras, desde a criação do STF, em 1891, até a Carta de 1988:

- (i) *Constituição de 1891*: o seu art. 57 assegurava aos ministros a vitaliciedade, sem previsão de idade para a aposentadoria compulsória, e a irredutibilidade de vencimentos, incluindo a isenção legal de impostos. A Carta nada falou em inamovibilidade, porém, entendia-se que ela estava consagrada pela conjugação dos artigos 6.º, 15 e 63, e pelo artigo 2.º do Decreto n.º 848/1890. Além disso, o STF passou a vê-la como um desdobramento natural da vitaliciedade.³¹⁰ A autonomia administrativa vinha consagrada no artigo 58;
- (ii) *Constituição de 1934*: o seu art. 64 assegurava a garantia da vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 75 anos, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, sendo que esta última passou a ficar sujeita aos impostos gerais. A autonomia administrativa era prevista no artigo 67;
- (iii) *Constituição de 1937*: o seu art. 108 assegurava a garantia da vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 68 anos, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, que ficavam, todavia, sujeitos a impostos. A autonomia administrativa era prevista no artigo 110;

³⁰⁸ Além dos acontecimentos ligados ao caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte dos Estados Unidos posteriormente veio a sofrer várias outras afrontas institucionais, algumas das quais foram abordadas no item 1.3 deste trabalho. Cf. GEYH, Charles G. Judicial independence, judicial accountability, and the role of constitutional norms in congressional regulation of the courts. *Indiana Law Journal*, v.78, p.153-221, 2003; Id. *When Courts & Congress Collide: the struggle for control of America's Judicial System*. The university of Michigan Press, 2008. p.51-111; MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.38-76.

³⁰⁹ Cf. BARBOSA, Cláudia Maria. Algunos aspectos de la independencia del poder judicial en Brasil. In: BURGOS, Germán (Org). *Independencia Judicial en América Latina. ¿De qué? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa, 2003, p. 423.

³¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.34.

- (iv) *Constituição de 1946*: o seu art. 95 assegurava a garantia da vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 70 anos, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, sujeitos a impostos gerais. A autonomia administrativa era prevista no artigo 97;
- (v) *Constituição de 1967*: o seu art. 108 assegurava a garantia da vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 70 anos, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais. A autonomia administrativa também era prevista constitucionalmente no art. 110;
- (vi) *Constituição de 1969*: o seu art. 113 assegurava a garantia da vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 70 anos, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, a impostos gerais. A autonomia administrativa era prevista no art. 115;
- (vii) *Constituição de 1988*: o seu art. 95 assegura a garantia da vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 75 anos, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, a impostos gerais. Também prevê as garantias de autonomia orgânico-administrativa (art. 96, CF/88) e autonomia financeira (art. 99, CF/88).

Apesar de essas garantias formais indicarem à primeira vista – e à luz do conhecimento difundido pela doutrina constitucional tradicional – um alto grau de respeito à independência judicial, as práticas reais levadas a cabo pelos poderes políticos contra o Tribunal (e seus ministros), narradas ao longo do item 1.2, rapidamente revelam que essas garantias foram ofuscadas, suprimidas ou indiretamente subvertidas pelo próprio governo, o que, por si só, demonstra que – embora indubitavelmente importantes para um *design* institucional eficiente – elas se mostraram frágeis/insuficientes diante da tarefa de inviabilizar/barrar as investidas políticas contra o Tribunal (e seus ministros), e, assim, assegurar a independência *na prática*.³¹¹

E isso não é tudo. As garantias também são frágeis/insuficientes para inviabilizar/barrar o emprego dos mecanismos que os atores políticos dispõem para afrontar a independência do STF (e seus membros) no pós-1988. Basta notar que: (i) a vitaliciedade não impede que o

³¹¹ WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.446-447, 2003.

Senado eventualmente venha a julgar o *impeachment* de ministros, abarcando ações de "boa-fé", com finalidades de "punição"; (ii) a irredutibilidade de subsídios não obsta a omissão do Congresso em aumentar salários judiciais, o que na prática teria o mesmo efeito de reduzi-los; (iii) a autonomia financeira não impede o Congresso de aprovar orçamento a menor do que o apondado em proposta orçamentária, o que poderia ser usado para fins de "retaliação"; (iv) nenhuma das garantias parece "barrar" a ação dos poderes políticos em aprovar emenda à Constituição para alterar a estrutura/funcionamento do Tribunal com propósitos políticos; atrasar a indicação ou a confirmação de ministros; descumprir decisões judiciais etc.³¹²

1.5 Conclusões parciais

Diante de todas essas evidências, pode-se dizer que não é satisfatória a resposta que a doutrina constitucional tradicional oferece para explicar o respeito à independência judicial dos tribunais em geral, incluindo a do STF e seus ministros. Essa doutrina indica que os atores políticos respeitam – ou seriam levados a respeitar – a independência judicial porque as garantias formais inviabilizam/barram investidas institucionais impróprias contra o Tribunal (e seus membros). Como se verificou até aqui, as garantias formais não conseguiram inviabilizar/barrar ações políticas hostis ao longo do tempo, nem atualmente inviabilizam/barram o emprego dos mecanismos que os atores políticos dispõem para afrontar a independência do STF (e de seus membros) no pós-1988.

E se assim o é, então deve haver outra explicação para compreender o que leva os atores políticos a respeitar a independência do STF e seus membros (ou por que eles não fazem isso), ou seja, se as garantias formais não inviabilizam/ barram as ações políticas hostis dos ramos políticos contra o Tribunal (e seus ministros), então devem existir outros fatores que as inviabilizam/barram. Ou seja, devem existir outros fatores que explicam melhor por que esses atores respeitam a independência judicial em alguns momentos e em outros não, e por que eles não empregam as ferramentas institucionais de que dispõem contra o Supremo (e seus ministros) no pós-1988. Como já mencionado, entender o que leva os atores políticos a

³¹² FERREJOHN, John. Independent Judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, v.72, p.356 et seq., jan./mar. 1999.

respeitar a independência do STF e seus membros implica entender *os fatores reais* que explicam a independência do Tribunal e seus ministros *na prática*.

No capítulo 2 serão apresentados os pressupostos teóricos (ou teoria) que explicam o que *de fato* faz os atores políticos respeitarem (ou não) a independência dos tribunais (e de seus membros). Já no capítulo 3 se buscará aplicar esses pressupostos (ou teoria) à história institucional do STF, elucidando por que a independência do Tribunal (e de seus membros) conseguiu (ou não) firmar-se em cada período histórico aqui abordado, incluindo o Pós-1988.

2 DESVENDANDO O ENIGMA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

O presente capítulo tem por objetivo apresentar os pressupostos teóricos (ou teoria) que explicam o que *de fato* faz com que os atores políticos respeitem (ou não) a independência dos tribunais (e de seus membros).

2.1 Breves considerações sobre a abordagem estratégica

As explicações que serão apresentadas aqui se inserem no que a ciência política chama de "abordagem estratégica". Por sua importância, ela será brevemente analisada neste item. Pois bem. Ao longo do tempo, cientistas políticos têm dado diferentes respostas sobre o que influencia decisões políticas. Três abordagens dominaram o desenvolvimento da ciência política desde os primeiros decênios do século XX, quais sejam: o "institucionalismo antigo", o "comportamentalismo" e o "neoinstitucionalismo".³¹³

No início do século XX, alguns cientistas políticos – que posteriormente viriam a ser chamados de *institucionalistas antigos* – já buscavam entender como as decisões individuais tinham relação com contextos políticos mais amplos (que dariam a elas significado).³¹⁴ Pode-se dizer que os institucionalistas antigos tinham uma visão realista das instituições e procuravam descrevê-las como elas realmente eram, e não de uma forma idealizada. Eles focavam em descrever instituições tangíveis ou formais, como Cortes, doutrina judicial, posições escritas, leis e Constituições. Segundo essa abordagem, as instituições eram fonte de padrões historicamente estáveis de ideias e comportamentos, e as atitudes e os comportamentos judiciais eram vistos

³¹³ PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.23, n.68, p.53, out. 2008.

³¹⁴ CLAYTON, Cornell W. The Supreme Court and Political Jurisprudence: new and old institutionalism. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.20.

como algo estruturado pela evolução histórica das instituições jurídicas, que, por sua vez, estavam incorporados dentro de outras instituições políticas e sociais mais amplas.³¹⁵

Entre as décadas de 1950 e 1960 se alastrou a chamada "revolução comportamentalista" (*behavioral revolution*). O movimento comportamental (*behaviorist*) tinha várias vertentes, mas, no geral, enfatizava teorias e métodos positivos de investigação e centrava-se em comportamentos individuais e de grupo, ao invés de focar nas instituições.³¹⁶ Diferentemente dos institucionalistas antigos, os comportamentalistas alteraram radicalmente o estudo da ciência política. Ao invés de descrever eventos históricos e instituições, eles começaram a desenvolver análise empírica.³¹⁷ Tal modelo se baseava muito nas teorias psicológicas e sociológicas que foram dominantes em 1950 e 1960 e tinham dois importantes fundamentos: (i) retratavam a ação humana como ditada por forças psicológicas e sociológicas que iam além do controle de qualquer indivíduo; (ii) viam os indivíduos como "blocos construídos", dentro dos quais os resultados políticos não eram mais do que um agregado de ações individuais.^{318,319}

De acordo com Cornell Clayton, aos poucos foi se tornando crescente a consciência dos estudiosos de ciência política sobre a fraqueza da abordagem comportamental (*behaviorist*), e o interesse foi sendo renovado em estudar como a política e outras atividades humanas poderiam ser entendidas reenfatizando a importância de relações institucionais.³²⁰ Diante disso, ressurgiu a abordagem "institucional", que, em razão das contribuições fornecidas pelo

³¹⁵ CLAYTON, Cornell W. The Supreme Court and Political Jurisprudence: new and old institutionalism. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.22.

³¹⁶ *Ibid.*, p.22-23.

³¹⁷ PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.23, n.68, p.55, out. 2008.

³¹⁸ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. Strategy and Judicial Choice: new institutionalist approaches to Supreme Court Decision-Making. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.45.

³¹⁹ O modelo atitudinal "representa, em certos aspectos, o ponto culminante da revolução behaviorista ao estudo da política judicial" (SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the atitudinal model*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p.65; Id. *The Supreme Court and the atitudinal model revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002. p.86).

³²⁰ CLAYTON, Cornell W. The Supreme Court and Political Jurisprudence: new and old institutionalism. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.30.

comportamentalismo, passou a ter maior preocupação com rigor teórico, precisão conceitual e orientação empírica.³²¹

Os "neoinstitucionalistas" entendiam que os atores racionais tinham um considerável número de restrições que eram impostas pela ação de outros atores políticos e pelo contexto institucional em que atuavam. Essas restrições tomavam a forma de regras formais e informais que limitavam as escolhas disponíveis.³²² Em suma, as novas abordagens institucionais retomaram a premissa básica da centralidade das instituições, i. é, a noção de que as "instituições importam" para os resultados políticos.³²³ Dentro do "neoinstitucionalismo" existem diferentes abordagens: o institucionalismo histórico³²⁴, o institucionalismo social³²⁵ e o institucionalismo da escolha racional (*rational-choice*).

O institucionalismo da escolha racional (*rational-choice*) é também chamado de "abordagem estratégica" e assume que agentes políticos são *maximizadores de utilidade*, que tomam decisões racionais de forma consistente com as suas preferências e interesses. Por "decisão racional" entende-se aquela tomada quando os atores assumem um curso de ação que satisfaz os seus desejos de forma mais eficiente. Sob essa luz, ao escolher entre cursos de ação alternativos, os atores racionais irão escolher aquele que consideram o melhor para atingir as suas próprias finalidades. Esses atores buscam a maximização de seus interesses a partir de

³²¹ PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.23, n.68, p.64, out. 2008.

³²² MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. Strategy and Judicial Choice: new institutionalist approaches to Supreme Court Decision-Making. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.46.

³²³ *Ibid.*, p.46-48.

³²⁴ Os institucionalistas históricos assumem que o comportamento judicial não é meramente estruturado por instituições, mas é também constituído por elas, no sentido de que os objetivos e valores associados com arranjos políticos particulares dão energia e direção a atores políticos (GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. Beyond Judicial Attitudes: institutional approaches to Supreme Court decision-making. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.6-7).

³²⁵ Essa abordagem defende que a conduta individual não é apenas consequência de contextos institucionais particulares, mas também produto de estruturas sociais mais amplas. De acordo com os institucionalistas sociais, os indivíduos se encontram dentro de 'campos' ou 'setores' culturais e organizacionais que determinam o próprio conceito de autointeresse e utilidade. A conduta de indivíduos dentro de instituições particulares pode ser entendida dentro de teias de ligações contextuais, obrigações e ligações afetivas que constituem os fundamentos de suas condutas, e incluem estruturas sociais e culturais amplas como classe, raça, gênero, religião (*Ibid.*, p.7).

uma "lógica de cálculos", em que são levados em conta a ação dos outros atores políticos e o contexto institucional.³²⁶

Desse modo, o comportamento dos agentes políticos não é uma reflexão de um conjunto de preferências políticas *a priori* – como afirmava o movimento comportamental – mas um cálculo racional sobre a melhor maneira de alcançar o resultado pretendido, tomando em consideração os riscos e as oportunidades existentes em diferentes contextos político-institucionais. A atuação estratégica pode referir-se tanto aos *titulares de poder*, que atuam buscando a melhor realização possível dos fins pretendidos, a partir dos riscos e da oportunidades existentes em uma configuração institucional particular; quanto ao comportamento intencionalmente adotado pelos *juízes*, que igualmente atuam com o propósito de maximizar as suas preferências políticas em longo prazo, levando em conta o contexto institucional, as suas preferências e as possíveis reações de outros atores políticos, optando sempre pelos cursos de ação que consideram mais apropriados à promoção de seus próprios objetivos.³²⁷ Neste estudo, o principal enfoque será a ação estratégica dos atores políticos, porém, também se abordará o papel estratégico dos juízes ao estabelecer e manter o apoio público, o qual, como se verá, é um elemento decisivo à manutenção da independência judicial.

³²⁶ NOVELINO, Marcelo. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. 2014. 418 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p.242.

³²⁷ Os teóricos do modelo estratégico, inclusive Epstein e Knigh, concebem que os juízes estão sujeitos a restrições *interinstitucionais e intracorte*, daí que os cálculos feitos pelos juízes envolvem o que os seus colegas de Corte irão fazer, assim como as preferências dos outros atores políticos, como o Congresso, o Presidente e até mesmo o público. Conforme argumentam Epstein e Knigh, se os juízes querem levar a cabo as suas posições de forma eficaz, ou mesmo continuar tendo um papel proeminente no cenário político, eles devem levar em conta as preferências dos outros atores políticos e as ações que estes últimos irão adotar. Não fazer isso pode gerar consequências indesejáveis aos juízes e (ou) para o tribunal. Por exemplo, as suas decisões podem ser "superadas", juízes e o tribunal podem ser "atacados", ou o público pode se posicionar contrariamente ao Tribunal (o que, como se verificará, leva ao aumento do risco de "ataques institucionais" e de "descumprimento de decisões") etc. Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices Justices make*. USA: CQ Press, 1998. p.14-15; e EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. *Constitutional Interpretation from a Strategic Perspective*. In: MILLER, Mark; BARNES, Jeb. *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington: Georgetown University Press, 2004. p.177.

2.2 O que leva os atores políticos a respeitar a independência dos tribunais (e de seus membros) ou por que eles não fazem isso? As principais hipóteses

Neste item se buscará *sintetizar* os fatores reais que levam os atores políticos a respeitar (ou não) a independência dos tribunais (e de seus membros), os quais serão abordados separadamente, um a um, nos próximos itens. A explicação aqui oferecida está baseada, em parte³²⁸, nos trabalhos de Georg Vanberg³²⁹ e Keith Whittington³³⁰, autores que analisam a temática a partir de um viés estratégico amplo, abarcando uma série de teorias sobre a independência judicial. Optou-se por adotar a abordagem teórica desses autores porque eles conseguem reunir boa parte das respostas teóricas díspares que surgiram na ciência política para explicar o enigma da independência judicial.

Conforme se desenvolverá no decorrer deste trabalho, a literatura sobre o tema aborda várias preocupações sistemáticas, como condições estruturais, políticas, sociais e estratégicas que favorecem a independência judicial. Busca-se reunir essas teorias em uma única explicação, que seja capaz de esclarecer, de uma forma mais satisfatória, o que *de fato* leva os atores políticos a respeitar a independência dos tribunais (e seus membros). Deve-se esclarecer, antes de avançar mais, que os termos "atores políticos"/"autoridades públicas"/"líderes políticos"/"maiorias eleitas" são empregados aqui para fazer referência ao Legislativo e ao Executivo, que são considerados neste trabalho os atores que mais potencialmente podem ameaçar a independência judicial.

Dito isso, passa-se agora à análise dos fatores reais que levam os atores políticos a respeitar (ou não) a independência dos tribunais (e de seus membros). O primeiro fator que influencia a *ação de respeito* (ou não) dos atores políticos à independência dos tribunais (e de seus membros) está ligado ao regime político em vigor em um dado momento histórico. Entende-se

³²⁸ Diz-se que este estudo está *em parte* baseado nos trabalhos de Georg Vanberg e Keith Whittington, porque ele é mais abrangente do que os trabalhos dos referidos autores. Vanberg e Whittington não abordam a independência judicial em períodos de exceção e também não incluem a fragmentação política como um fator que explica a independência judicial. Reputa-se que esses fatores são determinantes para conseguir compreender a independência judicial em âmbito nacional, e, por isso, achou-se por bem acrescentá-los neste estudo.

³²⁹ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.99-118; e VANBERG, Georg. Constitutional Courts in Comparative Perspective: a theoretical Assessment. *Annual Review of Political Science*, v.18, p.167-185, 2015.

³³⁰ WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.446-474, 2003.

que apenas em um regime democrático os atores políticos poderão – ou estarão dispostos a – respeitar a independência judicial de uma *forma plena*, pelos motivos adiante sintetizados.

Em regimes de exceção, ao contrário do que comumente se pressupõe, as Cortes Constitucionais não são necessariamente instituições indesejáveis. Muitas vezes elas podem fornecer *benefícios* importantes aos líderes autoritários (os quais serão abordados adiante), que contribuem para que o seu funcionamento seja preservado, apesar de outras instituições igualmente proeminentes terem a sua atividade comprometida, tais como o Congresso, partidos políticos, imprensa etc.³³¹ Além de benefícios, porém, as Cortes Constitucionais também podem trazer *custos significativos* aos líderes autoritários, por exemplo, quando interferem em assuntos sensíveis aos seus interesses.

Embora ditadores tenham incentivos para manter as Cortes funcionando, e conferir a elas certo grau de discricionariedade, a fim de que possam viabilizar os benefícios almejados, estes líderes não podem – e às vezes também não querem – conferir a elas discricionariedade *ampla*. E isso porque *a atuação judicial independente em assuntos sensíveis poderia levar ao enfraquecimento ou até mesmo à derrocada do regime*.³³²

Como os líderes autoritários não podem – e muitas vezes também não querem – permitir que as Cortes interfiram em assuntos sensíveis, sob pena de o regime se esvaír, *a tendência presumível é a de que sempre exista neste tipo de regime político a interferência imprópria desses atores sobre a esfera judicial*. Essa interferência costuma ocorrer sem grandes dificuldades, já que líderes autoritários dispõem de um amplo poder político para levar adiante ações de afronta à independência judicial.³³³ Além de punir/ou ameaçar punir juízes por suas decisões/posições, os regimes autoritários costumam usar uma gama de mecanismos mais peremptórios – e sutis – para neutralizar a atuação judicial, evitando, assim, decisões/posições judiciais indesejáveis.

³³¹ TATE, C. Neal. Courts and Crisis Regimes: a theory sketch with Asian Case Studies. *Political Research Quarterly*, v.46, n.2, p.310 et seq., 1993; e HELMKE, Gretchen; ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the rule of law: judicial Independence in comparative perspective. *Annual Review of Political Science*, v.12, p.345-366, 2009.

³³² *Ibid.*, p.355-358.

³³³ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

A democracia, portanto, demonstra ser necessária para a criação de um ambiente de *respeito* à independência judicial. Porém, ela por si só não basta para garantir que esse respeito ocorra *na prática*, já que não é incomum verificar, mesmo em regimes democráticos, atores políticos atuando em desrespeito à independência dos tribunais (e de seus membros). Conforme se verificará adiante, em ambientes democráticos, maiorias eleitas também têm *benefícios* (em sua maioria, diferentes dos obtidos por líderes autoritários) e *custos* com a atuação judicial independente.³³⁴ Comparativamente, porém, os atores políticos em regimes democráticos tendem a ser mais tolerantes com os *custos* decorrentes da atuação judicial (até mesmo porque estas decisões/posições judiciais não têm o mesmo impacto sobre a esfera política como ocorre em um regime autoritário).

Todavia, essa tolerância também tem um limite. A doutrina aponta que em regimes democráticos os atores políticos tendem a analisar os *custos* e os *benefícios* que eles auferem a partir da atuação judicial independente antes de levar adiante ações políticas hostis. Como as tentativas dos atores políticos em afrontar a Corte (e seus juízes) constituem instrumentos "grosseiros", que não afetam só as decisões indesejáveis em si, mas também a instituição como um todo, pressupõe-se que esses atores políticos não adotarão esse tipo de medida em face de qualquer decisão particular desagradável (uma vez que todos os atores são confrontados com decisões que não aprovam de vez em quando), mas observarão o equilíbrio dos *custos* e *benefícios* obtidos ao longo do tempo.

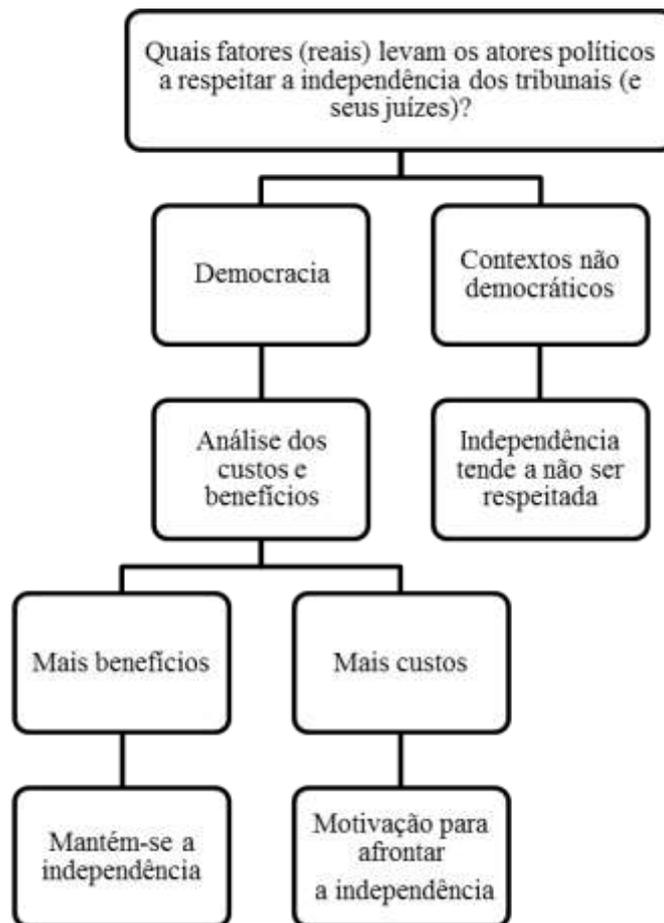
Os *custos* da atuação judicial independente podem aumentar a ponto de superar os *benefícios* que ela oferece a partir de duas diferentes dimensões: a partir da *quantidade* de políticas rejeitadas e da *importância* dessas políticas. À medida que uma Corte Constitucional declara persistentemente inconstitucionais certas políticas, em desacordo com as maiorias eleitas, essas ações, pouco a pouco, podem levar ao aumento do custo da atuação judicial independente. No entanto, não é só a *quantidade* das decisões em desacordo com as maiorias que influencia nesse cálculo, mas também a *importância* dessas políticas. Por isso, quanto maior o número de políticas rejeitadas e (ou) maior a sua importância, maior o custo político da atuação judicial independente para os atores políticos em regimes democráticos.

³³⁴ Cf. VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.99-118; VANBERG, Georg. Constitutional Courts in Comparative Perspective: a theoretical Assessment. *Annual Review of Political Science*, v.18, p.167-185, 2015; e WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.446-474, 2003.

Sob essa luz, mesmo que um ator político esteja insatisfeito com determinadas decisões judiciais, se ele alcança benefícios suficientes a partir de um sistema judicial independente, ele preferirá a manutenção do sistema na forma como se encontra. Ou seja, como nesse caso os *benefícios* decorrentes da atuação judicial compensam os seus *custos*, os atores políticos tendem a respeitar a Corte e seus juízes, ainda que desaprovem decisões particulares ocasionais. Em contrapartida, quando a Corte passa a decidir contra as maiorias políticas de forma persistente e (ou) em questões importantes aos seus interesses, levando-as a concluir que os custos da atuação judicial superam os benefícios, essas maiorias serão tentadas a ameaçar a independência judicial.

O organograma abaixo especifica os pontos até aqui abordados:

Figura 1 - Explicando a independência judicial (parte I)



Fonte: O autor (2016)

Entretanto, mesmo que atores políticos concluam que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, e se sintam, assim, tentados a ameaçar a independência, isso não quer

dizer que eles necessariamente irão fazê-lo. O propósito de levar adiante afrontas institucionais pode estar associado a alguns *limitadores*, quais sejam: a *fragmentação política* e a existência de um *apoio público (difuso)* a uma dada Corte Constitucional. Isso implica dizer que em situações em que os atores políticos se sentem motivados a empregar alguma medida que afronte a independência judicial – porque os *custos* de sua atuação são maiores que os *benefícios* que ela proporciona –, eles estarão sujeitos, além disso, a esses *limitadores*.

Como se especificará em maiores detalhes adiante, a fragmentação política dificulta que os agentes eleitos promovam medidas em retaliação judicial, pois, quanto maior a fragmentação política, maior também é a dificuldade que esses agentes encontram para aprovar uma legislação ou levar adiante outra medida que afronte a independência das Cortes (e de seus juízes), como, por exemplo, *impeachment*, retirada de jurisdição, alteração do número de juízes, orçamento etc. Por sua vez, o apoio público também dificulta a ação desses agentes em atacar a independência judicial, porque eles, sempre preocupados com a reeleição, temem que afrontas às Cortes (e a seus juízes) – tidas como *instituições queridas* – possam gerar perda eleitoral. Os dois limitadores não se excluem entre si, mas antes, se reforçam mutuamente, em uma espécie de interação simbiótica. Essa interação apresenta variáveis que precisam ser aqui expostas.

Como visto, em contextos em que não há fragmentação política, os agentes eleitos têm mais facilidade de desrespeitar a independência das Cortes (e de seus juízes), porque, como aduzido, eles conseguem com mais facilidade aprovar uma legislação ou levar adiante outra medida que afronte a independência das Cortes (como, por exemplo, *impeachment*, alteração da jurisdição, alteração do número de juízes, orçamento etc.). Porém, mesmo em um contexto em que não há fragmentação do poder, não se descarta que o apoio público possa exercer um papel importante na preservação da independência. Há, aqui, portanto, duas possibilidades a serem consideradas:

- (i) **contexto sem fragmentação e sem apoio público:** um contexto com essas características é o pior cenário que se pode esperar para o respeito (ou preservação) da independência judicial, pois além de os atores políticos conseguirem facilmente aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta judicial, em razão da ausência de fragmentação política, como não há apoio público à Corte – e, assim, esses atores tendem a não temer a perda eleitoral –, espera-se que atores políticos não se abstenham de aprovar e (ou) levar adiante ações políticas hostis quando tentados a fazê-lo (i. é, em

uma situação em que eles reputam que os custos da atuação judicial independente superam os benefícios);

- (ii) **contexto sem fragmentação e com apoio público:** em um contexto com essas características, os atores políticos também podem facilmente conseguir aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à Corte (e seus juízes), em razão da ausência de fragmentação política. Porém, ao contrário do cenário anterior, a existência de apoio público pode representar uma barreira a essas afrontas, o que é tanto mais verdadeiro quanto menor é o período em que a ausência de fragmentação se impõe. Isso porque, em contextos em que a ausência de fragmentação política é longa, a tendência esperada é a de que a pressão política sobre o ramo judicante aumente. Além disso, uma situação de ausência de fragmentação prolongada em um contexto *democrático* costuma caracterizar um governo de partido dominante, que usualmente conta com amplo apoio popular, e, por isso, pode não contar com (tanta) oposição pública em caso de uma eventual ação hostil contra as Cortes (e seus juízes);

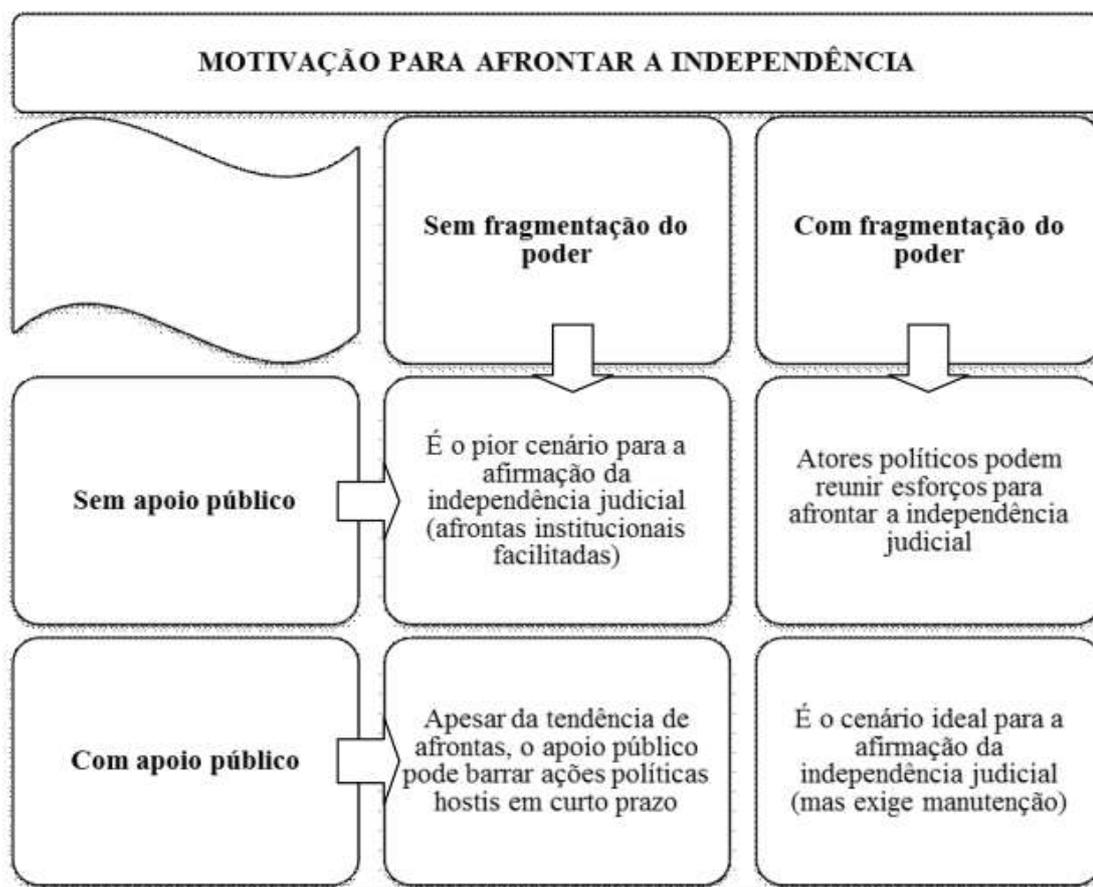
Analisadas as possibilidades existentes dentro de um contexto de ausência de fragmentação política, cabe agora avançar para as possibilidades visualizadas em um contexto em que a fragmentação existe. Ao contrário do que se viu anteriormente, em contextos em que há fragmentação, as autoridades públicas têm mais dificuldade em desrespeitar a independência das Cortes (e de seus juízes). Porém, mesmo em um contexto com essa característica, não se descarta a possibilidade de os atores políticos conseguirem reunir esforços para afrontar a independência judicial, especialmente em situações em que o apoio público às Cortes (e seus juízes) não existe ou diminuiu substancialmente. Há, portanto, também aqui, duas possibilidades a serem consideradas:

- (i) **contexto com fragmentação e sem apoio público:** em um contexto com essas características, os atores políticos têm mais dificuldade para conseguir aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à Corte (e seus juízes), em razão da existência de fragmentação política. Porém, na medida em que o apoio público à instituição judicial (e seus membros) não existe, ou diminuiu, os atores políticos – em tese – poderiam conseguir mais facilmente *reunir esforços* para aprovar e (ou) levar adiante esse tipo de ação política hostil, já que não teriam receio de perda eleitoral;

(ii) **contexto com fragmentação e com apoio público**: em um cenário com essas características, espera-se que os atores políticos respeitem a Corte (e seus juízes). É o cenário ideal para o desenvolvimento da independência judicial. Na medida em que os atores políticos têm dificuldade em aprovar e (ou) levar adiante medidas em retaliação – em razão da fragmentação política – e, não obstante, temem a perda eleitoral – em razão da existência de apoio público à instituição judicial – a tendência presumível é a de que não sejam comuns ações políticas hostis contra os tribunais (e seus juízes) *na prática*. Porém, entende-se que, mantida a fragmentação política, o apoio público exige *manutenção* contínua (por parte da própria Corte, como se verificará adiante).

O organograma abaixo especifica os pontos até o momento elucidados:

Figura 2 - Explicando a independência judicial (parte II)



Fonte: O autor (2016)

2.3 A condição estrutural que favorece a independência judicial: a democracia

O primeiro fator que influencia a *ação de repeito* (ou não) à independência judicial está ligado ao regime político em curso. Como se analisará ao longo deste item, apenas em um regime democrático os atores políticos poderão (ou estarão dispostos a) *de fato* respeitar a independência judicial (em *plenitude*).³³⁵ Como já apontado anteriormente, ao contrário do que se poderia supor, as Cortes Constitucionais não são necessariamente instituições indesejáveis em regimes autoritários.³³⁶ Ditadores normalmente têm interesse em que as atividades das Cortes não sejam interrompidas, porque elas podem trazer *benefícios* ao regime de exceção, os quais dificilmente seriam alcançados de outra maneira. Tais *benefícios* costumam caracterizar o principal motivo pelo qual essas instituições são conservadas, mesmo que outras instituições igualmente proeminentes tenham o seu funcionamento interrompido.³³⁷

Ginsburg e Moustafa apontam seis diferentes *benefícios* que as Cortes conferem a líderes autoritários:³³⁸

- (i) *realizar controles sociais e marginalizar adversários políticos*: o controle social exercido pelas Cortes em regimes autoritários é o seu papel mais óbvio. Esse tipo de controle é feito a partir do direito penal e constitui uma função importante, pois busca manter a ordem e marginalizar oponentes políticos.³³⁹ Todavia, o grau de envolvimento judicial nesses assuntos

³³⁵ Cf. HELMKE, Gretchen; ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the rule of law: judicial Independence in comparative perspective. *Annual Review of Political Science*, v.12, p.345-366, 2009; ver também: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. Introduction. In: _____ (Ed.). *Consequential Courts: judicial roles in global perspective*. New York: Cambridge University Press, 2013. p.1-41.

³³⁶ Para uma posição similar, cf.: VALÉRIO, Otávio L.S. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)*. 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.19 et seq.

³³⁷ TATE, C. Neal. Courts and Crisis Regimes: a theory sketch with Asian Case Studies. *Political Research Quarterly*, v.46, n.2, p.310 et seq., 1993.

³³⁸ GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. Introduction. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Ed.). *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.1-22.

³³⁹ Na mesma linha de Ginsburg e Moustafa, Anthony W. Pereira aduz: "[...] é muito comum que os regimes autoritários usem a lei e os tribunais para reforçar o seu poder, de modo a tornar obscura uma distinção simplista entre regimes *de facto* e regimes constitucionais (ou *de jure*). Em particular, muitos regimes levam

pode variar, já que a técnica comum dos Tribunais de Segurança mostra que regimes autoritários canalizam diferentes tipos de casos para diferentes tipos de arenas de julgamento;

- (ii) *reforçar a imagem de legitimidade do regime*: legitimidade é importante até mesmo para os regimes autoritários. Sem a possibilidade de legitimação nas urnas, governantes podem procurar justificar o seu governo continuado, tanto com a realização de resultados substantivos, por exemplo, redistribuição de renda, reforma agrária, crescimento econômico, estabilidade política etc., como em graus diversos, podem tentar compensar a sua legitimidade questionável preservando as instituições judiciais, uma vez que estas reforçam a ideia de que existem restrições sobre a arbitrariedade;³⁴⁰
- (iii) *reforçar a implementação da máquina burocrática dentro do próprio Estado*: informações sobre delitos burocráticos são de difícil coleta para os regimes autoritários, porque os mecanismos típicos para a descoberta, como grupos de imprensa ou grupos de interesse, são suprimidos. Nesse sentido, as Cortes podem proporcionar um mecanismo útil pelo qual governantes podem obter informações sobre o comportamento de seus subordinados burocráticos e discipliná-los;
- (iv) *resolver problemas de coordenação entre grupos concorrentes dentro do regime*: as Cortes podem ser úteis para formalizar acordos *ad hoc* de partilha de poder entre elites do regime. A manutenção da coesão dentro da coalizão governista é um desafio e exige uma gestão cuidadosa para evitar que qualquer grupo domine os demais. Tal como acontece com o

seus opositores políticos a julgamento. A fundamentação e os procedimentos judiciais empregados nesses julgamentos variam demais" (PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e na Argentina*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.36).

³⁴⁰ Sobre o tema, Anthony W. Pereira aponta que: "[...] é vantajoso para regimes autoritários legitimar seu poder com algum grau de embasamento legal. As manipulações jurídicas e a prática de levar à justiça os oponentes são úteis a um regime, porque atuam como fatores de desmoralização dos movimentos populares de oposição, reduzindo a necessidade de recorrer à força; angariam legitimidade para o regime ao mostrar que ele 'joga limpo' ao lidar com os adversários; cria imagens políticas positivas para o regime e negativas para a oposição; em algumas circunstâncias, ajuda uma das facções do regime a sobrepujar as demais; e estabiliza a repressão, ao fornecer informações e estabelecer um corpo de regras previsíveis em torno do qual as expectativas da oposição e das autoridades governamentais podem se aglutinar" (Ibid., p.284).

controle de agentes administrativos, mecanismos judiciais podem ser utilizados para atenuar a fragmentação dentro do aparato do governo;

- (v) *facilitar o comércio e o investimento*: estabelecer instituições com certo grau de autonomia é uma estratégia para garantir políticas críveis e duradouras na esfera econômica. Cortes independentes permitem que agentes econômicos contestem a ação do governo, elevando o custo de interferência política na atividade econômica. Instituições judiciais fornecem fóruns mais transparentes e neutros para contestar a ação do governo e, portanto, são úteis para o comércio e os investidores;
- (vi) *implementar políticas controversas*: ditadores encontram uma grande vantagem na canalização de questões políticas controversas para fóruns judiciais. Em geral, eles são cuidadosos com os riscos de recuar em compromissos prévios assumidos (como, por exemplo, subsidiar bens e serviços, empresas estatais, compromissos com o pleno emprego, promessas amplas para direitos trabalhistas em geral etc.), pois temem oposição caso venham a fazê-lo (especialmente os compromissos que compõem a base ideológica de seu governo). Daí que esses líderes podem passar a resolução dessas questões políticas sensíveis para fóruns judiciais *não políticos*, a fim de minimizar as consequências políticas.

Além de *benefícios*, porém, como já destacado, as Cortes Constitucionais também podem trazer *custos significativos* aos líderes autoritários, por exemplo, quando passam a interferir em assuntos sensíveis aos interesses do regime. Embora ditadores tenham incentivos para manter as Cortes, conferindo a elas certo grau de discricionariedade, a fim de que atuem em assuntos de seu interesse³⁴¹, eles não podem – e às vezes também não querem – conferir discricionariedade *ampla* às instituições judiciais. E nem se poderia esperar que fosse diferente, já que as decisões judiciais em questões sensíveis poderiam levar ao enfraquecimento

³⁴¹ Segundo Anthony W. Pereira: "[...] até mesmo os governantes militares, que chegam ao poder através da força, talvez se disponham a conceder alguma autonomia – em geral, muito limitada – aos tribunais [...] Se os oficiais militares concluírem que a oposição colocada pelo sistema Judiciário representa um obstáculo demasiadamente grande contra a suas operações [...], tenderão a cercear a atuação dos tribunais". (PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e na Argentina*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.290-291).

ou até mesmo à derrocada do regime, sendo uma propensão natural que líderes autoritários busquem a autopreservação.³⁴²

Como os ditadores não podem – e muitas vezes também não querem – permitir que as Cortes interfiram em assuntos sensíveis, sob pena de o regime se esvaír, *a tendência esperada é a de que sempre exista neste tipo de ambiente político a interferência imprópria sobre a esfera judicial*. Essa interferência, como aduzido, costuma ocorrer sem dificuldades, já que líderes autoritários dispõem de um amplo poder político.³⁴³ Além de punir/ou ameaçar punir juízes por suas decisões/posições (com aposentadorias compulsórias, suspensão de garantias constitucionais etc.), os regimes autoritários costumam usar uma gama de mecanismos mais categóricos – e sutis – para neutralizar a atuação judicial, evitando, assim, decisões/posições judiciais indesejáveis.

Por exemplo, eles: (i) constroem sistemas judiciais fragmentados no lugar de Judiciários unificados, para viabilizar que casos politicamente sensíveis sejam canalizados para instituições auxiliares, quando necessário³⁴⁴; (ii) restringem a atuação judicial mediante a adoção de uma configuração institucional que limite os esforços dos litigantes e juízes, por exemplo, restringindo a apreciação de atos praticados pelo comando ditatorial ou de matérias que possam ser objeto de apreciação judicial; (iii) acrescentam restrições à *judicial review*, com a definição/redefinição do tipo, requisitos etc.; (iv) limitam os tipos de ações legais que são passíveis de emprego contra o Estado; (v) selecionam unilateralmente juízes que partilham os

³⁴² HELMKE, Gretchen; ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the rule of law: judicial Independence in comparative perspective. *Annual Review of Political Science*, v.12, p.355-358, 2009.

³⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

³⁴⁴ Sob um sistema judicial unificado, a jurisdição sobre todas as disputas legais é concentrada em um único sistema institucional, ao contrário de sistemas fragmentados, em que um ou mais tribunais excepcionais correm lado a lado no sistema judicial. Sobre esses tribunais auxiliares, os regimes autoritários costumam manter controles rígidos por meio de nomeações políticas, sem mandato, dificilmente com garantias do devido processo legal etc. Casos politicamente sensíveis são canalizados para essas instituições auxiliares, quando necessário. De um modo geral, quanto mais complacente as Cortes são, mais os governantes autoritários permitem que casos políticos sensíveis permaneçam em sua jurisdição. Quanto mais elas tentam desafiar os interesses do regime, mais a competência dos tribunais auxiliares é expandida. Nos regimes autoritários, em geral, as Cortes não estão dispostas a se pronunciar sobre a constitucionalidade dos Tribunais de Segurança paralelos, por medo de perder uma *luta irremediável* com o regime (GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. Introduction. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Ed.). *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.1-22).

seus pontos de vista; (vi) ignoram ordens judiciais; (vii) incapacitam as redes de apoio ao Judiciário etc.³⁴⁵

Sobre esse último ponto – i. é, a incapacitação das redes de apoio ao Judiciário –, pode-se dizer que a fraqueza das instituições judiciárias *vis-à-vis* ao Executivo não é apenas o resultado de constrangimentos diretos que o Executivo impõe aos tribunais, mas é igualmente relacionada com a fraqueza característica da sociedade civil. A tarefa de questionar restrições sobre as Cortes ou mesmo de instá-las a defender direitos etc., é difícil porque os *interessados* não só têm de lidar com os problemas de ação coletiva, mas também estão normalmente sujeitos às *punições* dos regimes autoritários, que ativamente monitoram, intimidam e reprimem os que se atrevem a desafiá-los.³⁴⁶

Segundo exemplifica Tahoria, a fim de evitar os *custos* decorrentes da atuação judicial, o franquismo espanhol buscou assegurar a neutralização política do Judiciário, retirando dos tribunais jurisdição sobre os crimes políticos e criando um tribunal especial com *juízes leais* ao regime.³⁴⁷ Boaventura e outros aduzem que em Portugal, durante o regime salazarista, o idêntico objetivo de evitar os custos decorrentes da atuação judicial levou líderes autoritários a retirar duas áreas de litigação dos tribunais que podiam ser fonte de contestação: as questões laborais, que foram atribuídas aos tribunais de trabalho tutelados pelo Ministério das Corporações; e os crimes políticos, para os quais se criou o Tribunal Plenário, com juízes nomeados por sua lealdade ao regime.³⁴⁸

Neal Tate analisa três casos de *regimes de crise*, cujo autoritarismo é supostamente de curta duração – a declaração do estado de sítio por Marcos nas Filipinas, em 1972; o acionamento de poderes de emergência por parte de Indira Gandhi na Índia, em 1975; o golpe militar do General Zia UI Haq no Paquistão, em 1977 –, e conclui que em todos esses casos

³⁴⁵ GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. Introduction. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Ed.). *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.1-22.

³⁴⁶ GINSBURG; MOUSTAFA, loc. cit.

³⁴⁷ TOHARIA, José J. Judicial Independence in an authoritarian regime: the case of contemporary Spain. *Law & Society*, n.3, p.475-496, 1975.

³⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

os líderes políticos tiveram a preocupação de assegurar o controle das áreas *sensíveis*, a fim de evitar os *custos* com a atuação judicial.³⁴⁹

Além de os ditadores usualmente buscarem a neutralização das Cortes, nesse tipo de cenário político eles também costumam poder contar com a autocontenção racional dos juízes. Estes últimos comumente são bem conscientes de sua posição insegura no sistema político e de sua *fraqueza* em relação ao Executivo, bem como são conhecedores das consequências que as suas decisões podem ter. A ameaça antecipada de represálias e a inutilidade de decisões judiciais sobre as questões políticas mais sensíveis são muitas vezes suficientes para produzir o cumprimento judicial dos interesses fundamentais do regime em curso.³⁵⁰

Dada a situação precária em que se encontram, os juízes costumam ser bastante *deferentes* ao líderes autoritários e, segundo Helmke, tendem a aplicar sutil pressão para a reforma política apenas quando percebem que o regime autoritário está se aproximando do fim. Conforme expõe a autora, *deserção estratégica*, em tal circunstância, também é motivada pelo desejo de atores judiciais distanciarem-se do regime de saída e colocarem-se em uma *condição boa* com os governantes de entrada.³⁵¹

Expostas essas razões, pode-se dizer que as Cortes Constitucionais em regimes autoritários tendem a não representar uma panaceia. Muitas vezes elas acabam sendo *irrelevantes* ou *cúmplices* do governo autoritário, e não necessariamente porque querem, mas porque costumam ser neutralizadas, por diferentes meios, pelos líderes políticos. Embora possam dispor de algum grau de discricionariedade para atuar em assuntos do interesse do regime, elas quase nunca têm discricionariedade para atuar em assuntos sensíveis e,

³⁴⁹ TATE, C. Neal. Courts and Crisis Regimes: a theory sketch with Asian Case Studies. *Political Research Quarterly*, v.46, n.2, p.311-338, 1993.

³⁵⁰ GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. Introduction. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Ed.). *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.1-22.

³⁵¹ Segundo Gretchen Helmke, quando os *Justices* têm um futuro incerto – pois temem sanções e a perda dos seus cargos –, eles tenderão cada vez mais a se pronunciar contra o governo em decadência (em curso). Trata-se do que os autores chamam de "deserção estratégica" (ou *defección estratégica*). Supondo que os juízes queiram evitar sanções e manter os seus cargos, a sua lealdade ao governo atual não é a melhor estratégia. Pelo contrário, quando o governo em exercício começa a perder poder, os juízes serão estimulados a praticar a "deserção estratégica". Isso implica dizer que os juízes aumentarão as suas decisões contrárias ao governo atual quando vislumbram que este perderá poder, e o farão especialmente nos casos judiciais que mais interessam ao governo futuro (HELMKE, Gretchen. The logic strategic defection: court-executive relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. *The American Political Science Review*, v.96, n.2, p.291-303, jun. 2002).

consequentemente, para restringir o poder do regime instaurado.³⁵² E se assim não fosse, provavelmente elas sequer teriam o seu funcionamento mantido.

Em suma, como verificado neste item, embora ditadores tenham incentivos para manter as Cortes em regimes de exceção, conferindo a elas certo grau de discricionariedade, a fim de que atuem em assuntos de seu interesse, eles não podem – e às vezes também não querem – conferir discricionariedade *ampla* a essas instituições, especialmente porque a atuação judicial em assuntos sensíveis pode levar ao enfraquecimento ou à derrocada do regime. Daí se concluir que, mantidas as Cortes Constitucionais nesse tipo de ambiente, sempre existirão interferências impróprias dos atores políticos na esfera judicial, as quais costumam ocorrer sem dificuldades, dado o amplo poder político de que os líderes autoritários dispõem.

Para os propósitos deste trabalho, portanto, entende-se que apenas em um ambiente democrático os atores políticos poderão – ou estarão dispostos a –, *de fato*, respeitar a independência em *plenitude*, embora, conforme se verificará a partir do próximo item, a democracia não represente *em si* uma garantia à preservação da independência das Cortes Constitucionais.

2.4 A independência judicial em um ambiente democrático: os custos e os benefícios da atuação judicial independente

Apesar de a democracia demonstrar ser um fator importante para a criação de um ambiente de *respeito* à independência judicial, ela por si só não basta para garantir esse respeito *no universo prático*, pois, mesmo em regimes democráticos, atores políticos podem afrontar à independência dos tribunais (e de seus membros). A ciência política tem apontado que em ambientes democráticos as autoridades públicas também têm *benefícios*³⁵³, assim

³⁵² HELMKE, Gretchen; ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the rule of law: judicial Independence in comparative perspective. *Annual Review of Political Science*, v.12, p.355-358, 2009.

³⁵³ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.106 et seq.; VANBERG, Georg. Constitutional Courts in Comparative Perspective: a theoretical Assessment. *Annual Review of Political Science*, v.18, p.170 et seq., 2015; e WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.450 et seq., 2003.

como *custos* com a atuação judicial. Como visto, porém, comparativamente, os atores políticos em regimes democráticos tendem a ser mais tolerantes a esses *custos* (até mesmo porque as decisões/ posições judiciais não têm o mesmo impacto sobre a esfera política como em um regime autoritário).

Todavia, essa tolerância não é ilimitada. Como aduzido, a doutrina aponta que em regimes democráticos os atores políticos, antes de levar a cabo ações que afrontem a independência judicial, tendem a analisar os *custos* e os *benefícios* que eles auferem a partir da atuação de uma Corte Constitucional. Como as tentativas dos atores políticos em afrontar a Corte (e seus juízes) constituem instrumentos "grosseiros", que não afetam só as decisões indesejáveis em si, mas a instituição como um todo, pressupõe-se que os atores políticos não adotarão esse tipo de medida em face de qualquer decisão desagradável, mas observarão o equilíbrio dos *custos* e *benefícios* que eles auferem ao longo do tempo.

Quando os *benefícios* decorrentes da atuação judicial independente compensam os seus *custos*, os atores políticos tendem a respeitar a Corte e seus juízes, ainda que desaprovem decisões particulares ocasionais. Por outro lado, quando a Corte passa a decidir persistentemente contra as maiorias políticas e (ou) em questões importantes aos seus interesses, levando-as a concluir que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, essas maiorias serão tentadas a ameaçar a independência judicial. Ao longo de todo este item se abordará essa dinâmica.

2.4.1 Os benefícios que uma Corte independente é capaz de proporcionar aos atores políticos

Apesar da atuação de um Poder Judiciário (independente) parecer, mesmo em um regime democrático, uma limitação indesejável ao poder dos outros ramos políticos, a doutrina tem apresentado razões plausíveis para demonstrar que agentes eleitos podem ver um Judiciário independente como um *aliado*.³⁵⁴ Ao longo deste item se buscará apresentar os principais *benefícios* que as Cortes Constitucionais conferem aos atores políticos, segundo apontam os modelos econômicos de comportamento político, incluindo a teoria dos jogos.

³⁵⁴ Cf. RIBEIRO, Pedro José de Almeida. *A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias*. 2014. 327 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Em linhas gerais, os autores que tratam desses *benefícios* costumam apontá-los como "incentivos" que agentes políticos têm para apoiar a independência judicial, os quais podem ajudá-los a atingir os seus próprios fins políticos. Estes *benefícios* são tão significativos que atores políticos preferem um sistema judicial independente, mesmo que desaprovem decisões particulares ocasionais.

2.4.1.1 A teoria dos compromissos críveis

O ensaio inaugural de William Landes e Richard Posner, de 1975, denominado *The independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*³⁵⁵, indica um primeiro benefício que a atuação judicial (independente) traz aos atores políticos. Landes e Posner argumentam, basicamente, que a durabilidade da legislação, isto é, o período de tempo durante o qual uma lei deverá permanecer em vigor, constitui uma preocupação central nas interações entre os legisladores e os grupos de interesse. Se esses últimos acreditam que a legislação que garante os seus interesses pode ser facilmente revogada pela ação legislativa ou judicial, o *valor* dessa legislação diminui, assim como os *pagamentos* que os grupos de interesse estarão dispostos a fazer para que os legisladores assegurem esses interesses. Segundo os autores, os *pagamentos* assumem a forma de contribuições de campanha, votos, favores etc. Em suma, a legislação é "vendida" pelo legislador e "comprada" por seus beneficiários.³⁵⁶

Para aumentar o *valor* da legislação é preciso aumentar a sua durabilidade. Landes e Posner aduzem que isso é fornecido, em primeiro lugar, pelas regras do processo legislativo, e, em segundo lugar, pela existência de um Judiciário independente. As regras do processo legislativo tornam a aprovação das leis algo mais difícil e demorado, em razão dos custos de transação envolvidos na obtenção de um acordo entre os parlamentares. Além disso, uma vez aprovada uma lei, é improvável que ela seja alterada e revogada em um futuro muito próximo, em razão da pressão para a votação de outras questões. Não obstante, outras características do processo legislativo dificultam a aprovação rápida de novas leis, como o bicameralismo, o

³⁵⁵ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The independent judiciary in a interest-group perspective. *Journal of Law and Economics*, v.18, n.3, p.875-901, Dec. 1975.

³⁵⁶ *Ibid.*, p.877.

sistema de comissões etc. Essas regras do processo legislativo, portanto, têm o efeito de dotar a legislação, uma vez que é aprovada, de certa medida de durabilidade. E o resultado disso é o aumento do seu valor e, conseqüentemente, da "demanda por legislação" por parte dos grupos de interesse.³⁵⁷

Suponha-se, por exemplo, que o Congresso anterior tenha "vendido" um pesado imposto sobre um determinado produto, mas o próximo Congresso recebe incentivos para acabar com esse imposto. Nesse caso, é pouco provável que o Congresso consiga responder a essa demanda de forma rápida, já que o processo legislativo pode dificultar essa alteração. Mas se os juízes são dependentes da legislatura atual, eles podem se recusar a aplicar o imposto – considerando-o inconstitucional, por exemplo –, e o efeito será o mesmo que a revogação legislativa. Se o Judiciário é subserviente (ou dependente) à composição atual do Legislativo, portanto, ele poderá anular a legislação aprovada pela Legislatura anterior. Na medida em que os juízes são "dependentes", eles vão utilizar sua considerável margem de manobra interpretativa para reescrever a legislação em conformidade com os pontos de vista dos interesses dos políticos atuais, prejudicando, assim, o "contrato" feito entre o Legislativo anterior e o grupo de interesse que "adquiriu" a legislação.³⁵⁸

Por outro lado, se assumirmos que o Judiciário, que é "independente" – isto é, que não é subserviente aos interesses da legislatura atual –, vai interpretar e aplicar a legislação de acordo com o entendimento do Legislativo original, daí se segue que ele irá facilitar ao invés de, como convencionalmente se acredita, limitar a prática de grupos de interesse. Em outras palavras, assim como as regras do processo legislativo, o Poder Judiciário independente aumenta o custo para que um novo "interesse" seja colocado em prática. Sob essa ótica, o Judiciário independente é uma forma de diminuir a influência de grupos de interesses atuais sobre a interpretação e a aplicação da legislação. Assim, é precisamente porque constribe os interesses atuais que a independência judicial melhora a posição dos legisladores, aumentando o valor do produto que eles são capazes de fornecer aos grupos de interesse.³⁵⁹

³⁵⁷ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The independent judiciary in a interest-group perspective. *Journal of Law and Economics*, v.18, n.3, p.878-879, Dec. 1975.

³⁵⁸ *Ibid.*, p.879.

³⁵⁹ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.107.

Landes e Posner reconhecem que é irrealista supor que o Judiciário é totalmente independente dos ramos políticos, pois estes últimos podem ameaçá-lo, por meio de assédios orçamentais, recusa no cumprimento de decisões, alteração de sua composição, retirada de sua competência etc. Contudo, os autores entendem que, no geral, tais *ataques* ocorreram com pouca frequência, mesmo em períodos de intensa hostilidade contra decisões judiciais, e isso porque os custos da sua utilização são altos demais em relação aos benefícios que se pode ter com o seu manejo. Prejudicar o Judiciário implica na imposição de custos a todos aqueles que "usam" os tribunais, sejam os grupos que se beneficiam da legislação promulgada pela antiga legislatura, sejam os grupos que buscam beneficiar-se de alguma legislação que a atual legislatura promulgou.³⁶⁰ Para os autores, a existência desses mecanismos para coagir o Judiciário, e a consequente opção dos atores políticos em não os empregar, ajuda a explicar a importância de um Judiciário independente.

Se os tribunais não fossem valorizados – por fazerem valer a legislação tal como promulgada pela legislatura anterior –, a imposição desses mecanismos para "atacar" o Judiciário não seria visto como algo "caro" pelas legislaturas atuais, e, conseqüentemente, tais medidas seriam impostas com frequência. Segundo Landes e Posner, o valor dos tribunais decorre em grande parte do fato de que eles proferem decisões de acordo com o significado original da lei promulgada, ao invés de moldarem-se às preferências das legislaturas sucessivas. Em suas palavras: "a capacidade dos tribunais para manter sua independência em relação aos poderes políticos pode depender pelo menos em parte da sua vontade de cumprir os 'contratos' de legislaturas anteriores, de acordo com o entendimento original do 'contrato'".³⁶¹

Os argumentos de Landes e Posner foram veementemente atacados^{362,363}, porém, o estudo é inaugural em fornecer a base para uma vertente importante da doutrina que coloca

³⁶⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The independent judiciary in a interest-group perspective. *Journal of Law and Economics*, v.18, n.3, p.885, Dec. 1975.

³⁶¹ LANDES; POSNER, loc. cit.

³⁶² Em um trabalho específico sobre o tema, Donald J. Boudreaux e A. C. Pritchard sustentam que a teoria de Landes e Posner é "deficiente" em duas direções. Em primeiro lugar, Landes e Posner afirmam que a independência judicial permite que os legisladores "vendam" normas para favorecer os grupos de interesse com maior valor, uma vez que um Judiciário independente garantirá maior durabilidade a essas normas (pois as interpretará de acordo com o seu sentido original), ao contrário do que ocorreria caso o Judiciário não fosse independente (neste caso, o Judiciário cederia aos interesses das legislaturas atuais e aplicaria as normas de acordo com os interesses dessas últimas). Para Boudreaux e Pritchard, essa assertiva de Landes e Posner baseia-se no pressuposto de que os juízes compartilham um consenso normativo na aplicação das normas, que favorece a aplicação da "intenção original". Para os autores, a teoria de Landes e Posner pauta-

questões de *credibilidade* no coração da explicação da independência judicial. Isso porque no argumento dos autores, os legisladores querem aumentar a credibilidade dos acordos legislativos, e é o desejo de melhorar a credibilidade desses acordos que os induz a manter um Judiciário independente. Muitas vezes, por exemplo, pode ser do interesse dos atores políticos eleitos comprometerem-se com certos cursos de ação, mas precisam fazer os seus compromissos críveis para melhorar os benefícios de sua ação. Sob essa ótica, os compromissos decorrentes dessas ações podem se tornar críveis mediante a criação e a manutenção de um sistema judicial independente que pode garantir que eles serão colocados em prática.³⁶⁴

se na noção de que o juiz aplica a lei de acordo com a intenção original do legislador (que por sua vez, reflete os interesses da maioria "popular" democrática). Segundo Boudreaux e Pritchard, embora as teorias contemporâneas de interpretação jurídica deem algum peso à intenção original, ela não é a única consideração, e talvez nem mesmo a dominante. Em segundo lugar, Landes e Posner afirmam que o Judiciário é "dependente" dos outros ramos – detidamente do Legislativo – para manter a sua independência. Eles sugerem que os juízes são "compelidos" de alguma maneira a interpretar as leis de acordo com o seu sentido original, uma vez que, caso não o façam, o Legislativo poderá não ter incentivos para preservar um Judiciário independente, e, desse modo, tenderá a utilizar de mecanismos para "afrontar" a independência (como assédios orçamentários, alteração do tamanho da Corte, mudança em sua jurisdição etc.). Para Boudreaux e Pritchard, no entanto, Landes e Posner não explicam de forma satisfatória como o Legislativo induz os juízes a decidir a partir da intenção original, ou seja, para eles, Landes e Posner não identificam nenhum mecanismo crível de como o Legislativo pode sancionar os juízes que não aplicam a intenção original. Isso por que, para Boudreaux e Pritchard, mecanismos como assédios orçamentários, alteração do tamanho da Corte, mudança em sua jurisdição etc., provavelmente não serão eficazes, conforme comprova a experiência histórica. Segundo entendem, é difícil impedir os juízes a dar vazão aos seus valores pessoais e políticos, se é isso que eles querem fazer. Por outro lado, Boudreaux e Pritchard afirmam que, ainda que se admitisse que os juízes são "agentes da legislatura" – como compreendem Landes e Posner –, ainda assim os juízes estariam mais propensos a interpretar de acordo com as legislaturas atuais, e não de acordo com as legislaturas passadas. Até porque as legislaturas atuais ainda possuem algum poder – limitado – sobre o Judiciário, enquanto as legislaturas passadas não têm mais nenhum poder. Em suma, para Boudreaux e Pritchard, o fracasso de Landes e Posner em especificar um mecanismo crível pelo qual os juízes interpretam segundo a intenção original (impondo as "barganhas" passadas dos grupos de interesse) deixa um "buraco" em sua teoria (BOUDREAUX, Donald J.; PRITCHARD, A. C. Reassessing the role of the independent judiciary in enforcing interest-group bargains. *Constitutional Political Economy*, v.5, n.1, p.1-21, 1994.).

³⁶³ Mathew Stephenson critica a teoria de Landes e Posner por três razões: (i) a teoria presume que os tribunais independentes vão cumprir a intenção original da legislatura anterior, mas o argumento dos autores não pode explicar um tribunal independente que não segue fielmente essa abordagem (legalista); (ii) a teoria não é um equilíbrio, pois embora a utilidade de cada legislatura seja maximizada quando todas as legislaturas respeitam a independência judicial, cada legislatura ainda tem um incentivo para atuar livremente (qualquer legislatura individualmente faz melhor se ignora as decisões judiciais, mas as legislaturas subsequentes as respeitam); (iii) a explicação supervaloriza a independência judicial, mas não está claro como o modelo pode explicar Cortes não independentes (STEPHENSON, Matthew C. 'When the devil turns': the political foundations of independent judicial review. *Journal of Legal Studies*, v.32, p.62, 2003).

³⁶⁴ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.107-108.

Douglas North e Barry Weingast contam as origens da independência judicial na Inglaterra do século XVII e oferecem um exemplo ilustrativo. Ao estabelecer incentivos adequados ao investimento e empreendedorismo, um compromisso firme que um governo vai respeitar e fazer respeitar são os direitos de propriedade, criando condições favoráveis para o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a criação de um sistema judicial independente fornece um mecanismo importante para alcançar este objetivo.³⁶⁵ Como Ulisses, que tinha que permanecer amarrado ao mastro, os atores políticos podem garantir compromissos críveis à propriedade, estabelecendo e mantendo um Judiciário independente que pode proteger os cidadãos contra invasões à sua propriedade. Como em Landes e Posner, a independência judicial serve os interesses de longo prazo dos atores políticos porque lhes fornece um obstáculo às tentações de curto prazo. Restrição de poder é, portanto, preferível para esses atores ao invés de um poder sem restrições.³⁶⁶

Nessa mesma linha, Mancur Olson desenvolve uma análise que se aproxima da teoria de Landes e Posner. O autor argumenta que as instituições democráticas, incluindo um Poder Judiciário independente, permitem que sejam feitos "críveis" os compromissos democráticos – tais como o direito à propriedade privada, garantias contratuais, direitos individuais etc. –, pois um Judiciário independente é capaz de restringir os governantes e fazer valer direitos, satisfazendo, assim, os interesses de longo prazo dos cidadãos e também dos governantes.³⁶⁷

2.4.1.2 A teoria informacional

Outro benefício que a atuação judicial traz aos atores políticos recai sobre a utilidade informativa que o Judiciário pode conferir ao Legislativo, por meio da *judicial review*. James Rogers sustenta que os legisladores enfrentam incertezas quanto ao resultado real que um

³⁶⁵ NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry R. Constitutions and Commitment: the evolution of institutions governing public choice in seventeenth-century England. *The Journal of Economic History*, v.49, n.4, p.803-832, Dec. 1989.

³⁶⁶ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.108 et seq.

³⁶⁷ OLSON, Mancur. Dictatorship, democracy, and development. *American Political Science Review*, v.87, n.3, p.567-576, sep. 1993.

determinado projeto de lei (que implementa uma dada política) irá apresentar depois de aprovado. Isso porque eles costumam apoiar os projetos de lei (e as respectivas políticas) a partir de seu impacto projetado e não de seu efeito concreto. Porém, infelizmente, em muitas políticas o impacto real pode depender de circunstâncias empíricas que não podem ser perfeitamente antecipadas e (ou) previstas.

Como resultado, é possível que uma política, uma vez implementada, tenha consequências inesperadas e indesejáveis, que se tivessem sido previstas na fase legislativa teriam impedido a aprovação do projeto.³⁶⁸ É para remediar esse problema que Rogers afirma que os tribunais (independentes) podem ser úteis às maiorias legislativas. Como os tribunais revisam a legislação cronologicamente depois do legislador, eles têm melhores informações sobre o impacto real de uma determinada lei em relação à informação que estava disponível para o Congresso quando ele promulgou a lei.

O Judiciário pode ouvir os casos à luz de suas *consequências realizadas* e também tem acesso a um tipo diferente de informação: no ambiente judicial é possível ouvir o demandante que sofreu uma lesão 'concreta' e 'particularizada' (ao invés de questões 'conjeturais' ou 'hipotéticas' que possam vir a ocorrer, como no âmbito legislativo). Como resultado dos papéis institucionalmente especializados, cada ramo adquire tipos de informações diferentes, e, com base nas informações adicionais que o Poder Judiciário possui, os juízes podem ser capazes de filtrar a "legislação ruim".

Dados os altos custos de transação política para a revogação de uma determinada legislação e a escassez de tempo legislativo, eliminar uma lei indesejável por meio de um veto judicial pode ser mais eficiente do ponto de vista dos parlamentares do que ter que revogá-la eles mesmos. Em outras palavras, quando o Judiciário revoga uma legislação que produziu consequências não intencionais e indesejáveis – que não conseguiram ser previstas na fase legislativa –, os juízes podem estar realizando um serviço que as maiorias legislativas valorizam.³⁶⁹

Segundo Rogers, um Judiciário independente (com poder de *judicial review*) acrescenta um componente informativo único no processo político, que seria difícil ao Congresso obter de outra forma.³⁷⁰ Ele destaca também que a existência de *judicial review* informativa altera a

³⁶⁸ ROGERS, James. Information and Judicial Review: a signaling game of legislative-judicial interaction. *Journal of Political Science*, v.45, n.1, p.84-88, jan. 2001.

³⁶⁹ ROGERS, loc. cit.

³⁷⁰ ROGERS, loc. cit.

estrutura de incentivos do Legislativo para promulgar uma legislação, induzindo-o a aumentar a quantidade e diminuir a qualidade informacional média da legislação que promulga em contraposição a um cenário em que um Judiciário independente, com *judicial review*, por hipótese, não exista. Como a legislatura pode contar com a segurança judicial, ela pode dar-se ao luxo de assumir maiores riscos potenciais na aprovação da legislação, o que resulta em melhores políticas sendo colocadas em prática do que existiriam caso os legisladores fossem forçados a confiar apenas em suas próprias avaliações e se afastar de políticas consideradas mais arriscadas.^{371,372}

Contudo, apesar dos benefícios da *judicial review* informativa, Rogers reconhece que os tribunais podem usar o veto judicial não só informativamente, e, nesse caso, estarão ajudando o Congresso a atingir os seus objetivos políticos, como também podem utilizar o veto a partir de suas próprias preferências políticas, uma vez que os tribunais podem ter preferências que irão divergir do Congresso sobre uma dada lei contestada. Nesse último caso, os tribunais estarão minando, segundo Rogers, a capacidade de o Congresso atingir os seus fins.³⁷³ Apesar disso, o autor defende que, no cômputo geral, o Legislativo irá tolerar um Judiciário independente (com *judicial review*), e, apesar de dispor de variados mecanismos para "discipliná-lo" por sua posição divergente – por exemplo, retirando-lhe jurisdição, alterando o tamanho da Corte, não aumentando os salários dos juízes etc. –, esses mecanismos não são empregados porque as maiorias legislativas se beneficiam da *judicial review* informativa, e isso compensa o que elas "perdem" para os tribunais quando estes têm preferências divergentes.³⁷⁴

³⁷¹ WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.452, 2003.

³⁷² Na linha de Rogers, Ginsburg destaca a vantagem "informacional" do controle de constitucionalidade *ex post* em comparação com o controle de constitucionalidade prévio (*ex ante*). Em sua argumentação, o autor destaca que uma revisão *ex post* permite mais reivindicações: um requerente pode argumentar não apenas que a lei é inconstitucional no seu conteúdo ou propósito, mas também nos seus resultados. A revisão *ex ante*, por sua vez, pode aumentar a qualidade média da legislação (projetos de lei evidentemente inconstitucionais não serão aprovados). Mas a revisão *ex post* pode ter um efeito similar. Demonstrando que a legislação não pode ser implementada de forma eficaz, a revisão *ex post* pode reduzir os incentivos para manter tal legislação. A medida que a revisão depois da aprovação permite mais informações, pode haver uma vantagem no monitoramento *ex post* (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003. p.39).

³⁷³ ROGERS, James. Information and Judicial Review: a signaling game of legislative-judicial interaction. *Journal of Political Science*, v.45, n.1, p.88, jan. 2001.

³⁷⁴ *Ibid.*, p.94-98.

A legislatura, portanto, respeita a atuação divergente do Poder Judiciário porque, se ela negar independência aos tribunais para manifestar preferências políticas divergentes, ela também estará eliminando a *judicial review* informativa quando os tribunais têm preferências convergentes (o que lhe é benéfico).³⁷⁵ Rogers não fornece exemplos empíricos ou ilustrações para apoiar sua análise formal de *judicial review* informacional, porém, felizmente, Mark A. Graber apresenta detalhadamente um episódio histórico que pode ser facilmente enquadrado em termos informativos.³⁷⁶

A Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a Presidência de John Marshall e Roger Taney, ouviu um número de casos que envolveram concessões de terras do Congresso nos territórios ocidentais para indivíduos. Essas disputas surgiram porque em muitos casos o Congresso concedeu as mesmas terras para mais de uma pessoa em diferentes leis de concessão. Embora a análise das leis levasse à interpretação de que a lei posterior revogava a anterior, a Corte afirmou nesses casos que uma vez que a lei anterior havia criado direitos adquiridos de propriedade, então, a lei posterior não poderia revogar tais direitos. Portanto, as concessões de terra posteriores feitas pelo Congresso foram consideradas inconstitucionais, uma vez que transferiam terras de um indivíduo para outro, sem consentimento ou compensação.

Porém, ao invés de simplesmente "derrubar" um conjunto de leis como inconstitucionais, a Corte buscou tornar essas concessões consistentes com as normas constitucionais. Na pressa do Congresso para abrir os territórios e na confusão de fazer um grande número de concessões, os erros acabaram sendo frequentes, e nesses casos a Corte avançou claramente em princípios constitucionais que foram amplamente aceitos pelo órgão legislativo. Quando o Judiciário ouviu o problema resultante, ele foi capaz de resolver toda a "bagunça".³⁷⁷

Conforme enfatiza Keith Whittington, os casos de concessão de terras descritos por Graber parece se ajustar ao modelo de *judicial review* informativa descrita por Rogers. Esses casos envolveram situações em que o Congresso enfrentava incerteza substancial *ex ante* sobre os efeitos reais das suas leis de concessão, enquanto a Corte possuía mais informações *ex post* sobre esses efeitos. A *judicial review* informativa foi benéfica ao Congresso, que pôde ajustar

³⁷⁵ GRABER, Mark A. Naked Land Transfers and American Constitutional Development. *Vanderbilt Law Review*, v.53, p.73-121, 2000.

³⁷⁶ GRABER, loc. cit.

³⁷⁷ GRABER, loc. cit.

as suas políticas de concessão de terras, explorando o registro factual criado a partir dos casos levados à Corte.³⁷⁸

2.4.1.3 Teoria da delegação de questões difíceis e impopulares

Outro benefício que um Judiciário (independente) traz aos atores políticos está relacionado à capacidade do Judiciário tomar decisões difíceis (e (ou) impopulares) em seu lugar. Keith Whittington argumenta que a possibilidade de delegação desse tipo de decisões ao Judiciário auxilia os agentes eleitos a gerenciar a ameaça eleitoral. Segundo o autor, a eleição é um mecanismo para tornar esses agentes *accountable* por suas decisões e ações políticas, por isso, para eles, *accountability* eleitoral significa risco profissional. Em um ambiente eleitoral competitivo, cada decisão política traz o risco de que ela pode voltar a assombrar atores políticos na época da eleição, e, muitas vezes, lhe custar o cargo.³⁷⁹

Em alguns contextos eleitorais, essa carga pode ser suportada pelos líderes partidários, que calculam os custos de ações legislativas para o destino político do seu partido; e em outros, a carga pode ser suportada pelos agentes eleitos individualmente, que podem ser mantidos responsáveis por sua atuação individual. Sem surpresa, a ameaça eleitoral leva esses agentes eleitos a procurar minimizar as chances de que serão colocados para fora do cargo.³⁸⁰

Conforme sustenta Eli Mordechai Salzberger, embora os agentes eleitos possam delegar questões difíceis (e (ou) impopulares) para outras instituições (por exemplo: agências administrativas, Estados em um governo federal, banco central etc.), a ideia de independência judicial é algo que diferencia o Judiciário desses outros órgãos. Essa característica afasta o Judiciário dos ramos eleitos mais do que a maioria das outras instituições, o que ajuda a maximizar a mudança de responsabilidade sempre que necessário.

De acordo com o autor, os agentes eleitos, tentando maximizar o seu apoio político, comumente fazem uma análise da relação "custo-benefício político" quando optam por

³⁷⁸ WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.452 et seq., 2003.

³⁷⁹ Ibid., p.455 et seq.

³⁸⁰ Ibid., p.455-456.

delegar uma questão difícil (ou impopular) a outra instituição. Considerando que o apoio ou a oposição a uma dada legislação (ou política) pode influenciar ou até determinar se os eleitores vão dar o seu voto ou apoio aos agentes eleitos (ou aos seus partidos), às vezes pode valer a pena ao agente eleito (ou a seu partido) abster-se de se posicionar sobre um dado assunto, delegando-o para que outra instituição o resolva.³⁸¹ Salzberger aduz que o fato de os agentes eleitos (ou os seus partidos) raramente utilizarem medidas institucionais para "punir" o Judiciário, ainda que ele tome decisões contra seus interesses, demonstra que os custos em limitar a independência judicial não valem a pena, pois, se esses agentes (ou seus partidos) afrontam a independência judicial, eles perdem o benefício de delegar questões difíceis (e (ou) impopulares) para os tribunais independentes.³⁸²

Mark Graber apresenta um exemplo ilustrativo que demonstra como os agentes eleitos podem ter interesse em delegar questões difíceis (e (ou) impopulares) a um Judiciário independente: o caso do aborto nos Estados Unidos. Esse tema foi delegado primariamente para o Poder Judiciário resolver. O assunto desde longa data tem sido uma questão que legisladores norte-americanos, em razão do alto custo eleitoral, sempre evitaram o quanto puderam. Quando a Suprema Corte norte-americana, em 1973, derrubou as restrições estaduais sobre o aborto, em geral, existiu uma grande satisfação política. Muitos legisladores achavam melhor ter um tribunal que decidisse a questão, ao invés de eles mesmos terem que tomar a decisão.³⁸³ Depois da Suprema Corte ter se posicionado em *Roe vs. Wade*, os agentes eleitos, em especial os legisladores, entenderam que o Judiciário deveria continuar sendo o fórum responsável para resolver debates sobre o aborto.

Nas décadas de 1970 e 1980, a maioria legislativa votou contra a promulgação de leis ou emendas constitucionais que visavam negar às mulheres o direito a interromper a gravidez. No final do século XX, a maioria lutou contra propostas que visavam tirar da Suprema Corte ou dos tribunais federais inferiores jurisdição para tratar do assunto. De modo geral, os esforços pró-vida que buscaram retirar do Judiciário federal o poder para julgar o tema nunca receberam apoio substancial nem da Câmara (*House of Representatives*), nem do Senado

³⁸¹ SALZBERGER, Eli M. A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why do we have an Independent Judiciary? *International Review of Law and Economics*, v.13, p.358-364, 1993.

³⁸² Ibid., p.364.

³⁸³ GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary. *Studies in American Political Development*, n.7, p.53-61, 1993.

(*Senate*). Ainda que centenas de emendas constitucionais tenham sido introduzidas nos anos seguintes à decisão *Roe vs. Wade*, apenas uma delas conseguiu ter êxito: a *Hatch Amendment*, que nem legalizava, nem criminalizava o aborto, mas apenas exigia que legislativos estaduais decidissem *quando* as mulheres podiam legalmente interromper a gravidez.³⁸⁴

Na década de 1980, as forças pró-vida conseguiram o apoio da presidência. O Presidente Ronald Regan anunciou hostilidade em relação ao aborto e propôs legislação para restringi-lo, porém, não conseguiu grande êxito em alterar a posição adotada pela Suprema Corte. À época, o Partido Republicano procurava manter a unidade partidária em questões essenciais (como a luta contra o *welfare state*), optando por tirar ênfase sobre a legislação e emendas constitucionais que exacerbassem as divisões internas dentro do Partido, como era o caso do aborto. Dessa forma, a melhor solução encontrada por Regan foi buscar apoio de juízes "simpáticos" às suas posições sobre o tema. O Presidente procurou então colocar juízes conservadores na Suprema Corte, a fim de que eles auxiliassem na tarefa de alteração do *status quo*.

Muitos Senadores que não estavam dispostos a tomar uma posição "firme" contra o aborto, mas que eram contrários a ele, mostravam-se dispostos a confirmar as nomeações judiciais de Regan. Essa dinâmica perdurou pelo menos durante os seis primeiros anos de seu mandato, porém, se modificou quando Regan tentou colocar o juiz Robert Bork na Suprema Corte. Na ocasião, o Senado não aprovou a indicação de Bork, em parte, porque os ativistas pró-escolha foram capazes de convencer o público de que votar a favor de Bork era o mesmo que derrubar "Roe". Diante da reação pública, e do conseqüente risco de perda eleitoral, o Senado tratou logo de rejeitá-lo.³⁸⁵

Como a questão do aborto apresenta um custo eleitoral muito alto, a mudança de responsabilidade neste caso desempenhou um papel significativo na maximização do apoio público.³⁸⁶ Os agentes eleitos quiseram manter esse caso impopular longe da espera política, optando por "judicializá-lo". Mark Graber destaca, ainda, que muitas vezes a delegação sobre esses temas é do interesse dos líderes partidários, que buscam afastar da política assuntos

³⁸⁴ GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary. *Studies in American Political Development*, n.7, p.53-61, 1993.

³⁸⁵ GRABER, loc. cit.

³⁸⁶ SALZBERGER, Eli M. A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why do we have an Independent Judiciary? *International Review of Law and Economics*, v.13, p.363, 1993.

"divisivos" que fragmentam a base do partido, a fim de viabilizar que ele se una em torno de questões centrais aos seus interesses (ou bandeiras) mais "vitais".

O autor destaca que uma eventual decisão judicial raramente, ou nunca, vai restringir o debate público sobre questões divisivas. As partes que se sentem lesadas pela decisão da Corte vão contestá-la e condenar o ativismo (ou passividade) judicial, insistindo para que os seus representantes tomem medidas para "disciplinar" a Corte. No entanto, a prática de "passar a bola" pode diminuir a relevância da questão na arena político-eleitoral, o que permite aos partidos políticos manterem a sua "união" em torno de questões centrais aos seus interesses (ou bandeiras)³⁸⁷, além, é claro, de permitir que os agentes eleitos não sejam responsabilizados pelo resultado decisório adotado pela Corte.

2.4.1.4 A teoria da superação de obstáculos

Outro benefício que um Judiciário (independente) traz aos atores políticos está na sua capacidade para auxiliar os agentes eleitos a superar obstáculos durante o curso do seu mandato. Quando esses agentes estão obstruídos na implementação de sua agenda política, um Judiciário independente pode ser um aliado útil a superar obstáculos e alterar o *status quo*, embora nem sempre seja possível prever se ele atuará de forma convergente com os atores no poder.³⁸⁸ Whittington apresenta três conjuntos de temas que podem trazer barreiras à ação bem-sucedida dos atores políticos no poder. Em cada um dos temas, os agentes políticos podem mostrar-se ou incapazes, ou relutantes, em derrubar essas barreiras eles mesmos, de modo que o exercício da *judicial review* por um Judiciário independente auxilia nessa tarefa.

O primeiro tema apresentado por Whittington é o federalismo. Em um sistema político federal, a capacidade do Judiciário de controlar a ação dos Estados é algo atraente, pois, à medida que os governos estaduais podem afastar-se das preferências políticas do legislador nacional, alguma forma de veto sobre a legislação estadual é essencial para manter a integridade de uma União federal e das políticas nacionais. O governo nacional deve ser capaz de

³⁸⁷ GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary. *Studies in American Political Development*, n.7, p.35 et seq., 1993.

³⁸⁸ WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v.99, n.4, p.583-596, nov. 2005.

proteger-se contra as ações estatais que subvertem a política nacional, e essa é uma atividade que eles seriam incapazes de fazer por si próprios. Um Judiciário independente pode servir como um árbitro neutro, capaz de resolver controvérsias que envolvem os Estados e a União, estabelecendo soluções pacíficas e eficientes para eventuais disputas.³⁸⁹

Tratando da Suprema Corte norte-americana, Whittington aduz que a sua atuação em questões federativas tem sido um importante gerador de apoio político à instituição, uma vez que ela tem imposto a sua agenda constitucional compartilhada sobre os recalcitrantes atores do Estado que dificultam metas políticas nacionais. Em diversas circunstâncias históricas, a Suprema Corte posicionou-se favoravelmente aos interesses nacionais, em detrimento aos interesses dos Estados. Cite-se como exemplo o caso *McCulloch versus Maryland* (1819), em que a Corte declarou a constitucionalidade de uma lei federal que instituía o segundo Banco dos Estados Unidos e inválida uma lei estadual de Maryland, que o tributava. Cite-se também o caso *Gibbons vs. Ogden* (1824), em que a Suprema Corte derrubou o monopólio estadual sobre transporte por navios, que violava o controle nacional sobre o comércio interestadual. Os dois episódios demonstram como a Suprema Corte – sob a presidência de Marshall – restringiu as políticas estaduais onde elas interferiram nas atividades do governo nacional.³⁹⁰ Para além desses casos célebres, a Suprema Corte frequentemente usou o poder de *judicial review* para trazer os Estados na linha da visão nacional dominante.³⁹¹

O segundo tema explorado por Whittington é a questão da superação de interesses entrenchados na atividade política, os quais podem obstruir a ação direta dos agentes eleitos. Tratando do contexto norte-americano, o autor afirma que é comum no cenário político dos Estados Unidos os agentes eleitos enfrentarem oposição para alterar o *status quo*, e, além disso, em várias ocasiões os interesses arraigados frustram uma eventual reforma, muitas vezes mantendo um *status quo* "parcimonioso" em nome de interesses egoísticos. Nessas circunstâncias,

³⁸⁹ WHITTINGTON, Keith. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.456-459, 2003.

³⁹⁰ Nas palavras de Lawrence Baum: "sob a presidência de Marshall, a Corte deu forte apoio aos poderes nacionais. Marshall interessava-se especialmente por restringir as políticas estaduais onde aquelas políticas interferissem com atividades do governo nacional, especialmente seu poder de regulamentar o comércio. Sua posição foi exemplificada pelo caso *Gibbons versus Ogden* (1824), que derrubou um monopólio estadual sobre transporte por navios que violava o controle nacional sobre o comércio interestadual, e pelo caso *McCulloch versus Maryland* (1819), que limitou o poder estadual de tributar um banco de carta nacional" (BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisersitária, 1987. p.39).

³⁹¹ WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v.99, n.4, p.586-587, nov. 2005.

um Judiciário independente pode ser útil para a alteração da situação vigente, pois pode colaborar para "desalojar" os atores e (ou) interesses entrincheirados que obstruem a ação política. Um exemplo nesse sentido é a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Backer versus Carr* (1962), em que a Corte redefiniu os distritos eleitorais no país, ante a uma situação de "inércia política". No caso, existiam interesses entrincheirados que se beneficiavam do *status quo* e, por isso, não havia perspectiva de que qualquer ação seria adotada para alterar a realidade em um futuro próximo.³⁹²

Em suma, a circunstância de "inércia" política ocorreu porque o Partido Democrata angariava os seus votos nos distritos urbanos, enquanto o Partido Republicano nos distritos rurais. A forma como os distritos estavam desenhados prejudicava o Partido Democrata, que por sua vez, conseguia proporcionalmente menos assentos no Congresso. Como o Partido Republicano beneficiava-se do *status quo*, ele não tinha interesse em realizar qualquer reforma que modificasse a forma como estavam estabelecidos os distritos eleitorais. Diante disso, e conscientes da "inércia" que se estabeleceu na esfera legislativa, os Democratas e a mídia liberal passaram a defender a resolução da questão na esfera judicial.

Na ocasião, o juiz Tom Clark, que inicialmente iria apresentar um voto dissidente, passou a defender a intervenção do Judiciário no caso, afirmando que não conseguia avistar outro meio para que aquela reforma fosse realizada a não ser pela via judicial³⁹³, ou seja, o Poder Legislativo – que constituía o *locus* adequado para promover a reforma –, era incapaz de fazê-lo por si só. Esse raciocínio também foi apresentado na argumentação oral feita pelo *Solicitor General* Archibald Cox, da administração Kennedy, que atuou como *amicus curie* (a sua posição acabou figurando na maioria dos votos dos juízes que atuaram no caso).³⁹⁴

O terceiro e último tema explorado por Whittington é o das coalizões heterogêneas. Segundo o autor, os partidos políticos norte-americanos muitas vezes apresentam coalizões políticas "rebeldes" e a unidade partidária muitas vezes ocorre a custo de acordos políticos substanciais. Diante disso, para os líderes partidários, o emprego do veto judicial sobre uma determinada lei pode não necessariamente ser algo ruim, pois pode ser útil para desfazer os

³⁹² Cf. LOEWENSTEIN, Karl. La función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: comentário en torno al caso Baker v. Carr. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, p.5-39, 1954.

³⁹³ WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v.99, n.4, p.588, nov. 2005.

³⁹⁴ WHITTINGTON, loc. cit.

acordos feitos nas arenas políticas e legislativas, suavizar as relações legislativas dos membros das coligações políticas rebeldes e proporcionar alguma medida de segurança adicional aos compromissos centrais de líderes partidários e Presidentes.

Whittington cita como exemplo a invalidação da *federal income tax*, pela Suprema Corte norte-americana, em 1892. A compreensão do caso demanda uma breve análise dos acontecimentos: o Partido Republicano defendia a proteção tarifária (*protective tariff*) contra produtos importados como característica peculiar do partido, ao passo que o Partido Democrata defendia o livre mercado. Em 1892, no 53.º Congresso Americano, os Democratas dominaram o Congresso e a presidência, tendo na ocasião o Presidente Grover Cleveland – que iniciava o seu segundo mandato – afirmado que a proteção tarifária era prejudicial aos consumidores e um exemplo de corrupção no governo. Por isso, ele fez da reforma tarifária (*tariff reform*) o tema central de seu segundo mandato.³⁹⁵

Cleveland atuou ativa e pessoalmente no processo de elaboração e de negociação política de uma reforma tarifária, entendendo que a medida era essencial ao futuro do partido. Entretanto, o cenário era de depressão econômica e *déficits* orçamentários crescentes, razão pela qual uma reforma tarifária era um tema difícil para ser deliberado. Alguns parlamentares recém-empossados adivinham de distritos industriais e, por isso, posicionaram-se contrários à redução das tarifas de importação; outros temiam que a reforma tarifária não fosse coerente com o equilíbrio orçamentário caso não houvesse o acréscimo de outro imposto. Na ocasião, o Presidente Cleveland, tentando acalmar esses últimos, admitiu a inclusão de um pequeno imposto sobre rendimentos derivado de certos investimentos corporativos, o qual poderia ser elevado assim que o clima fiscal melhorasse.

No entanto, isso não foi suficiente para a aprovação da reforma. Embora o Presidente já tivesse rejeitado os esforços para incluir um imposto de renda pessoal (*personal income tax*) no projeto de lei tarifário (*tariff bill*), o custo para a aprovação de qualquer reforma significativa, inclusive com a participação de outros partidos – cuja aprovação era necessária para o sucesso da reforma –, era a inclusão de uma medida de imposto de renda (*income tax measure*) no projeto de lei tarifário.³⁹⁶

³⁹⁵ WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v.99, n.4, p.589, nov. 2005.

³⁹⁶ *Ibid*, p.589-590.

Além dessas dificuldades dentro da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*), no Senado a situação foi ainda mais difícil e outros compromissos se fizeram necessários para a aprovação da reforma. Cleveland não ficou satisfeito com o resultado da reforma, tendo o projeto se tornado lei (*Tariff Act of 1894*) sem a sanção presidencial. O aumento de 2% na tributação de rendimentos pessoais (acima de U\$ 4.000) era uma proposta que iria atingir em maior grau cidadãos de quatro Estados: New York, New Jersey, Pennsylvania e Massachusetts, todos essenciais nas coalizões que levavam os Democratas à Casa Branca. Diante desse quadro, quando a lei que instituía a reforma tarifária foi submetida à Suprema Corte, e esta derrubou a parte da lei que criava a *federal income tax* como inconstitucional³⁹⁷, esse veto à legislação recém-aprovada não foi algo visto com maus olhos pelo Presidente Cleveland, ao contrário, o veto atendeu aos seus interesses e às ações políticas articuladas pelo Presidente desde o início da luta pela reforma tarifária.³⁹⁸

2.4.1.5 Teoria do seguro político e similares

Outro benefício que um Judiciário (independente) traz aos atores políticos não incide propriamente sobre os interesses destes últimos, mas sobre os interesses dos partidos que eles ocupam e a posição que esses partidos assumem em diferentes momentos históricos. Como se sabe, a política democrática envolve a alternância de poder e, em um contexto de competição eleitoral estável, dificilmente os partidos podem controlar permanentemente as alavancas do poder. Assim, eles tendem a cuidar dos seus interesses não apenas quando estão à frente do governo, mas também quando estão fora dele. Como resultado, os partidos podem ter interesse em preservar um Judiciário independente.³⁹⁹ Se eles assumem que não estarão permanentemente *no comando*, então, manter um Judiciário independente passa a ser algo interessante, uma vez

³⁹⁷ WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v.99, n.4, p.590, nov. 2005.

³⁹⁸ WHITTINGTON, loc. cit.

³⁹⁹ RAMSEYER, Mark. The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach. *Journal of Legal Studies*, v.23, p.721-747, jun. 1994.

que este poderá ser utilizado como um espaço de reivindicação de interesses do partido que perdeu o poder, para refrear o governo *da ocasião*.

Como a ideia de *seguro* sugere, os partidos políticos *pagam* um preço inicial com a restrição do seu poder quando estão à frente do governo, para usufruir de um Judiciário independente no futuro (quando possam reivindicar os seus interesses e afrontar os seus adversários). Nesse sentido, o Judiciário seria uma espécie de *apólice* de seguro, que pode ser utilizada em caso de perda eleitoral. Desde que o ambiente de instabilidade eleitoral permaneça, o próximo partido igualmente buscará preservar a independência judicial, porque também temerá perder o poder. Essa atuação dos partidos em um ambiente de competição eleitoral estável os coloca em uma situação que pode ser capturada pela lógica do dilema do prisioneiro⁴⁰⁰:

⁴⁰⁰ O dilema do prisioneiro é uma fábula que ficou amplamente conhecida. Por meio dela, usualmente é explicada a teoria dos jogos, que é um método matemático para abordar formalmente processos de tomada de decisão por agentes que reconhecem sua interação mútua. Um princípio básico da teoria dos jogos é que, em um dado jogo, todos os jogadores irão operar no sentido de maximizar os seus ganhos (ou minimizar as suas perdas). A fábula do dilema do prisioneiro conta basicamente o seguinte: dois ladrões, João e Pedro, se encontram casualmente e combinam roubar uma loja naquela noite. Chegando à loja, os ladrões arrombam a porta e começam a executar o roubo quando a polícia chega e os pega em flagrante. Levados à delegacia, eles são colocados em celas separadas e mantidos incomunicáveis. Interrogados simultaneamente, lhes são apresentadas as seguintes alternativas: calar-se ou confessar, e as respectivas penas associadas a cada uma delas: (i) se ambos ficarem calados, o que significa que João coopera com Pedro e Pedro coopera com João, cada um cumpre um ano de cadeia; (ii) se ambos confessarem, ou seja, João não coopera com Pedro nem Pedro coopera com João, os dois ficarão dois anos presos; (iii) se somente João confessar, e Pedro ficar quieto – o que significa que João deserta e Pedro coopera – João, aquele que desertou, sai livre, enquanto Pedro, que cooperou, fica cinco anos atrás das grades; (iv) se João se cala e Pedro confessa, sendo que João coopera com Pedro e Pedro deserta com João, João é quem fica cinco anos na cadeia, enquanto Pedro ganha a liberdade. Em um raciocínio matemático, algumas etapas devem ser consideradas: (a) à primeira vista, a opção mais atraente aparenta ser a cooperação recíproca, em que tanto João como Pedro se calam. Nesse caso, ambos ficam apenas um ano na cadeia, porém... (b) se eu sou o João e penso que Pedro vai ficar quieto, eu me saio melhor confessando (traindo). Nesse caso, na minha deserção (do João), aconteceria simultaneamente à cooperação de Pedro, o que leva ao melhor resultado possível para mim, que saio livre (mesmo que o Pedro mofe cinco anos na cadeia). Da mesma forma... (c) se me coloco no lugar de Pedro e penso que é o João quem vai ficar quieto, eu (Pedro) confesso e saio livre, ao passo que é ele (o João, que fica quieto) quem passa cinco anos na cadeia. Mas, por outro lado... (d) se eu (João ou Pedro, tanto faz) penso o oposto e acredito que o outro vai confessar, eu não posso ficar calado, pois, nesse caso, eu é que vou ficar cinco anos preso, enquanto o outro sai livre! (e) mais do que isso, se eu achar que o meu comparsa pensa exatamente como eu, concluo que ele vai confessar, o que me leva a um beco sem saída. Na prática, eu só posso confessar! E é efetivamente isso o que acontece: os dois prisioneiros confessam e passam, ambos, dois anos presos. A isso, chama-se "equilíbrio de Nash": a melhor decisão possível levando-se em conta a decisão que o outro deve tomar – o que revela o caráter interativo da teoria. Importante destacar, ainda, que o dilema do prisioneiro também pode ser pensado em jogadas repetidas. Utilizando o exemplo anterior, vamos imaginar que os dois comparsas formem uma quadrilha que vem roubando lojas há anos, e que pretendem continuar assim no futuro. Partindo da análise da teoria dos jogos, vamos ver o que acontece com mais de uma rodada: (i) se a dupla age cooperativamente, com ambos mantendo silêncio quando presos, a primeira rodada vai resultar em um ano de cadeia para cada um, mesma pena que cada um vai pegar nas rodadas subsequentes. Supondo que a dupla caia nas mãos da polícia por cinco vezes, o total da pena para ambos seria $1 + 1 + 1 + 1 + 1 = 5$ anos de cadeia no total. Mas se, por outro lado, um dos prisioneiros trai o outro na primeira rodada, ele vai conseguir um resultado melhor inicialmente (a liberdade = 0), mas ele nunca mais vai obter a cooperação do comparsa nas próximas rodadas, e nas mesmas cinco vezes ele vai obter

embora cada partido prefira não se sujeitar ao controle judicial durante o seu governo, eles podem estar dispostos a tolerar essa restrição na expectativa de que outros partidos também irão respeitar um sistema judicial independente quando chegarem ao poder. Sob essa ótica, "a autonomia judicial é mantida pela reciprocidade entre os atores políticos, tentando proteger os seus interesses enquanto fora do poder".⁴⁰¹

Porém, a manutenção da independência judicial por parte dos partidos políticos está sujeita a condições. Segundo Mark Ramseyer, os partidos políticos vão optar por manter os tribunais independentes (i. é, vão adotar a estratégia da cooperação): (i) se eles esperam que as eleições vão continuar indefinidamente (ou seja, se o sistema democrático vai continuar e, portanto, se eles podem acreditar que vale a pena preservar a independência judicial no presente, para utilizá-la no futuro) e, se as eleições vão continuar, (ii) se eles não esperam seguir ganhando-as indefinidamente (i. é, se eles verificam a existência de incerteza eleitoral capaz de tirá-los do poder em um futuro próximo).⁴⁰²

A reciprocidade em respeitar a independência judicial não se concretizará, a menos que os partidos políticos valorizem futuras ocasiões em que o Judiciário pode proteger os seus interesses no futuro. Por isso, a continuidade do sistema democrático é uma condição essencial. Como exemplifica Ramseyer, no Japão imperial existia incerteza eleitoral, uma vez que dois partidos revesavam-se no poder, e nenhum esperava ganhar as eleições indefinidamente.

0+2+2+2+2=8 anos de cadeia no total. Nesse sentido, se os jogadores têm a expectativa de que jogarão apenas uma rodada (ou a última rodada), trair pode ser melhor do que cooperar. Em um jogo repetido cinco vezes, cooperar é melhor do que trair. Mas se ao invés de cinco rodadas, os jogadores esperassem jogar quatro vezes, os resultados seriam menos distantes: 4 anos para a cooperação (1+1+1+1) e 6 anos para a traição (0+2+2+2). Em três rodadas, a diferença seria menor ainda: 3 anos para a cooperação (1+1+1) e 4 anos para a deserção (0+2+2). E, em somente duas rodadas, tanto faz cooperar ou trair, pois ambos trariam a mesma pena de 2 anos para cada um (1+1 ou 0+2). Em uma única rodada, trair é melhor que cooperar. Portanto, tudo depende da expectativa de rodadas futuras para determinar se é melhor cooperar ou trair. Por fim, destaque-se que, um aspecto importante da teoria dos jogos, consiste no fato de que se um jogador estiver nas rodadas finais, a opção mais vantajosa é mudar o seu comportamento de cooperativo para desertor. Raul Marinho exemplifica com o caso de um dono de uma mercearia que vende "fiado" a Joaquim e certo dia passa em frente a sua casa e vê um caminhão de mudança. Quando chega a sua venda vê a esposa de Joaquim fazendo compras. Nesse caso, o dono da venda ficará mais propenso a desconfiar da intenção de seu cliente, pois sabe que Joaquim está nas rodadas finais do jogo com ele. Em alguns dias, o jogo estará terminado e não haverá mais sentido para que Joaquim continue saldando suas dívidas: ele não mais precisará lustrar a sua reputação na comunidade onde vivia (MARINHO, Raul. *Prática na teoria: aplicação da teoria dos jogos e da evolução aos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.20-31)

⁴⁰¹ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.109.

⁴⁰² RAMSEYER, Mark. The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach. *Journal of Legal Studies*, v.23, p.722, jun. 1994.

Porém, eles não esperavam que o próprio sistema eleitoral fosse continuar, pois havia risco de um golpe militar. E como ninguém esperava que o sistema democrático fosse continuar, os partidos não acreditaram que valia a pena preservar a independência do Judiciário, pois possivelmente não se beneficiariam dele no futuro.

Assim, antes que o Poder Judiciário fosse "controlado" pelos militares, os partidos políticos acharam vantajoso antecipar o controle em si.⁴⁰³ A situação aqui reflete a lógica do dilema do prisioneiro, na medida em que os jogadores em um jogo repetido tendem a "desertar" quando percebem que o "jogo" está perto de acabar. Ao final de 1920, poucos japoneses esperavam que a democracia fosse continuar, e, por isso, os líderes políticos adotaram táticas de final de "jogo".⁴⁰⁴

Além disso, para a manutenção da independência judicial é preciso haver competição eleitoral. Os partidos políticos não podem esperar que continuarão a ganhar as eleições indefinidamente, uma vez que é a ameaça de perder o poder que os induz a respeitar um Judiciário independente. Portanto, se um partido se torna dominante e pode esperar manter o poder em um futuro previsível, os incentivos para tolerar um Judiciário independente desaparecem (uma vez que eles não precisarão de nenhum "seguro"), e, assim, a independência judicial é improvável de sobreviver.

Ramseyer destaca que no Japão (pós-1945), embora os líderes políticos esperassem que as eleições competitivas fossem continuar indefinidamente, até recentemente o partido *Liberal Democratic Party* (LDP) – que permaneceu no poder por quase quatro décadas (1955-1993) – esperava ganhar todas as eleições, ou seja, não existia incerteza eleitoral suficiente que levasse esse partido político a acreditar que poderia estar fora do poder em um breve lapso de tempo. Consequentemente, ele não via o Poder Judiciário como uma ferramenta útil em um futuro próximo (para fazer valer os seus interesses quando fora do poder). Como resultado, os japoneses ofereceram menos independência ao Judiciário.⁴⁰⁵

⁴⁰³ RAMSEYER, Mark. The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach. *Journal of Legal Studies*, v.23, p.738, jun. 1994.

⁴⁰⁴ Ibid., p.743.

⁴⁰⁵ Ramseyer narra que no Japão moderno (pós-1945), o partido *Liberal Democratic Party* (LDP) – que permaneceu no poder por quase quatro décadas (1955-1993) – passou a controlar os juízes de forma sutil, principalmente por meio de "promoções" de trabalho (*job assignments*). No Judiciário japonês, os pretensos juízes concorrem a um emprego no final do seu treinamento jurídico. Se escolhidos, eles recebem uma nomeação por dez anos. A critério do *Cabinet*, eles são renovados a cada década. Durante esse tempo, eles são transferidos de posição a cada dois ou três anos. Controlando essas transferências a cada dois ou três anos, os

Com efeito, Ramseyer entende que apenas onde os partidos políticos constatarem (i) a probabilidade de continuidade eleitoral elevada (i. é, a manutenção do sistema democrático), e (ii) a expectativa de vitória eleitoral baixa (ou seja, incerteza eleitoral capaz de tirá-los do poder), eles podem favorecer tribunais independentes. Segundo o autor, essas condições estavam presentes ao longo da história dos Estados Unidos, onde os líderes partidários sempre esperaram que as eleições fossem continuar (ou seja, eles acreditavam que o sistema democrático seria mantido ao longo do tempo) e não acreditavam que continuariam a ganhar as eleições indefinidamente (ou seja, existia incerteza eleitoral suficiente para que eles acreditassem que poderiam estar fora do poder em breve).

Essas condições, por si só, levaram esses líderes políticos norte-americanos a escolher preservar a independência judicial (para utilizar o Judiciário como uma ferramenta útil quando fora do poder).⁴⁰⁶ Nos Estados Unidos, o equilíbrio baseia-se em uma mútua cooperação. Os políticos norte-americanos não adotam táticas LDP. Eles utilizam estratégias de cooperação, como em um jogo que se assemelha ao dilema do prisioneiro repetido indefinidamente, em que a melhor escolha para todos é sempre a estratégia da cooperação entre os "jogadores".

Porém, segundo Ramseyer, nesses jogos repetidos a cooperação é sempre frágil, pois os jogadores podem cooperar, mas não necessariamente irão fazê-lo. Segundo o autor, uma coisa é certa: os atores políticos não vão cooperar se eles não podem esperar que os seus rivais o farão. Para comprovar a sua alegação, Ramseyer fornece um exemplo ilustrativo: a batalha –

líderes LDP começaram a monitorar os seus juízes. Os juízes "alinhados" aos interesses do partido passaram a ser recompensados com posições de prestígio; os "desalinhados" colocados em postos obscuros. A lógica era a seguinte: os líderes LDP controlavam essas atribuições por meio de cargos administrativos da Corte, a "*Supreme Court Secretariat*". Por sua vez, eles monitoravam a *Secretariat* por uma série de movimentos estratégicos. Primeiro, em parte por que a *Secretariat* é formalmente controlada pela Suprema Corte, eles nomeavam apenas leis partidários LDP para a Corte. Segundo, para garantir que essas nomeações não iriam mudar as suas visões enquanto estivessem no cargo, elas eram feitas no final da vida. Como resultado, os juízes da Suprema Corte japonesa costumavam servir uma média de apenas seis anos antes de se aposentar aos setenta. Em terceiro lugar, os líderes LDP regularmente nomeavam para a Suprema Corte um juiz de carreira que havia servido como Secretário-Geral da *Secretariat*. Sempre, portanto, eles tinham sobre a Corte um partidário leal que conhecia em detalhes como os cargos administrativos funcionavam. Os líderes LDP usaram esse controle sobre a *Secretariat* para recompensar juízes alinhados. Os juízes que decidiam casos controversos de acordo com as preferências políticas do LDP ocupavam posições importantes em Tóquio. Outros acabavam em filiais rurais. (RAMSEYER, Mark. The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach. *Journal of Legal Studies*, v.23, p.722, jun. 1994. p.725-726). Em outro trabalho, Ramseyer e Rasmusen afirmam que, indiretamente, por controlar as nomeações para a Suprema Corte, o LDP controlou também a carreira judicial dos tribunais inferiores. Ao nomear juízes leais ao LDP à Corte, esses juízes usaram o seu controle sobre as Cortes inferiores, para garantir que juízes ordinários teriam incentivos para ajudar o partido político (Cf. RAMSEYER, Mark; RASMUSEN, Eric B. Judicial Independence in a Civil Law Regime: the evidence from Japan. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v.13, n.2, p.268; 269, 1997).

⁴⁰⁶ RAMSEYER, op. cit., p.728-729.

já mencionada neste estudo – entre federalistas e republicanos em torno do *Judiciary Act 1801*. A transição eleitoral de 1801 era a primeira sob a nova Constituição, e os federalistas não tinham ideia da forma como os republicanos governariam, mas, conhecendo as ações pregressas de Jefferson, eles podiam temer o pior.⁴⁰⁷ Imaginando que os republicanos não iriam cooperar, os federalistas agiram como "loucos", buscando "empacotar" o Judiciário com aliados políticos. Assim como os federalistas não mostraram nenhuma autocontenção, os republicanos tampouco o fizeram. Apenas mais tarde, com a alternância dos partidos no poder, a cooperação (e a independência judicial) começou a florescer.⁴⁰⁸

Em suma, Ramseyer sintetiza a sua teoria dizendo que a manutenção da independência judicial é condicionada por previsões eleitorais, as quais ele resume em três possibilidades: (i) o partido X está no poder, mas espera a alternância com o partido Y indefinidamente (os partidos norte-americanos). Nesse caso, o partido X pode racionalmente decidir manter o Judiciário independente, mas nada na teoria dos jogos diz que, necessariamente, ele vai fazê-lo; (ii) o partido X está no poder, e espera permanecer no poder indefinidamente (o LDP). Se o partido X espera não perder o poder, ele tem menos incentivos para não controlar os juízes; (iii) o partido X está no poder, mas espera em breve perder o poder indefinidamente (partidos no Japão Imperial), porque Y está prestes a tomar o seu lugar indefinidamente. Esperando que Y irá controlar o Judiciário em breve, X pode achar vantajoso antecipar o controle em si.⁴⁰⁹

Na mesma linha de Ramseyer, Jodi Finkel desenvolve um estudo voltado às reformas judiciais da América Latina, no qual adota a "teoria do seguro". Segundo o autor, em alguns momentos históricos os poderes políticos poderão decidir conceder independência (e (ou) "poder") ao Judiciário, a fim de que ele possa servir como proteção contra um possível declínio na posição política do partido. O autor cita como exemplo o caso mexicano, em que o Presidente Ernesto Zedillo, do Partido Revolucionário Institucional (PRI), que dominou o México por quase sete décadas, introduziu um pacote amplo de reformas judiciais assim que assumiu o governo, em 1994.

⁴⁰⁷ RAMSEYER, Mark. The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach. *Journal of Legal Studies*, v.23, p.742, jun. 1994.

⁴⁰⁸ Ibid., p.742-743.

⁴⁰⁹ RAMSEYER, loc. cit.

Esse pacote de reformas afetou especialmente a independência e a autoridade da Suprema Corte. Dentre outras inovações⁴¹⁰, a principal foi a concessão de poder de *judicial review* com efeitos *erga omnes* em circunstâncias definidas (*acción de inconstitucionalidad*) e também poder para dirimir controvérsias políticas entre os ramos do governo nas esferas federal, estadual e níveis locais (*controversia constitucional*). Como resultado, a Suprema Corte – antes subordinada ao Presidente e a seu partido PRI – estava aparentemente sendo posicionada como um contrapeso eficiente e eficaz para fiscalizar a atuação do partido no poder (o próprio PRI).⁴¹¹

A questão que Finkel busca responder é: por que Ernesto Zedillo procurou criar uma Corte capaz de declarar inconstitucionais as leis promulgadas durante a sua administração? Além disso, por que o Presidente procurou criar uma Corte capaz de resolver as disputas políticas entre os ramos do governo? A criação de um sistema judicial capaz de fiscalizar o Presidente e o governo PRI parece intrigante à primeira vista, porém, segundo Finkel, esse conjunto de reformas que "empoderou" a Suprema Corte faz sentido como uma "apólice de seguro político" destinada a proteger um partido governista enfraquecido, operando em uma arena política cada vez mais insegura. Conforme esclarece o autor, os líderes políticos do PRI já não estavam conseguindo controlar os resultados políticos em níveis estadual e local, e tampouco tinham certeza de que iriam continuar dominando o governo nacional no futuro.⁴¹² Desse modo, ainda no governo, eles optaram por fortalecer a Suprema Corte como uma proteção contra "perda de poder".

Como parte de sua tese de seguro⁴¹³, Ginsburg também usa persuasivamente competição eleitoral para explicar os níveis variados de autonomia judicial em três novas democracias da

⁴¹⁰ FINKEL, Jodi. Judicial reform as insurance policy: Mexico in the 1990s. *Latin American and Society*, v.47, n.1, p.87-113, 2005; Ver também: Id. *Judicial reform as political insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. Indiana: University of the Notre Dame Press, 2008. p.89-110.

⁴¹¹ FINKEL, Jodi. Judicial reform as insurance policy..., op. cit., p.91-94.

⁴¹² Ibid., p.103.

⁴¹³ Tom Ginsburg desenvolve a sua teoria do "seguro político", a qual apresenta algumas peculiaridades em relação ao trabalho de Ramseyer. Em síntese, Ginsburg busca resolver o seguinte paradoxo: por que os políticos, motivados por interesses próprios, decidem incluir – na Constituição de seus países – Cortes constitucionais, com instrumentos de controle de constitucionalidade, que poderão ser utilizados contra eles no futuro, reduzindo o seu poder político? Ou, simplesmente: por que a *judicial review* é adotada nas novas democracias? Segundo o autor, apesar de normalmente se dizer que a *judicial review* é um mecanismo para proteger os cidadãos de futuras ações das maiorias ocasionais, normalmente não se explica como a *judicial review* serve aos interesses dos políticos atuais. A resposta para o interesse dos atores políticos em incluir

Ásia: Coreia, Mongólia e Taiwan. Segundo o autor, quando os partidos competem pelo poder, os governantes apoiam a independência judicial como uma forma de seguro em face da possível derrota eleitoral. Na Coreia, a intensa competição entre três partidos de força relativamente iguais permitiu a criação de um tribunal constitucional independente em 1988. As partes avessas ao risco favoreceram um tribunal que teria independência para agir como um seguro em um cenário de incerteza eleitoral. Na Mongólia, embora o ex-partido Comunista estivesse em uma posição dominante, o recente surgimento de partidos de oposição levou em 1992 à criação de um tribunal constitucional, que possui um surpreendente grau de independência. Em contraste, o sistema partidário hegemônico de Taiwan levou a um tribunal fraco e subordinado. O partido dominante Kuomintang foi capaz de impedir a criação de um tribunal constitucional independente.

Cortes constitucionais com instrumentos de controle de constitucionalidade no *design* institucional de seus países depende da posição esperada dos constituintes no futuro governo, após a promulgação da Constituição. Se assumirmos que os constituintes são eles próprios políticos, que estarão interessados em governar após a promulgação de uma nova Constituição, então, eles vão procurar desenhar instituições que irão maximizar suas habilidades de governar sob uma nova ordem constitucional. No entanto, o fator-chave na perspectiva dos constituintes é a incerteza da futura configuração política no tempo em que a Constituição está sendo elaborada. O autor diferencia dois cenários extremos. No primeiro, há um único partido, que acredita ser provável a sua manutenção no poder após a promulgação da Constituição. Nesse caso, existe pouco incentivo para o estabelecimento de um árbitro neutro para resolver disputas sobre o significado constitucional. É preferível manter a flexibilidade para tomar decisões sem restrições constitucionais. A ausência de *judicial review* em Constituições autoritárias reflete o desejo de manter a exclusividade na tarefa de interpretar a Constituição. No segundo cenário, porém, há muitas forças políticas lutando pelo poder, e não existe nenhuma certeza por parte de nenhum partido de que algum deles permanecerá no poder. Nesse segundo cenário, o estabelecimento de um governo com flexibilidade ilimitada passa a ser menos atrativo. Os partidos que provavelmente estarão no governo podem até preferir a flexibilidade, porém, a oposição irá valorizar um governo limitado, uma vez que buscará minimizar ao máximo as suas perdas. A oposição também preferirá um fórum alternativo no qual possa contestar as políticas majoritárias, porque não pode esperar vencer no Legislativo. Nesse segundo cenário, os constituintes – sabendo que não há reeleição e que podem vir a se tornar oposição –, diante da incerteza política em que se encontram, vão preferir um fórum judicial onde possam contestar os seus adversários políticos. Diante dessa análise, Ginsburg chega à constatação geral de que poderes constitucionais e o acesso à *judicial review* serão maiores em contextos em que as forças políticas são difusas e menores onde um único partido político domina no momento da criação constitucional. Isso porque, onde as forças políticas são difusas, nenhum partido pode ter certeza de sua capacidade de subir ao poder, e, por isso, a *judicial review* se torna um mecanismo interessante; ao contrário do que ocorre quando há um predomínio de um único partido. Sob essa ótica, para Ginsburg, o fator-chave para explicar a variação na adoção de Cortes (com poder de *judicial review*) no *design* constitucional das novas democracias é, portanto, a estrutura do sistema de partidos e a configuração das forças políticas no momento da elaboração da Constituição. A isso o autor chama de "modelo de seguro" da *judicial review*. Para o autor, por servir como um fórum alternativo para contestar ações governamentais, a *judicial review* fornece uma forma de seguro aos possíveis perdedores das eleições. Assim como a presença dos seguradores diminui os riscos de uma contratação, a *judicial review* também diminui o risco para aqueles constituintes que acreditam que podem não subir ao poder no futuro. Sob essa ótica, pode-se dizer que políticos inseguros com o seu futuro preferem Cortes Constitucionais mais poderosas, enquanto políticos seguros preferem o contrário (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003. p.21 et seq.; Ver também: GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In. WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.81 et seq.).

Em um estudo empírico mais amplo, em que Ginsburg & Versteeg usam um conjunto de dados que abrange 204 países durante um período de 1781-2011, ou seja, um período de mais de 200 anos, os autores encontraram evidências de que em situações nas quais os partidos competem pelo poder, os governantes tendem a favorecer um tribunal independente (com poder de *judicial review*). De acordo com os autores, quando maior a diferença na proporção de assentos ocupados pelo primeiro e pelo segundo partido do Poder Legislativo, isso é, quanto maior a dominância de um determinado partido em um contexto institucional específico, menos provável é o favorecimento a um tribunal independente (com poder de *judicial review*). Tal evidência, nas palavras dos autores, "apoia a hipótese do seguro político: quando mais incerteza existe sobre qual partido vai manter o poder no futuro, mais provável é uma constituição estabelecer revisão constitucional".⁴¹⁴

Outros estudos – ligados apenas indiretamente à teoria do seguro – também indicam como a instabilidade eleitoral ou a "perda de poder" podem levar à independência ou ao "empoderamento" do Poder Judiciário. Matthew C. Stephenson, por exemplo, apresenta sugestivas evidências empíricas para a ideia de que a competição eleitoral estável incentiva os atores políticos a proteger a independência judicial. O autor desenvolve um estudo empírico, utilizando dados transnacionais de mais de 150 países, no qual constata que existe uma forte correlação entre a competição política estável e independência judicial.⁴¹⁵ Na mesma direção, Keith Whittington explica que a variação da atividade *court-curbing* pelas maiorias do Congresso nos Estados Unidos corresponde a períodos de grande confiança eleitoral por parte do partido que estava no poder, ou seja, as maiorias apresentavam maior "certeza" de controlar

⁴¹⁴ GINSBURG, Tom; VERSTEEG. Why do countries adopt constitutional review? *Journal of Law, Economics and Organization*, v.30, p.587-622, 2014.

⁴¹⁵ Tomando como pano de fundo o trabalho de Mark Ramseyer, Matthew C. Stephenson desenvolve um estudo empírico, utilizando dados transnacionais, no qual o autor defende que existe uma forte correlação entre a competição política estável e independência judicial, isto é, para o autor, a competição política estável incentiva a independência judicial (como visto, um ambiente onde exista competição política é um ambiente propício para que os partidos vejam vantagem em proteger um Judiciário independente como um "seguro" em caso de perda eleitoral). Segundo Stephenson, a independência judicial se torna menos atraente aos partidos à medida que eles se tornam competidores de sucesso, isso é, quando eles têm como previsível o fato de que farão parte do poder no futuro (nesse caso, os atores políticos não verão vantagem em defender um Judiciário independente porque não precisarão de um "seguro" em um futuro próximo). Outrossim, o autor defende que a instabilidade política de um dado país – isso é, a não continuidade do sistema democrático ou a sua ruptura constante – é suscetível de reduzir a atratividade da independência judicial, uma vez que os partidos irão atribuir menos valor ao futuro se eles não sabem exatamente como será competir em períodos futuros (STEPHENSON, Matthew C. 'When the devil turns': the political foundations of independent judicial review. *Journal of Legal Studies*, v.32, p.59-90, 2003).

o processo legislativo no futuro, por consequência, não tinham incentivos em preservar um sistema judiciário independente munido com um poder de *judicial review*.⁴¹⁶

Ran Hirschl desenvolve um estudo comparativo entre Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, e argumenta que a mudança global em direção ao que ele chama de "empoderamento" judicial decorre do comportamento autointeressado dos atores estratégicos. De acordo com sua teoria da preservação hegemônica, a decisão dos líderes políticos para criar um Judiciário "empoderado" decorre da ameaça das elites dominantes em "perder poder político". Enquanto elas controlam o Parlamento não há interesse em "empoderar" o Poder Judiciário, porém, à medida que o Parlamento não pode mais lhes garantir uma vitória tranquila, em razão da influência dos grupos "periféricos", elas optam por substituir a supremacia parlamentar pela supremacia judicial, ou seja, constitucionalizam direitos e concedem o poder de *judicial review* ao Judiciário, a fim de retirar princípios que lhe são caros do processo majoritário e imunizá-los em face de mudanças desejadas pela maioria democraticamente representada, mantendo, assim, a sua hegemonia.^{417,418}

Como retratado até aqui, a teoria do seguro – e outros estudos similares – pressupõem a *instabilidade eleitoral*. É essa incerteza que faz com que os atores políticos optem por manter um Judiciário independente. Sob essa ótica, esses estudos se comunicam com a ideia que será

⁴¹⁶ Tomando em consideração os quatro períodos de mais intensos *court-curbing* da história dos Estados Unidos – (i) o início de 1800, com o triunfo dos Jeffersonianos sobre os Federalistas; (ii) o final de 1820, com os Jeffersonianos ganhando o controle do governo e formando o Partido Democrata; (iii) 1860, quando o novo Partido Republicano ganhou o controle do Congresso e da Casa Branca; e, (iv) em meados de 1930, com a Grande Depressão que varreu o Partido Republicano do Governo e levou o Partido Democrata ao poder –, Whittington constata que justamente nesses períodos existiram esmagadoras vitórias eleitorais (tais como a de Jefferson, Jackson, Lincoln e Roosevelt). Segundo Whittington, esses quatro períodos de atividade *court-curbing* foram, de certa forma, exclusivos períodos da história norte-americana em que o partido da maioria não foi confrontado com sérias ameaças eleitorais. Esses partidos não temiam a derrota eleitoral iminente, e, como consequência, não eram suscetíveis de ver valor em reforçar um sistema judiciário independente, munido com um poder de *judicial review*, que poderia restringir futuras maiorias legislativas. A apólice de seguro de um poder judiciário independente é menos saliente nesses períodos de sucesso eleitoral do que em períodos de competição política mais normal (WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.469, 2003).

⁴¹⁷ HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions. *Law & Social Inquiry*, v.25, n.1, p.91-149, winter 2000.

⁴¹⁸ Em linha similar, em um estudo sobre tribunais constitucionais subnacionais na Rússia, Trochev emprega o pressuposto ator estratégico, mas contesta que a elite política cria instituições judiciais independentes em resposta à incerteza eleitoral. Em vez disso, ele acha que os atores políticos dominantes criam tribunais constitucionais autônomos como meio de consolidar o governo dominante. Como Hirschl, Trochev destaca como *judicial review* permite às elites a manutenção do seu poder (TROCHEV, Alexei. Less Democracy, more courts: a puzzle of judicial review in Russia. *Law & Society Review*, v.38, n.3, p.513-548, 2004).

abordada no item 2.5.1, de que a fragmentação política é um fator que promove a independência judicial. Se, por um lado, como visto até aqui, a ideia de "seguro" representa um benefício importante aos atores políticos, a tal ponto de eles visualizarem vantagem em preservar a independência judicial quando os *custos* da atuação judicial são muito pesados, ao invés de simplesmente afrontá-la; por outro lado, a teoria do seguro (e estudos similares) robustece a ideia que será adiante detalhada, de que em contextos de fragmentação política (que implica instabilidade eleitoral) há maiores chances de o Judiciário ser independente.⁴¹⁹

2.4.2 A análise (estratégica) dos custos e benefícios em preservar a independência judicial

Os benefícios apresentados ao longo do item anterior, a nosso ver, não são excludentes entre si⁴²⁰, nem taxativos. Mas, mesmo não o sendo, eles já dão conta de demonstrar como um Judiciário pode ser útil às maiorias. É fundamental notar que esses argumentos não negam que um Poder Judiciário independente restringe o exercício do poder político. Paradoxalmente, é justamente pelo fato de a supervisão judicial restringir atuais detentores de poder que ela é tão valiosa.⁴²¹ Sob essa luz, um Judiciário independente é valioso porque: (i) ao "amarrar" as mãos dos atuais legisladores (para que respeitem leis promulgadas), ele torna os compromissos críveis; (ii) ao ter o poder para "derrubar" as leis promulgadas, conferindo

⁴¹⁹ Cf. CHAVEZ, Rebecca Bill. The rule of law and courts in democratizing regimes. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.63-80.

⁴²⁰ Emprega-se neste trabalho a mesma metodologia utilizada por Georg Vanberg em seu importante estudo sobre independência judicial. O autor não trata de nenhuma das teorias discutidas ao longo do item 2.4.1 com sobreposição. Ao contrário, o autor aproveita-se da premissa básica presente em todas essas teorias - de que o Judiciário é preservado pelo fato de representar, muitas vezes, um 'aliado' aos atores políticos - para desenvolver uma teoria *de custos e benefícios*, similar a aqui empregada, a qual ajuda a compreender os fatores que os atores políticos levam em conta antes de afrontar a independência judicial. Cf. VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.106 et seq.; e também: Id. Constitutional Courts in Comparative Perspective: a theoretical Assessment. *Annual Review of Political Science*, v.18, p.170 et seq., 2015; e WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.450 et seq., 2003.

⁴²¹ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.109.

informações sobre as suas legislações (e (ou) políticas), ele colabora com os agentes eleitos; (iii) ao ser capaz de tomar decisões difíceis e (ou) impopulares (que atingirão a sociedade e também os agentes eleitos), ele é útil aos poderes políticos (que preferem evitar "assuntos candentes"); (iv) ao restringir os detentores de poder, ele pode auxiliar agentes eleitos na superação de obstáculos políticos; (v) ao limitar o poder dos agentes que estão no governo, ele concede um "seguro" político que pode ser utilizado em caso de perda eleitoral.⁴²²

Sob essa luz, e considerando que uma Corte Constitucional (independente) é importante para os atores políticos, porque lhes confere benefícios que dificilmente poderiam ser garantidos de outra maneira, isso quer dizer que esses atores serão cautelosos ao afrontar a independência. Eles não adotarão ações retaliatórias em face de qualquer decisão desagradável ocasional, mas, como retratado no 2.2, observarão os *custos e os benefícios* que auferem a partir de um sistema judicial independente. Quando alcançam *benefícios* suficientes a partir de um sistema judicial independente, eles irão preferir a manutenção do sistema, ainda que insatisfeitos com determinadas decisões judiciais. Nesse caso, os *benefícios* decorrentes da atuação judicial compensam os seus *custos*, de modo que os atores políticos tendem a respeitar a Corte e seus juízes. Porém, quando concluem que o *custo* é pesado demais em relação aos *benefícios* auferidos, esses atores serão tentados a afrontar a independência.

Os *custos* da atuação judicial independente, como mencionado, podem aumentar – a ponto de superar os *benefícios* que um Judiciário independente pode oferecer – a partir de duas diferentes dimensões: a partir da *quantidade* de políticas rejeitadas ou da *importância* dessas políticas. À medida que uma Corte declara persistentemente certas políticas inconstitucionais, em desacordo com as majorias, essas ações, pouco a pouco, podem levar ao aumento do *custo* da atuação judicial. No entanto, não é só a quantidade de decisões declaradas inconstitucionais em desacordo com as majorias que influencia nesse cálculo, mas também a sua *importância*. Por isso, quanto maior o número de políticas rejeitadas e (ou) maior a sua importância, maior o *custo* político da atuação judicial para os atores políticos.⁴²³

Para que esses atores avancem ações em retaliação, portanto, o *custo* da atuação judicial deve ser razoavelmente alto. Nesses casos, como se infere, não está em questão

⁴²² VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.109.

⁴²³ WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.462 et seq., 2003.

aceitar decisões desagradáveis ocasionais – que tendem a ser assimiladas diante dos *benefícios* que um sistema judicial independente é capaz de proporcionar – mas aceitar uma série de decisões que derrubam políticas contra os interesses das maiorias políticas e (ou) em questões importantes aos seus interesses.

2.5 Os limitadores às afrontas institucionais

Como visto no item anterior, os atores políticos serão tentados a afrontar a independência judicial quando concluem que os *custos* da atuação judicial são pesados demais em relação aos *benefícios* auferidos. Contudo, isso não quer dizer que eles necessariamente irão fazê-lo, uma vez que estão sujeitos a dois diferentes *limitadores*, os quais não se excluem entre si, mas, antes, em conjunto, dificultam – em um regime democrático – os atores políticos a afrontar a independência judicial. O primeiro desses limitadores é a existência de fragmentação do poder político. Conforme se verificará no item 2.5.1, quanto mais fragmentado o poder, maior a probabilidade de a independência judicial ser preservada. O segundo *limitador* é a existência de apoio público (difuso) às Cortes. Agentes eleitos, preocupados com a possibilidade de reeleição, imaginam que um ataque às Cortes (e a seus juízes) pode gerar uma reação pública (*public backlash*) contra aqueles que buscam prejudicar uma instituição *querida* e o medo de perda eleitoral pode levá-los a recuar, conforme se verá no item 2.5.2.

2.5.1 A fragmentação política

Uma parte da doutrina tem argumentado que sistemas de separação de poderes favorecem a independência judicial, porque o maior número de vetos dificulta a aprovação de uma legislação ou que seja levada adiante outra medida que afronte a independência das Cortes (e de seus juízes).⁴²⁴ Embora verdadeiro, isso não necessariamente ocorre no *universo*

⁴²⁴ Como exemplifica Vanberg, considerando o contexto norte-americano, qualquer tentativa de afrontar a independência da Suprema Corte ou as suas decisões exige a ação coordenada de ambas as casas do Congresso e do Presidente. Eventualmente uma das casas pode até ter interesse em aprovar uma legislação ou medida

prático, uma vez que, mesmo em um sistema institucional com três vetos legislativos (duas Casas do Congresso e o Presidente), pode haver um único partido que domina, tanto o Congresso (as duas casas) como a Presidência, de modo que os vetos perdem um pouco a razão de ser, e as preferências dos atores políticos acabam se aproximando de qualquer modo. Em situações como essas, as afrontas à independência judicial são levadas a cabo com mais facilidade.

Basta notar, por exemplo, que um Congresso dominado por um único partido, ou por uma maioria substancial dele, pode aprovar com comodidade uma emenda à constituição que altera a estrutura/funcionamento do Tribunal (por exemplo, com uma proposta de emenda advinda dos membros da Câmara ou do Senado, ou, muitas vezes, do Presidente, que também pode ser do mesmo partido).⁴²⁵ Além disso, o Senado dominado por um único partido, ou por uma maioria substancial dele, pode julgar pedido de *impeachment* de forma parcimoniosa com mais desembaraço (cujo pedido pode advir de sua própria iniciativa, de terceiros, ou da presidência, que também pode ser do mesmo partido que domina o Senado).⁴²⁶ O Congresso

que afronte a independência judicial, porém, é muitas vezes difícil conseguir o consentimento da outra casa ou do Presidente. Em oposição ao sistema norte-americano, no contexto britânico, os custos para a aprovação de legislação contra as Cortes são menores, já que o poder político é fundido no gabinete, apoiado por uma maioria na Câmara dos Comuns e geralmente composto por um único partido. Como resultado, as instituições judiciais encontram-se em uma situação mais precária. Apesar disso, como destaca Vanberg, a conclusão a se tirar dessas considerações não é que a separação de poderes pode garantir a independência judicial ou que um Poder Judiciário independente não pode ser mantido sob o tipo de estrutura institucional unificada, exemplificada pela constituição britânica, mas que a estrutura institucional na qual está incorporado um sistema judicial pode aumentar (ou diminuir) o custo de atacar com sucesso uma Corte Constitucional. Estruturas institucionais que dividem os poderes, como o bicameralismo e um sistema presidencial, aumentam esses custos e, portanto, dificultam as chances de "ataques institucionais". Cf. VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.105-106; GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003. p.81 et. seq.; FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p.377.

⁴²⁵ Segundo o teor do artigo 60, da Constituição: "a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 2.º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros".

⁴²⁶ Conforme dispõe o art. 41, da Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, "é permitido a todo cidadão denunciar perante o Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, pelos crimes de responsabilidade que cometerem". O art. 68 da mesma lei estabelece a forma como é feita a votação do *impeachment*, depois de todos os trâmites necessários: "o julgamento será feito, em votação nominal pelos senadores desimpedidos que responderão "sim" ou "não" à seguinte pergunta enunciada pelo Presidente: 'Cometeu o acusado F. o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à perda do seu cargo?' Parágrafo único. Se a resposta afirmativa obtiver, pelo menos, dois terços dos votos dos senadores presentes, o Presidente fará nova consulta ao plenário sobre o tempo não excedente de cinco anos, durante o qual o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de qualquer função pública".

pode manipular o orçamento dos tribunais e (ou) os salários dos juízes com mais facilidade, o que muitas vezes pode ser feito com o incentivo, ou mesmo a pedido da própria presidência (deste que esta pertença ao mesmo partido que domina o legislativo). Ambos os poderes, inclusive em comum acordo, podem deixar de indicar/confirmar juízes para o cargo, e, ainda, adotar medidas impróprias para não dar cumprimento pleno às decisões da Corte etc.

Os estudos sobre a independência judicial na América Latina, em geral, têm sido bastante sensíveis a essa questão da escassez da fragmentação política.⁴²⁷ Analisando a instabilidade da independência judicial na Argentina, Rebeca Bill Chavez mostra que durante períodos em que um único partido controlava o Poder Executivo e o Legislativo, os atores políticos foram capazes de coordenar as suas ações e envolver-se em práticas *subconstitucionais informais*, tais como a remoção ou destituição de juízes por razões políticas, *impeachment*, alteração do número de membros etc. A autora divide a história da Corte Constitucional da Argentina em quatro períodos: (i) de 1862 até 1946; (ii) de 1946 até a transição democrática argentina em

⁴²⁷ Os estudos sobre independência judicial produzidos, especialmente na América Latina, se baseiam, em grande medida, em uma linha de estudos que trata da atuação estratégica dos juízes quando há a possibilidade de suas decisões serem "superadas". Em suma, os autores dessa linha sustentam que, quando a visão política dos juízes conflita com a dos legisladores, aqueles, prudentemente, perseguem as suas preferências até um ponto em que não provoquem uma "superação" legislativa (Cf. ESKRIDGE JR., William N. Overriding Supreme Court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v.101, n.2, p.331-417, 1991; FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A positive theory of statutory interpretation. *International Review of Law and Economics*, v.12, n.2, p.263-279, 1992; COOTER, Robert. D.; GINSBURG, Tom. Comparative Judicial Discretion: an empirical test of economic models. *International Review of Law and Economics*, v.16, p.295-313, 1996; SPELLER, Pablo T.; GELY, Rafael. Strategic Judicial Decision-making. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 34-45). Aproveitando-se dessa lógica, os estudos sobre independência judicial – além de sugerir que a ausência de fragmentação facilita afrontas institucionais – afirmam que os juízes são agentes racionais e que não estão alheios ao seu ambiente institucional. Daí que em um ambiente em que as Cortes preveem que tanto o Presidente como o Congresso estarão de acordo em "castigá-las", elas tendem a agir estrategicamente, não impugnando a posição do governo. Isso porque elas buscam manter a sua integridade institucional e (ou) a credibilidade de suas decisões (Cf. CHAVEZ, Rebecca Bill. The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System. *Journal of Latin American Studies*, v.36, p.464-467, 2004; ARYCZOWER, Matías; SPILLER, Pablo T.; Tommasi, Mariano. Judicial decision making in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science*, v.46, p.699-716, 2002; CHÁVEZ, Rebeca Bill; FEREJOHN, John A.; WAINGAST, Barry R. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.373-418; FIGUEROA, Ríos Julio Antonio. El surgimento de un poder judicial efectivo en México: gobierno dividido y toma de decisiones en la Suprema Corte de Justicia, 1994-2002. In: *Ensayos: el Poder Judicial en la transición y consolidación democrática en México*. México: Instituto Federal Electoral, 2004. p.11-36).

1983; (iii) a administração da Unión Cívica Radical (UCR) de Raúl Afonsín (1983-1989); e (iv) a presidência do Partido Justicialista (PJ) de Carlos Saúl Menem (1989-1999).^{428,429}

No primeiro período (1862-1946), em que existiu considerável fragmentação política no país, isso impediu que os Presidentes se envolvessem em práticas de "castigar" a Corte (e seus juízes). Por sua vez, no segundo período (1946-1983), a Argentina teve um governo unificado prolongado⁴³⁰, e os Presidentes lograram obter o apoio legislativo necessário para levar adiante ações em violação à independência judicial. Presidentes argentinos utilizaram a sua discricionariedade para alterar o número de juízes. Por exemplo, Juan Domingo Perón reduziu o número de juízes de oito para cinco em 1950. Em 1958, Arturo Frondizi aumentou o número de cinco para sete. Depois de 1966, o número voltou a cair para cinco.⁴³¹ Em resposta a decisões desfavoráveis, o Senado – controlado pelo Partido Peronista – também interpôs juízos de responsabilidade (*impeachment*) contra quatro juízes em 1947 (o único juiz que manteve o seu cargo foi o partido militante de Perón). Em 1973, o governo do Partido Peronista destituiu toda a Corte.⁴³²

O terceiro período em análise (1983-1989), da administração da Unión Cívica Radical (UCR), de Raúl Afonsín, caracterizou-se como um período de fragmentação política. O Partido UCRI, de Alfonsín, nunca teve a maioria no Senado e os senadores se envolveram em uma intensa negociação entre os partidos sobre as nomeações judiciais. Como resultado, a independência da Corte foi respeitada. O governo fragmentado permitiu, por exemplo, que a

⁴²⁸ CHAVEZ, Rebecca Bill. The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System. *Journal of Latin American Studies*, v.36, p.451-478, 2004.

⁴²⁹ Para uma análise histórico-institucional da evolução da independência judicial na Argentina, cf. RUANO, Alberto. *El poder judicial en las democracias: los procesos políticos en Argentina y Venezuela y la independencia judicial*. Editorial Académica Española, 2013.

⁴³⁰ CHAVEZ, op. cit., p.468-470.

⁴³¹ Os autores narram que durante todo esse segundo período, a Argentina só teve três anos de fragmentação política. De 1963 a 1966, o Presidente Arturo Illia enfrentou um governo dividido, que o impediu de "subordinar" a Corte. O seu Partido (UCRI) tinha somente um terço da Câmara de Representantes e Illia foi incapaz de formar uma coalizão que apoiasse as suas leis. A presença de uma forte oposição legislativa contribuiu para o fracasso de sua tentativa, em 1963, de expandir o tamanho de Corte de sete para onze *Justices* (Ibid., p.468-479)

⁴³² IARYCZOWER, Matías; SPILLER, Pablo T.; Tommasi, Mariano. Judicial decision making in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science*, v.46, p.699-716, 2002.

maioria do Partido Peronista rechaçasse a proposta de Alfonsín, em 1987, de aumentar o tamanho da Corte de cinco para sete juízes.⁴³³

O quarto período em análise (1989-1999), da presidência do Partido Justicialista (PJ), de Carlos Saúl Menem, precisa ser dividido em dois períodos. O primeiro marca a hegemonia do Partido Peronista de 1989 a 1997⁴³⁴, o que permitiu a Menem adotar práticas "subconstitucionais informais", como expandir a Corte de cinco para nove juízes em 1990, nomeando quatro juízes que eram leais a ele.⁴³⁵ Contudo, as eleições da metade do período de outubro de 1997 marcaram o começo do retorno à fragmentação política. O UCR e o recém-formado *Frente por un País Solidario* (Frepaso) uniram suas forças para converter-se no *Alianza Trabajo, Justicia y Educación*, que venceu o Partido Peronista (PJ). À medida que as "brechas" nas preferências de Menem e do Congresso se expandiram, as afrontas à independência judicial cessaram.⁴³⁶

Posteriormente ao governo Menem, a fragmentação e a instabilidade política na Argentina colaboraram para uma condição de maior independência. Ainda que os peronistas tenham mantido uma maioria ao longo da era Kirchner, ao contrário do que aconteceu nos primeiros anos de Menem, o partido se tornou muito fragmentado. Néstor Kirchner (2003-2007) enfrentou um Partido Peronista dividido no Congresso. Nas eleições de metade do período de 2005, o Partido Peronista apresentou múltiplas listas de rivais, frequentemente contrapondo o *Frente Para la Victoria* (FPV) de Kirchner a facções apoiadas pelos oponentes de Kirchner dentro do Partido Peronista. Com efeito, as listas do Partido Peronista continham tantos candidatos não peronistas como anti-Kirchner. Além disso, desde que Cristina Fernández de Kirchner tomou o lugar do seu marido em 2007, o poder do Partido Peronista no Congresso seguiu em erosão. Nas eleições legislativas de 2009, o Partido FPV perdeu a maioria em ambas as Câmaras, o que deu à Corte maior liberdade para exercer sua independência em relação ao

⁴³³ CHAVEZ, Rebecca Bill. The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System. *Journal of Latin American Studies*, v.36, p.462, 2004.

⁴³⁴ Ibid., p.472-475.

⁴³⁵ Ibid., p.458.

⁴³⁶ CHÁVEZ, Rebeca Bill; FERREJOHN, John A.; WAINGAST, Barry R. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.405-406.

Presidente. Essa fragmentação, como visto, é algo positivo, uma vez que eleva os custos para que os atores políticos ameacem a independência da Corte (e de seus juízes).⁴³⁷

Mas a escassa fragmentação política não facilita que afrontas institucionais sejam levadas adiante contra as Cortes (e seus juízes) apenas no contexto argentino. No Japão, durante a hegemonia do *Liberal Democratic Party* (LDP) – que permaneceu no poder por quase quatro décadas (1955-1993) –, os juízes que se atreveram a julgar contra o governo foram sistematicamente *punidos* por meio de transferências a postos de trabalho de menor prestígio. Além disso, as nomeações à Suprema Corte foram sistematicamente manipuladas, com o propósito de satisfazer aos anseios do partido dominante.⁴³⁸ No México, o Partido Revolucionário Institucional (PRI), que governou por cerca de sete décadas, também viabilizou pouca independência à Corte.⁴³⁹ Tanto Ríos Figueroa, como Castillejos-Aragon, confirmam que logo após a sua dominância, com o surgimento de um sistema político competitivo, se tornou muito mais difícil para o partido no poder subordinar a Corte, o que garantiu a ela (e a seus juízes) mais independência.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Confirmando a análise de Rebeca Bill Chavez, Yryczower, Spiller e Tommasi afirmam que em ambientes em que o Executivo não controla o Legislativo, a independência judicial é capaz de se desenvolver com maior força. Para os autores, a independência judicial na Argentina foi prejudicada porque os governos mantiveram na maior parte do tempo controle parcial ou completo sobre a Presidência e ambas as Casas do Congresso, o que teria sido dificultado caso a fragmentação de poder – prevista nas normas constitucionais, com diferentes vetos legislativos – tivesse se operacionalizado na prática (IARYCZOWER, Matías; SPILLER, Pablo T.; Tommasi, Mariano. *Judicial decision making in unstable environments, Argentina 1935-1998*. *American Journal of Political Science*, v.46, p.699-716, 2002).

⁴³⁸ Cf. nota 405. (RAMSEYER, Mark. The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach. *Journal of Legal Studies*, v.23, p.725-726, jun. 1994.; RAMSEYER, Mark; RASMUSEN, Eric B. Judicial Independence in a Civil Law Regime: the evidence from Japan. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v.13, n.2, p.268; 269, 1997).

⁴³⁹ Para Ríos-Figueroa, a Suprema Corte mexicana era uma peça a mais no sistema de partido dominante que distinguiu o país até aproximadamente o ano 2000, quando a fragmentação do poder político começou a se fazer presente. O PRI – Partido Revolucionário Institucional – foi capaz de incorporar o Judiciário dentro de uma estrutura corporativa, tal como fez com outros órgãos do governo, sindicatos, agricultores, exército e empresários. O sistema de partido dominante assegurou a cumplicidade do órgão judicial na construção e consolidação do sistema político mexicano. As várias reformas constitucionais que o partido dominante conseguiu facilmente aprovar desde 1917 contribuíram para uma relação de apoio mútuo que até recentemente existiu entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. De modo geral, portanto, o governo não fragmentado viabilizou pouca independência à Corte. (FIGUEROA, Ríos Julio Antonio. El surgimento de un poder judicial efectivo en México: gobierno dividido y toma de decisiones en la Suprema Corte de Justicia, 1994-2002. In: *Ensayos: el Poder Judicial en la transición y consolidación democrática en México*. México: Instituto Federal Electoral, 2004. p.17).

⁴⁴⁰ CASTILLEJOS-ARAGÓN, Mónica. The transformation of the mexican supreme court into an arena for political contestation. In: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A (Ed.). *Consequential Courts: judicial roles in global perspective*. New York: Cambridge University Press, 2013. p.138-160.

De forma diferente do que ocorre em sistemas de partido dominante, em países com uma cultura democrática bem estabelecida igualmente podem existir períodos de escassa fragmentação política, que também facilitam a aprovação de uma legislação ou que seja levada adiante outra medida que afronte a independência das Cortes (e de seus juízes). Chávez, Ferejohn e Weingast afirmam que nos Estados Unidos, por exemplo, o controle do governo por um partido majoritário ideologicamente unificado é algo raro na história do país, e, apesar dos padrões de controle partidário tenderem a ser relativamente estáveis durante largas eras eleitorais, a heterogeneidade interna dos partidos costuma produzir um nível moderado de fragmentação ideológica. Assim, as circunstâncias são normalmente favoráveis a um Judiciário independente.

Contudo, existiram períodos de repentina diminuição da fragmentação – quase sempre depois de uma eleição com uma vitória esmagadora que mudou o controle partidário do governo –, nos quais os atores políticos afrontaram mais diretamente a independência da Suprema Corte.⁴⁴¹ Em especial, três períodos destacados pelos autores chamam a atenção. O primeiro é o cenário de transição das eleições de 1800, já analisado no capítulo anterior. O período foi marcado por um predomínio Democrata esmagador, que permitiu ao Executivo e Legislativo facilmente unirem forças para promover afrontas institucionais contra a Corte (e seus juízes), a maior parte vinculadas ao contexto de julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, tais como: o pedido de *impeachment* contra o Justice Chase, a diminuição do número de membros da Corte, a ameaça de encerramento de suas atividades etc.⁴⁴²

O segundo período refere-se ao momento posterior à Guerra Civil, quando o Partido Republicano dominou a política nacional. Como já citado anteriormente, nesse período os Republicanos retiraram a jurisdição da Corte para o julgamento de apelações em *habeas corpus* (no caso *Ex Parte McCardle*). Já o terceiro período diz respeito às eleições de 1932, as quais marcaram um ponto decisivo na paisagem política dos Estados Unidos, quando o Partido Democrata ganhou um importante apoio no governo. No entanto, o referido Partido só se imporia de forma evidente em 1934 e 1936, o que levou aos poucos a independência da

⁴⁴¹ CHÁVEZ, Rebeca Bill; FEREJOHN, John A.; WAINGAST, Barry R. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.379-393.

⁴⁴² CHAVEZ; FEREJOHN; WAINGAST, loc. cit.

Suprema Corte a ser colocada em xeque, culminando com o famigerado *court-packing plan*, de Franklin Roosevelt.⁴⁴³

Como se verificou até aqui, quanto mais escassa a fragmentação política, mais comprometida estará a independência das Cortes (e de seus juízes), uma vez que mais fácil será para os atores políticos unirem forças para promover ações políticas hostis. Por outro lado, quanto maior a fragmentação, mais a independência judicial tende a ser preservada, tendo em vista a existência de uma oposição capaz de refrear os atores políticos que têm como propósito aprovar legislações e (ou) levar adiante práticas políticas *escusas* contra o ramo judicante e seus membros.

2.5.2 O apoio público

Além da fragmentação política, compreende-se que o apoio público também representa um fator determinante para a preservação da independência judicial. A ideia central é a de que os agentes eleitos, preocupados com a possibilidade de reeleição, imaginam que um ataque contra as Cortes pode provocar uma reação pública (*public backlash*) contra aqueles que procuram destruir uma instituição nacional *querida*.^{444,445} Georg Vanberg, um dos autores que mais se debruça sobre a temática, explica o argumento aduzindo que se um número suficientemente grande de cidadãos acredita que o respeito à independência judicial é um valor constitucional importante e, desde que exista um risco concreto de que esse público – que apoia um Judiciário independente – não irá coadunar com os agentes políticos que vierem a ameaçá-lo, poderosos incentivos para que esses agentes tolerem a independência judicial emergem.

⁴⁴³ CHÁVEZ, Rebeca Bill; FERREJOHN, John A.; WAINGAST, Barry R. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.386.

⁴⁴⁴ WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.459 et seq., 2003.

⁴⁴⁵ Segundo destaca Whittington, em alguns casos, a reação de um público internacional também pode ser relevante para o cálculo político (WHITTINGTON, loc. cit.).

Como já adiantado no item 2.2, porém, entende-se que o apoio público não colabora com a preservação da independência judicial isoladamente, mas em conjunto com a fragmentação política. Em outras palavras: reputa-se que os dois *limitadores* aqui em discussão não se excluem entre si, mas antes, se reforçam mutuamente, em uma espécie de interação simbiótica. Por terem sido abordadas em *linhas gerais* as variáveis existentes no processo de interação entre esses dois *limitadores*, julga-se relevante repisar essas variáveis neste ponto, a fim de exemplificá-las e aclará-las em maior minúcia. Em razão disso, primeiro serão tratadas as possibilidades de interação visualizadas em um contexto em que *não há fragmentação política* e depois as possibilidades de interação visualizadas em um contexto em que a *fragmentação existe*.

Pois bem. Como visto anteriormente, em contextos em que *não há fragmentação política*, os agentes eleitos têm mais facilidade de desrespeitar a independência das Cortes (e de seus juízes), porque, como aludido, eles conseguem com mais facilidade aprovar uma legislação ou levar adiante medidas que afrontem a independência das Cortes (como, por exemplo, *impeachment*, alteração da jurisdição, alteração do número de juízes, orçamento etc.). Porém, mesmo em um contexto em que *não há fragmentação política*, o apoio público pode exercer um papel importante na preservação da independência judicial. Há, aqui, duas possibilidades a serem consideradas.

A primeira é a existência de um **contexto sem fragmentação e sem apoio público**. Uma conjuntura com essas características, como visto, é a pior para a preservação da independência judicial, pois além de os atores políticos conseguirem facilmente aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à Corte (e seus juízes), em razão da ausência de fragmentação, como não há apoio público à Corte (e seus juízes), esses atores tendem a não temer a perda eleitoral. Diante disso, a tendência geral é a de que eles não se abstenham de levar adiante as ações hostis quando se sintam motivados a fazê-lo.

A segunda possibilidade é a de um **contexto sem fragmentação e com apoio público**. Nesse cenário, os atores políticos também podem facilmente conseguir aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à independência da Corte (e de seus juízes), em razão da ausência de fragmentação política. Porém, ao contrário da conjuntura anterior, a existência de apoio público pode representar uma barreira às afrontas institucionais. Um exemplo interessante nesse sentido pode ser visto no contexto de julgamento do *court-packing plan*, de Franklin Roosevelt. Como o caso já foi citado no capítulo anterior, serão abordados aqui apenas alguns detalhes adicionais, a fim de demonstrar que, mesmo em um momento de escassa fragmentação

política, que era o caso da conjuntura da época, o apoio público pode ter um papel importante na preservação da independência.

Como já é cediço, no contexto em que o *court-packing plan* veio à tona, os democratas estavam insatisfeitos com a Corte, porque ela estava reiteradamente *derrubando* as medidas por eles adotadas para retirar os Estados Unidos da crise econômica. Além disso, existia uma insatisfação pública com a posição que a instituição vinha adotando.⁴⁴⁶ Como mencionado no item anterior, as eleições de 1932 haviam marcado um ponto decisivo na paisagem política norte-americana, quando o Partido Democrata ganhou um importante apoio no governo. No entanto, o referido Partido só se imporia de forma evidente em 1934 e 1936⁴⁴⁷, colocando, a partir de então, a independência judicial em xeque. Como *os democratas detinham o controle sobre o Executivo e sobre o Legislativo*, eles conseguiram com facilidade levar adiante ações hostis contra a Corte, com o objetivo de forçá-la a mudar de posicionamento.

Apesar de a doutrina constitucional norte-americana ter se concentrado quase exclusivamente no apogeu de hostilidade em relação à Corte, em 1937, quando o *court-packing plan* de Roosevelt foi noticiado, existiu, no entanto, uma tensão muito mais intensa entre o Congresso e a Corte, especialmente a partir de meados da década de 1930, quando os democratas passaram a ter o controle sobre ambos os poderes.⁴⁴⁸ Tom Clark narra que, em 1936, duas propostas legislativas quase idênticas ao *court-packing plan* – HR 10102 e 10362 – foram introduzidas no Congresso. Quando o novo Congresso veio a Washington, em janeiro de 1937, nada menos do que treze projetos de lei *court-curbing* foram imediatamente introduzidos e dez deles tratavam especificamente do uso da *judicial review*.⁴⁴⁹

O *court-packing plan* veio no final desse confronto e, conforme destacado no capítulo 1, narra-se que o Congresso nunca aprovou a medida porque a opinião pública foi fortemente

⁴⁴⁶ GEYH, Charles Gardner. *When Courts & Congress Collide: the struggle for control of America's Judicial System*. The university of Michigan Press, 2008. p.79-80.

⁴⁴⁷ CHÁVEZ, Rebeca Bill; FEREJOHN, John A.; WAINGAST, Barry R. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.379-393.

⁴⁴⁸ CLARK, Tom. The Public and Judicial Independence. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.138 et seq.

⁴⁴⁹ CLARK, loc. cit.

contra ela.⁴⁵⁰ Conforme sugere a doutrina, os norte-americanos consideravam a independência judicial um valor importante a ser preservado, e isso fez com que os atores políticos, temendo o risco de perda eleitoral, recusassem a aprovar a medida, mesmo tendo o controle sobre o Legislativo e o Executivo.⁴⁵¹ Daí ser possível afirmar que, mesmo em um contexto de escassa fragmentação política – como era o caso na ocasião em que o *court-packing plan* veio à tona –, o apoio público tem um papel importante na preservação da independência judicial.

Entende-se, porém, que isso é tanto mais verdadeiro quanto menor é o período em que a ausência de fragmentação se impõe. Isso porque, em contextos em que a ausência de fragmentação do poder é longa, a tendência geral é a de que a pressão política sobre o ramo judicante aumente. Além disso, uma situação de ausência de fragmentação prolongada em um contexto *democrático* costuma caracterizar um governo de partido dominante – a exemplo do que se viu na Argentina, México e Japão –, os quais usualmente contam com apoio popular amplo, e por isso, caso venham a promover ações hostis contra as Cortes (e seus juízes), estas podem não gerar tanta oposição pública.

Analisadas as possibilidades existentes dentro de um contexto de ausência de fragmentação do poder, cabe agora avançar sobre as possibilidades existentes em um contexto em que a *fragmentação existe*. Ao contrário do que se viu anteriormente, em contextos em que há fragmentação, as autoridades públicas, em geral, têm mais dificuldade em desrespeitar a independência das Cortes (e de seus juízes). Porém, mesmo em um contexto com essa característica, não se descarta a possibilidade de os atores políticos conseguirem reunir esforços para afrontar a independência, especialmente em situações em que o apoio público às Cortes (e seus juízes) *não existe ou diminuiu substancialmente*. Há, portanto, também aqui, duas possibilidades a serem consideradas.

A primeira delas é a de um **contexto com fragmentação e sem apoio público**. Em um cenário com essas características, os atores políticos têm mais dificuldade de conseguir

⁴⁵⁰ MILLER, Mark C. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009. p.65-69.

⁴⁵¹ Tratando sobre o episódio, Friedman sugere que a opinião popular é a chave para sobreviver a qualquer possível ataque empreendido pelos poderes políticos. Em sua opinião, os atores políticos desafiaram e continuarão desafiando a autoridade judicial ou a sua independência quando isso serve aos seus interesses. Entretanto, se esses ataques irão ou não triunfar, dependerá de como o público os veja (FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, v.101, p.2595 et seq., 2003).

aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à Corte (e seus juízes), em razão da existência de fragmentação política. Porém, à medida que o apoio público à instituição (e seus membros) não existe, ou diminuiu, os atores políticos – em tese – conseguiriam mais facilmente *farçar* e (ou) *reunir esforços* para aprovar e (ou) levar adiante esse tipo de ação política hostil, já que não teriam receio de perda eleitoral (ou, em caso de diminuição do apoio, poderiam até mesmo ser estimulados pelo público a fazê-lo). Um exemplo em que existia fragmentação do poder, mas a *ausência* de apoio público facilitou ações políticas contra a Corte Constitucional (e seus juízes) é citado no estudo de Andrea Castagnola e Aníbal Pérez Liñán.⁴⁵²

Conforme narram os autores, o Tribunal Constitucional da Bolívia foi criado em 1995, e começou a funcionar em 1998. Apesar de atingir um ativismo sem precedentes nos seus primeiros cinco anos⁴⁵³, ele decaiu vertiginosamente em pouco mais de uma década. Os bolivianos não confiavam muito na instituição. Uma pesquisa de opinião pública (LAPOP) realizada no ano de 2004, que entrevistou 3.073 cidadãos, demonstrou que praticamente seis anos depois do início de funcionamento do Tribunal, a confiança pública no Judiciário em geral continuava sendo muito reduzida, e, especificamente, a confiança no Tribunal Constitucional não obteve um resultado substancialmente melhor do que a Suprema Corte, que já existia antes de 1995 e era bem menos atuante na vida política do país.⁴⁵⁴

⁴⁵² CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.473-514.

⁴⁵³ Já existia na Bolívia o controle de constitucionalidade "difuso atípico", a cargo da Suprema Corte Boliviana, desde 1861 (e consolidado no texto constitucional de 1878), porém, esta última nunca havia adotado um papel ativista na proteção de direitos, nem na resolução de conflitos políticos. Com uma ampla reforma processual, a qual incluiu controle constitucional sob a forma concentrada e outras mudanças significativas, o Tribunal Constitucional recém-criado pôde atuar de forma intensa na vida política do país. Isso pode ser visto em números: entre 1972 e 1998, antes da criação do Tribunal Constitucional, a Suprema Corte questionou a constitucionalidade de 35 normas, uma média de 1,3 normas por ano, ou seja, ela raramente decidia contra o Executivo e o Legislativo. Após a criação do Tribunal Constitucional e, até antes de ele vir a ser desmantelado, em 2008, ele declarou 59 normas inconstitucionais, uma média de 6,5 normas por ano. A atividade do Tribunal aumentou de 475 decisões em 1999 para 2357 decisões em 2004 (Ibid., p.475-486).

⁴⁵⁴ O estudo realizado em 2004 (LAPOP) entrevistou 3.073 cidadãos, a quem se pedia que qualificasse, em uma escala de 1 a 7, os níveis de confiança nos organismos judiciais. Os resultados do estudo sugeriram que apesar das reformas judiciais dos anos 90, e depois da criação do Tribunal Constitucional, a confiança pública no Judiciário continuava sendo reduzida. O Tribunal Constitucional não obteve um resultado melhor do que a Suprema Corte em termos de imagem pública. Além disso, a aprovação foi relativamente baixa nos Distritos mais povoados (La Paz, Santa Cruz e Cochabamba) (Ibid., p.495-497).

A vitória de Evo Morales nas eleições presidenciais bolivianas em dezembro de 2005, e a sua ascensão ao cargo, foi o marco da "ruína" do tribunal, uma vez que o Presidente contribuiu muito para a renúncia de vários de seus juízes. Ele "desrespeitou" a independência dos juízes empossados, acusando-os de corrupção e ultrajando a imagem já desgastada do Judiciário perante o público. O Presidente também ingressou com processos de *impeachment* contra os juízes em ocasiões em que as decisões proferidas não o agradaram. Apesar de esses processos de *impeachment* não terem logrado êxito – *em razão da fragmentação de poder no início do seu governo* –, isso não impediu que os juízes renunciassem. Vários deixaram o cargo reclamando da falta de independência. Mas o problema não era apenas este: como a escolha dos juízes era feita pelo Congresso, que se opunha a Evo Morales, e não queria aceitar os seus indicados para o Tribunal, as designações deixaram de ser feitas, até que não sobrou um único juiz para julgar os casos em plenário.⁴⁵⁵

Segundo Andrea Castagnola e Aníbal Pérez Liñán, o Tribunal Constitucional iniciou os seus trabalhos impondo a sua autoridade para mediar conflitos entre as elites e proteger direitos individuais, mas o apoio público que poderia ter protegido o Tribunal de ataques políticos estava em grande medida ausente.⁴⁵⁶ Alguns episódios mais relevantes da afronta do Presidente Evo Morales à independência judicial merecem ser mencionados. Em março de 2006, dois meses depois de Evo Morales assumir o cargo, em resposta a uma greve em uma companhia aérea *Loyd Aéreo Boliviano*, que havia sido parcialmente privatizada em 1996, o Presidente determinou uma intervenção pública em suas instalações. Quando o Tribunal Constitucional admitiu a ordem de anulação apresentada pela *Loyd*, Evo Morales alegou que os juízes haviam recebido subornos, ou seja, acusou-os de corrupção.⁴⁵⁷

Os membros do Tribunal condenaram veementemente as acusações do Presidente, e a magistrada Salame Farjat ameaçou apresentar uma demanda contra o Presidente na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, o Ministro da Presidência acabou se desculpando pelas acusações e o incidente foi encerrado. Todavia, pouco depois o magistrado Durán

⁴⁵⁵ CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.502.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p.507.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p.503.

apresentou a sua renúncia e o magistrado Trednick Abasto se afastou do Tribunal para ocupar um cargo de embaixador no Brasil.⁴⁵⁸

Outro episódio que merece destaque ocorreu em dezembro de 2006, quando o Tribunal operava com apenas oito dos seus dez membros (cinco permanentes e cinco suplentes) e o Congresso não nomeava novos juízes. Aproveitando o recesso do Congresso "recalcitrante", Evo Morales assinou um decreto para preencher as vagas faltantes no Tribunal com "*miembros interinos*" (Decreto n.º 28.993), ou seja, membros provisórios, até que novos juízes fossem indicados pelo Congresso. Como era de se esperar, a legislatura questionou o decreto do Executivo perante o Tribunal. O caso foi decidido em maio de 2007, sendo que quatro dos cinco magistrados concluíram que o decreto presidencial era constitucional, mas que as nomeações se limitavam a um prazo de apenas 90 dias (SC 0018/2007). Dois dias depois, Evo Morales solicitou que o Tribunal reconsiderasse o limite de 90 dias, contudo, o seu pedido não foi acolhido. Em resposta, Morales pediu ao Congresso que iniciasse um juízo de responsabilidade (*impeachment*) contra os juízes, os quais foram acusados de corrupção e "politização". O governo solicitou a demissão de todos os membros do Tribunal.⁴⁵⁹

O juízo de responsabilidade (*impeachment*) se estendeu de maio a outubro de 2007. Em outubro, o Senado absolveu os magistrados, porém, o governo logo apresentou novas acusações. Isso fez com que, pouco tempo depois, dois outros juízes titulares do Tribunal (Elizabeth Iñiguez de Salinas e Martha Rojas Álvarez) apresentassem a sua renúncia e denunciasses a perseguição política, a difamação pública e a falta de independência do Poder Judiciário. Em dezembro, o Juiz Wálter Raña Arana renunciou depois de receber ameaças contra a sua integridade física. Essas saídas privaram o Tribunal da maioria requerida para tomar decisões. No final de 2007, restavam no Tribunal apenas dois magistrados: Silvia Salame Farjat e Atemio Arias Romero, sendo que este último, em março de 2008, renunciou como resposta à manipulação do Judiciário.⁴⁶⁰

Sozinha no Tribunal, Salame Farjat começou a emitir decretos administrativos, os quais constituíam a única medida que o Tribunal ainda podia adotar. Salame Farjat utilizou os

⁴⁵⁸ CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.503.

⁴⁵⁹ Ibid., p.504-505.

⁴⁶⁰ Ibid., p.505.

decretos do Tribunal como "lembretes" públicos da jurisprudência relevante, para guiar as decisões dos juízes inferiores. O seu decreto mais controverso, pronunciado em julho de 2008, Farjat indicou que o referendo revocatório dos mandatos do Presidente Evo Morales e de outros oito prefeitos, previsto para 8 de agosto, não deveriam ser realizados. A Corte Nacional Eleitoral, porém, não apoiou a sua opinião (Evo Morales foi ratificado em seu cargo com 67% dos votos) e o governo rapidamente iniciou os trâmites de um juízo de responsabilidade (*impeachment*) contra ela.⁴⁶¹

Em maio de 2009, Silvia Salame Farjat finalmente apresentou a sua renúncia, depois de denunciar um acordo entre o governo e o "*Consejo de la Judicatura*" para reduzir o orçamento do Tribunal. Ela também assinalou, em uma conferência de imprensa, que mais de 4.000 casos esperavam sentença. Até princípios de 2010, o Tribunal estava paralisado devido à falta de membros. Em 2009, uma nova Constituição havia sido aprovada no país, a qual modificava a forma de nomeação dos juízes do Tribunal Constitucional. Dentre outras mudanças⁴⁶², os membros do Tribunal passaram a ser eleitos de forma democrática, para um mandato de seis anos (sem possibilidade de reeleição).

Considerando que a eleição popular de juízes estipulada pela nova Constituição demoraria muitos meses para ser implementada, e depois que o partido de Evo Morales ganhou as eleições gerais em dezembro de 2009, capturando 68% dos assentos na Câmara e 72% no Senado, o Presidente introduziu o projeto de lei para designar *juízes interinos*, o qual foi aprovado pelo Congresso em fevereiro de 2010. O Congresso também estabeleceu para

⁴⁶¹ CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.505.

⁴⁶² Sobre as mudanças introduzidas pela Constituição de 2009, vejam-se as palavras de Andrea Castagnola e Aníbal Pérez Liñán: "*La Constitución de 2009 también modificó otras características del Tribunal Constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional plurinomial estaría formado con Magistrados reclutados de los distintos niveles del Poder Judicial (justicia ordinaria) y con representantes de sistema de justicia indígena (justicia indígena campesina) (artículo 197). El texto constitucional no establece el número de Magistrados que lo componen, y los miembros del Tribunal deben ser electos en forma democrática por un término de seis años sin reelección (artículos 197, 198 y 200). Los candidatos al cargo deben ser nominados por las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos indígenas, pero el Congreso está a cargo de elaborar una lista final de candidatos (aprobada con dos tercios de los votos en una sesión conjunta) para ser sometida al electorado*". (Ibid., p.495).

dezembro de 2010 a data para a primeira eleição popular para o Tribunal Constitucional (e também para a Suprema Corte).⁴⁶³

Em suma, a despeito da fragmentação política existente quando Evo Morales assumiu o cargo (o que mudou a partir de dezembro de 2009), não foram vistas reações públicas na Bolívia contra as ações do Presidente que pudessem fazê-lo recuar de levar adiante ações políticas hostis contra o Tribunal (e seus juízes). Os cidadãos em geral não acreditavam que o respeito à independência judicial era um valor constitucional importante, bem como nenhuma reação pública (*public backlash*) era esperada pelo(s) ator(es) que *retaliava(m)* o Tribunal. Como não havia um *custo* eleitoral a ser considerado, o desrespeito à independência se tornou facilitado.

Além dos reveladores dados da pesquisa de opinião pública, que demonstraram a falta de confiança pública no Tribunal, Andrea Castagnola e Aníbal Pérez Liñán mencionam dois outros episódios em que fica evidente a falta de uma tradição de *apoio e respeito* à instituição judicial. O primeiro deles é o pedido de renúncia do Magistrado Rivera Santivañez, em janeiro de 2006, alegando estar *cansado* das críticas da opinião pública contra as suas posturas. O outro episódio ocorreu em abril de 2007, quando aproximadamente 2.000 trabalhadores de uma Mina de Posokoni se manifestaram em frente ao Tribunal. Os trabalhadores queriam que a instituição denegasse uma demanda de inconstitucionalidade contra um decreto presidencial que cancelava licenças de exploração em favor da companhia estatal COMIBOL. Na ocasião, os manifestantes chegaram a colocar bombas em frente à sede do Tribunal para dar mais apoio a seu caso.⁴⁶⁴

Como narrado anteriormente, em um contexto em que *há fragmentação e não há apoio público*, os atores políticos têm mais dificuldade de conseguir aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à Corte (e seus juízes), mas se o apoio público à instituição judicial (e seus membros) *não existe*, ou *diminuiu*, os atores políticos – em tese – conseguiriam mais facilmente forçar e (ou) reunir esforços para aprovar e (ou) levar adiante esse tipo de ação política hostil, já que não teriam receio de perda eleitoral. O caso da Bolívia revela uma situação em que o *apoio público não existia*, e por isso, as afrontas à independência do Tribunal

⁴⁶³ CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.506-507.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p.503.

Constitucional (e de seus membros) se tornaram facilitadas. Há, porém, outro cenário possível em um contexto de fragmentação do poder, verificável quando o *apoio público diminuiu*.

Nesse caso, os atores políticos também poderiam mais facilmente *reunir esforços* para aprovar e (ou) levar adiante ações políticas invasivas, pois não teriam receio de perda eleitoral (e, muitas vezes, até mesmo poderiam agir motivados/estimulados pela insatisfação pública). Um exemplo em que a fragmentação existia, mas a *diminuição* do apoio público facilitou ações políticas contra a Corte Constitucional, é citado por Ran Hirshl em um de seus estudos sobre o "empoderamento judicial".⁴⁶⁵ O professor canadense narra que a *revolução constitucional* promovida em Israel, em 1992, ocorreu justamente porque os representantes da burguesia secular, que tinham anteriormente o controle sobre o poder político, vinham perdendo a sua hegemonia há algum tempo para grupos periféricos, o que *indica a existência de fragmentação do poder político*.⁴⁶⁶

Segundo Hirshl, nos anos que antecederam a *revolução constitucional*, de 1992, a Suprema Corte de Israel apresentava índices elevados de apoio público, com quase 70% dos israelenses apresentando altos níveis de confiança pública em seu sistema legal (em estudo empírico realizado em 1991). Em outra pesquisa abrangente de opinião pública realizada em 1994, 85% dos israelenses expressaram altos níveis de confiança na Suprema Corte, enquanto apenas 41% e 21% expressavam altos níveis de apoio ao Congresso (Knesset) e aos partidos políticos, respectivamente. Depois da *revolução constitucional*, porém, houve uma erosão crescente da imagem pública da Suprema Corte de Israel, como árbitro autônomo e politicamente imparcial, o que ocorreu muito em razão do emprego dos novos poderes que a Corte recebeu.⁴⁶⁷

Representantes políticos de grupos minoritários passaram a perceber que as políticas públicas aprovadas na esfera majoritária e os arranjos políticos possivelmente seriam revistos

⁴⁶⁵ HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions. *Law & Social Inquiry*, v.25, n.1, p.91-149, winter 2000.

⁴⁶⁶ Em seu estudo, Hirschl aduz que o bloco de membros do Knesset, representando as preferências políticas da burguesia secular, perdeu muito o seu poder eleitoral combinado entre 1981 e 1999. O declínio contínuo da agenda burguesa secular teria sido acompanhado por um aumento dramático na força eleitoral dos partidos representando minorias desfavorecidas na sociedade israelense. Juntos, os partidos que representavam grupos marginalizados na sociedade israelense mais do que dobrou entre 1981 e 1999. Os resultados das eleições de 1996 e 1999, de Israel, mostraram claramente que os partidos que representavam este último grupo tornaram-se significativamente mais fortes, em uma condição de equilíbrio com o grupo anteriormente dominante (Ibid., p.109; 148).

⁴⁶⁷ Ibid., p.122.

por uma Suprema Corte hostil. Como resultado, a Corte e seus juizes passaram a ser vistos cada vez mais como fazendo avançar a sua própria agenda política, identificada com o segmento secular-liberal da sociedade israelense. A maior parte da oposição à Corte (e seus membros) veio dos representantes das minorias periféricas, principalmente dos círculos religiosos ortodoxos e judeus pobres Mizrahi.⁴⁶⁸

No verão de 1997, por exemplo, a polícia e os judeus ortodoxos entraram em confronto em Jerusalém, após uma decisão da Suprema Corte no caso Bar-Ilan Road Affair, que suspendeu uma proibição sobre o tráfego de veículos em uma avenida movimentada durante o sábado judaico. Outra controvérsia eclodiu no segundo semestre de 1997, envolvendo decisões que estabeleceram o direito das mulheres e judeus não ortodoxos para integrar os Conselhos Religiosos. O ressentimento da comunidade religiosa ortodoxa com o Judiciário israelense se intensificou em 1999, com a condenação de um líder religioso (MK Ariele Deri) perante uma Corte Distrital de Israel, o que foi interpretado como uma conspiração da elite dominante Ashkenazi contra os *grupos periféricos* Mizrahi.

Em fevereiro de 1999, após uma decisão da Suprema Corte expressando descontentamento com o atraso na convocação dos Conselhos Religiosos Mistos, uma revolta ocorreu nos círculos ortodoxos contra o estabelecimento de um regime secular – defendido pela elite dominante Ashkenazi e refletido nas decisões da Corte – e, em geral, contra a Suprema Corte. A revolta atingiu o seu apogeu quando cerca de 250.000 pessoas participaram de uma manifestação contra a Corte, em Jerusalém. Durante a pugna, líderes da comunidade ultraortodoxa, com representação no Congresso (Knesset), afirmavam em discursos públicos que a interpretação da Corte das Leis Básicas aprovadas em 1992 era "uma completa fraude" e que essas eram "as últimas Leis Básicas que seriam aprovadas no Knesset".⁴⁶⁹ Outros líderes mais revoltosos afirmaram: "se depois dessa demonstração a Suprema não estiver convencida de que não deve se envolver em questões igreja-Estado, haverá guerra... as pessoas que estão aqui estão prontas para invadir qualquer espaço".⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions. *Law & Social Inquiry*, v.25, n.1, p.122, winter 2000.

⁴⁶⁹ "Rabbi Moshe Gafni, an ultra-Orthodox MK, stated that the Court's interpretation of the 1992 Basic Laws 'is a complete fraud', and vowed that 'these are the last Basic Laws that will pass the Knesset'." (Ibid., p.123).

⁴⁷⁰ "Menahem Porush, one the Ashkenazi Orthodox religious leaders, threatened the court by saying that 'if after this demonstration the Supreme Court is not convinced to cease involvement in church-state issues, there will be war... The people who were here are ready to invade any space'" (HIRSCHL, loc. cit.).

Hirshl narra que na arena política tem havido chamadas de vários grupos do Congresso (Knesset) para alterar as Leis Básicas e limitar o âmbito de adjudicação da Suprema Corte. Em dezembro de 1999, o Congresso (Knesset) aprovou uma resolução reconhecendo a necessidade de *judicial review* das leis e convidando as figuras políticas a exercerem restrição pessoal em suas relações com as autoridades judiciais e a respeitarem a sua independência. Não surpreendentemente, a resolução foi iniciada pelo MK Meridor (partido de centro) e Rubenstein (Meretz) e apoiada por uma coalizão *ad hoc* de representantes da população secular de Israel, enquanto todos os partidos "religiosos" se opuseram a ela.⁴⁷¹

Na visão de Hirshl, o envolvimento sem precedentes da Suprema Corte israelense em quase todos os aspectos da vida pública, aumentando a identificação da Corte com os setores sociais específicos na política israelense, e o ressentimento evidente entre os círculos religiosos com a Corte, geraram uma erosão de sua imagem pública como um organismo de decisão *apolítica*. Isso levou ao comprometimento do apoio público que a Corte dispunha e fez com que medidas *court-curbing* avançassem no Congresso.⁴⁷² Embora o caso de Israel seja bastante peculiar, em razão das disputas político-religiosas envolvidas, o exemplo parece deixar claro que mesmo em uma situação em que há fragmentação do poder, quando o apoio público à Corte diminui, as Cortes Constitucionais (e seus juízes) ficam em uma posição de maior fragilidade.

Por fim, cabe tratar de uma última possibilidade de interação entre os limitadores apresentados em um cenário de *fragmentação política*: um **contexto com fragmentação e com apoio público**. Entende-se que em um contexto com tais características os atores políticos tendem a respeitar a independência em maior grau, por isso, reputa-se que este é o cenário ideal para a preservação da independência judicial. À medida que atores políticos têm dificuldade em aprovar e (ou) levar adiante medidas em retaliação, em razão da fragmentação do poder, e, além disso, temem a perda eleitoral, em razão da existência de apoio público à Corte (e seus juízes), presume-se que não será comum verificar *na prática* ações políticas hostis (ou, se virem a ocorrer, elas tendem a ser rechaçadas).

Um exemplo bastante revelador nesse sentido é apresentado por Georg Vanberg, ao tratar dos esforços do governo alemão do pós-guerra para minar a independência do Tribunal

⁴⁷¹ HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions. *Law & Social Inquiry*, v.25, n.1, p.123, winter 2000.

⁴⁷² Ibid., p.123-125.

Constitucional.⁴⁷³ Em linhas gerais, o caso consistiu em um confronto ocorrido em 1952 entre o governo Adenauer e o Tribunal Constitucional Alemão, em razão de uma série de processos judiciais iniciados para apreciar a constitucionalidade de dois tratados: o *General Treaty* e o *European Defense Community Treaty*.⁴⁷⁴ Na ocasião, o governo estava profundamente comprometido com os tratados e considerava a sua ratificação uma pedra fundamental da sua política externa, porém, a sua ação estava sendo alvo de uma oposição ferrenha do partido *Social Democrats*, que questionava a constitucionalidade dos tratados junto ao Tribunal (o que indica a existência de fragmentação do poder político).

Percebendo que poderia perder o pleito, apesar das variadas manobras para transferir a apreciação do caso para a *Senate*⁴⁷⁵ que lhe parecia mais favorável⁴⁷⁶, o governo ponderou colocar pressão sobre o Tribunal, levantando a possibilidade de mudar a estrutura institucional do Tribunal.⁴⁷⁷ O objetivo era alcançar um julgamento plenário favorável. Porém, antes de adotar qualquer medida contra a instituição judicial, o governo cometeu o "erro" de fazer declarações à imprensa revelando as suas pretensões. Os líderes do governo acusaram publicamente o Tribunal de agir de forma inconstitucional e deixaram claro que não estavam dispostos a aceitar as suas decisões (levantando a possibilidade – como aludido – de realizar mudanças em sua estrutura). As mesmas acusações foram feitas em outros meios de comunicação de massa nos dias subsequentes.

⁴⁷³ VANBERG, Georg. Establishing judicial Independence in West Germany: the impact of opinion leadership and separation of powers. *Comparative Politics*, n.32, p.333-353, Apr. 2000.

⁴⁷⁴ O primeiro restaurou a soberania da Alemanha Ocidental e o segundo estabeleceu um sistema europeu de defesa para o qual as forças alemãs contribuiriam (Ibid., p.341-342).

⁴⁷⁵ Segundo explica Georg Vanberg, o Bundesverfassungsgericht é um exemplo típico de um tribunal Kelsen. A estrutura do tribunal é regida por dois documentos. A *Basic Law* prevê o estabelecimento do Tribunal Constitucional, define jurisdição do Tribunal e impõe algumas exigências processuais mínimas para a seleção de juízes. Os detalhes da organização do Tribunal são preenchidos pela FCCA. A característica mais distintiva da organização do Tribunal é a sua divisão em dois corpos separados, os *Senates*. Os juízes são nomeados para um *Senat* específico e servem exclusivamente nesse *Senat*. Cada um tem uma jurisdição única. Em um sentido muito real, o Bundesverfassungsgericht consiste em dois Tribunais Constitucionais – um arranjo que é incomum entre os Tribunais Constitucionais. O caráter dual do Tribunal está ainda refletido em sua estrutura física. Cada *Senat* ocupa um andar separado no edifício do Tribunal em Karlsruhe. Os *Senates* se juntam como um "panel" só para resolver os conflitos de jurisdição ou diferenças de interpretação constitucional entre os *Senates* (VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.80-81).

⁴⁷⁶ Id. Establishing judicial Independence in West Germany: the impact of opinion leadership and separation of powers. *Comparative Politics*, n.32, p.342-343, Apr. 2000.

⁴⁷⁷ Ibid., p.343-344.

Como relata Vanberg, porém, essa eloquência do governo Adenauer durou pouco tempo, pois, dentro de apenas duas semanas, e de forma muito mais humilde, o governo publicou uma declaração unânime de apoio ao Tribunal, abandonando todas as tentativas de interferir em sua estrutura. Segundo o autor, a única explicação para essa reviravolta foi o receio de uma reação pública (*public backlash*) contra o governo. A resposta da opinião pública foi negativa, o que levou o governo Adenauer a acreditar que seguir esse curso de ação seria eleitoralmente caro. Editoriais de apoio ao Tribunal foram vistos nas primeiras páginas da maioria dos jornais importantes, e esse apoio considerável que o Tribunal recebeu fez com que os assessores mais próximos de Adenauer concordassem que qualquer tentativa de manipulação institucional seria politicamente inaceitável.

Adenauer também se convenceu de que o governo não podia se dar ao luxo de passar por cima do Tribunal. Durante uma entrevista de rádio, ele declarou: "para mim, só há a FCC. Eu, como todos, aceito o Tribunal como a mais alta autoridade constitucional da República Federal. Portanto, não posso conceber vê-lo como um aliado político ou inimigo".⁴⁷⁸ Como resultado, a *Second Senate* do Tribunal conseguiu decidir o caso de forma independente, rejeitando o último procedimento pendente do governo contra a oposição.

Esse caso demonstra que um ambiente de fragmentação política e apoio público é favorável ao desenvolvimento da independência judicial. Além da existência de uma oposição ao governo representar, por si só, uma 'barreira' contra investidas impróprias sobre a esfera judicial, o caso alemão demonstra que o apoio público também é um favor importante à preservação da independência. Não obstante, mesmo em um contexto assim, entende-se que a manutenção do apoio público representa sempre um *desafio*, uma vez que, se o apoio público *diminuir*, volta-se ao cenário anterior, no qual o Tribunal e seus juízes ficam em uma situação de maior debilidade.

⁴⁷⁸ "for me, there is only the FCC. I like everyone else, except that court as the highest constitutional authority of the Federal Republic. Therefore I can not conceive of viewing it as a political ally or foe" (VANBERG, Georg. Establishing judicial Independence in West Germany: the impact of opinion leadership and separation of powers. *Comparative Politics*, n.32, p.343-344, Apr. 2000).

2.6 Os fatores que determinam o apoio público e o seu impacto sobre o comportamento judicial

Tendo em vista a importância do apoio público como um *limitador* às ações políticas hostis, este item é dedicado a analisar os fatores que determinam o apoio público, assim como o impacto desses fatores sobre o comportamento judicial. Seguindo uma longa tradição de pesquisa da ciência política, iniciada por David Easton⁴⁷⁹, a literatura acadêmica tem oferecido dois sentidos básicos para *apoio público*: o apoio específico e o apoio difuso. O primeiro refere-se à aprovação de uma decisão em um caso particular, enquanto o segundo consiste em um apoio mais amplo à Corte como instituição (independentemente de uma decisão em um caso particular).⁴⁸⁰ Em certo sentido, o apoio difuso é um *reservatório de boa vontade*.⁴⁸¹ Ele representa o *nível de tolerância* do público em relação à Corte quando esta toma decisões que desagradam a opinião pública. O apoio difuso permite que a Corte mantenha uma *visão pública positiva*, mesmo em situações em que ela não conta com um apoio específico a uma determinada decisão.⁴⁸²

O caso *Bush v. Gore*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é um ótimo exemplo para demonstrar como o apoio público pode se manifestar. Gibson, Caldeira e Spence desenvolveram um estudo no qual demonstram que, apesar de severas críticas no sentido da influência partidária da decisão, pesquisas de opinião pública revelaram que os níveis de aprovação popular à Corte se mantiveram estáveis, o que significa que, embora a

⁴⁷⁹ EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p.168 et seq.

⁴⁸⁰ EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p.168 et seq.

⁴⁸¹ David Easton utiliza o termo "reserva de suporte", veja-se: "[...] nenhum sistema poderia persistir por muito tempo se não procurasse construir uma reserva de suporte [...] com a qual pudessem contar independentemente dos problemas, tribulações ou frustrações de desejos particulares que os membros podem experimentar no momento" (Ibid., p.170). Gregory A. Caldeira e James L. Gibson empregam o termo "*reservoir of goodwill*", veja-se: "No political institution can survive if support for it is contingent upon satisfaction with policy outputs; all political institutions require a 'reservoir' of goodwill" (CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v.36, n.3, p.637, Aug.1992).

⁴⁸² CLARK, Tom. The Public and Judicial Independence. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.125-126.

decisão tenha sido impopular, a instituição manteve o apoio difuso.⁴⁸³ Essa divisão faz sentido analítico quando se fala em independência judicial, uma vez que é plenamente possível que alguém considere uma Corte Constitucional como uma valiosa instituição no sistema político, opondo-se às ameaças à sua independência, mesmo que de vez em quando discorde de decisões judiciais particulares.⁴⁸⁴

Essa divisão também sugere que o apoio público às Cortes tende a ser mais duradouro, i. é, não se esvai com qualquer decisão impopular proferida. E, mais: indica que a discordância pública com decisões específicas não é um fator que fundamentalmente favorece que atores políticos levem adiante afrontas institucionais. Explica-se: como visto ao longo deste estudo, a expectativa de uma reação pública (*public backlash*) é um fator importante nos cálculos políticos quando eles avaliam se irão promover afrontas institucionais, daí que, à primeira vista, poderia não importar se os cidadãos não apoiam a Corte porque eles não aprovam uma decisão específica (apoio específico) ou por que eles não apoiam a Corte como instituição (apoio difuso). O que importaria, sob esse raciocínio, seria que um número suficiente de cidadãos simplesmente dê apoio à Corte, a fim de aumentar o "custo" de um "ataque" institucional.⁴⁸⁵

No entanto, como a teoria do apoio difuso (ou da legitimidade) sugere, o apoio público é mais resistente, e, por isso, os atores políticos podem temer a perda eleitoral, ainda que os cidadãos não apoiem a Corte em decisões específicas (apoio específico). Desse modo, a conduta dos atores políticos de recuar em levar adiante ações políticas hostis contra as Cortes (e seus membros) está mais detidamente vinculada à existência (ou não) do apoio difuso, de modo que eles são (mais) tendentes a levar adiante essas afrontas institucionais quando o apoio difuso *não se formou*, ou então, quando ele *diminuiu substancialmente*. Por isso, é importante compreender quais são os fatores que determinam o apoio público difuso. Sobre o

⁴⁸³ GIBSON, James; CALDEIRA, Gregory A.; SPENCE, Lester Kenyatta. The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise? *British Journal of Political Science*, v.33, p.535-556, 2003.

⁴⁸⁴ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.49-50.

⁴⁸⁵ VANBERG, loc. cit.

tema, a doutrina apresenta discordâncias⁴⁸⁶, porém, *duas explicações* – que não se excluem entre si – são geralmente as mais difundidas entre os autores que abordam a temática.

A primeira é a de que o apoio difuso seria constituído pela satisfação dos cidadãos com os resultados das decisões/posições específicas da Corte ao longo do tempo. Em outras palavras: o apoio a decisões específicas proferidas pela Corte Constitucional seria um dos fatores de como uma pessoa avalia a Corte com o passar do tempo.⁴⁸⁷ Essa linha de pesquisa tem demonstrado existir uma relação dinâmica entre apoio específico e difuso. Por exemplo, Jeffrey Mondak demonstrou que o apoio difuso à Suprema Corte norte-americana pelos inquiridos aumentou depois deles terem sido expostos a decisões judiciais hipotéticas alinhadas a suas predisposições ideológicas.⁴⁸⁸

Gibson, Caldeira e Baird, em pesquisa envolvendo dezoito países da Europa Central e Oriental (incluindo a Rússia), bem como tribunais da Grã-Bretanha, Bélgica, Dinamarca, Holanda e dos Estados Unidos, com dados coletados em 1993-1996, constataram que o apoio difuso espelhou o apoio específico.⁴⁸⁹ Em uma pesquisa empírica, Durr, Martin e Wolbrecht concluíram que apoio público para as Cortes diminuía em resposta às decisões que estavam consistentemente fora de sintonia com as posições ideológicas do público.⁴⁹⁰ As entrevistas de

⁴⁸⁶ Para outras posições, cf. VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.99-118; e Id. Constitutional Courts in Comparative Perspective: a theoretical Assessment. *Annual Review of Political Science*, v.18, p.167-185, 2015.

⁴⁸⁷ Id. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.49-50.

⁴⁸⁸ MONDAK, Jeffrey. Institutional Legitimacy, Policy Legitimacy, and the Supreme Court. *American Politics Quarterly*, v.20, p.457-477, 1992.

⁴⁸⁹ Gibson, Caldeira, e Baird desenvolveram um estudo para analisar o apoio público aos Tribunais Constitucionais, o qual envolveu dezoito países da Europa Central e Oriental (incluindo a Rússia), bem como Tribunais da Grã-Bretanha, Bélgica, Dinamarca, Holanda e dos Estados Unidos. Os autores demonstraram a existência de apoio difuso na maioria dos países da amostra, com elevados índices nos Estados Unidos, na Holanda, Dinamarca, Alemanha, Grécia e Polónia (GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the Legitimacy of National High Courts. *American Political Science Review*, v.92, n.2, p.343-358, 1998).

⁴⁹⁰ Em suas palavras: "thus, extreme divergence between the ideological positions of the Supreme Court and the public, maintained over time, causes Court support to erode to nearly the all-time observed low, with potential consequences for the legitimacy of the institution" (DURR, Robert H. Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v.44, n.4, p.768-776, 2000).

Vanberg também revelaram que os juízes do Tribunal Constitucional Alemão acreditavam que decisões específicas afetavam o nível de apoio público difuso do Tribunal.⁴⁹¹

Além da satisfação com as decisões particulares ao longo do tempo, a segunda explicação que a doutrina aponta para explicar o apoio (difuso) é a de que ele é favorecido pela manutenção contínua da imagem das Cortes como instituições imparciais e apolíticas. As Cortes são usualmente entendidas por serem diferentes de outras instituições políticas, no sentido de que devem agir de forma imparcial, como referências apolíticas, capazes de analisar de forma "neutra" os argumentos legais (e às vezes constitucionais) que lhes são apresentados. As pessoas atribuem um papel mítico a essas instituições, vendo-as como especiais, cujas decisões são baseadas na lei e em princípios de neutralidade.⁴⁹²

Gibson, Caldeira, e Baird constataram, em um estudo empírico, que o conhecimento dos cidadãos sobre as Cortes influencia no seu "apoio" (difuso). Em outros termos: quanto mais os cidadãos sabem sobre as Cortes, mais eles tendem a ser favoráveis a elas.⁴⁹³ No entanto, esse "conhecimento" que as pessoas apresentam está ligado aos símbolos da justiça, à ideia de objetividade e imparcialidade judicial, ou seja, seria essa imagem da justiça como "imparcial" que influencia o apoio difuso. Se os juízes são, de fato, agentes "apolíticos" é algo discutível,

⁴⁹¹ Como as entrevistas de Vanberg não foram identificadas, serão apresentados os comentários de diferentes juízes utilizando a diferenciação (a) e (b). O juiz (a) afirmou o seguinte: "O Tribunal tem que ter cuidado para não 'decolar', como se diz no alemão moderno. Decisões como a dos Crucifixos e dos Soldados realmente fazem você pensar... Não se pode atravessar o limite da tolerância do público, caso contrário, o Tribunal perde a sua autoridade. É preciso ficar dentro de uma estrutura que seja compreensível ao grande público". O juiz (b), por sua vez, aduziu: "Não pode haver uma divergência de longa duração entre as opiniões do público em geral e à jurisprudência do Tribunal. O Tribunal deve ser conduzido pelo consenso dos cidadãos ... é importante tomar cuidado para que uma decisão não bata em um ponto fraco do consenso público ... [...] A decisão dos crucifixos, por exemplo, interpretou muito mal a opinião pública na Bavária. Todo cidadão tem certas ideias sobre o que a *Basic Law* deve supostamente garantir, e você não pode se afastar para muito longe disso. As decisões têm de ser compreensíveis e aceitáveis". O original do Juiz (a) é: "*the court has to be careful to 'take off', as one says in modern German. Decisions like the Crucifix and Soldier verdicts really make you think... One cannot cross the tolerance threshold of the public; otherwise, the court loses its authority. One has to stay within a framework that is understandable for the broad public*". O original do Juiz (b) é: "*There cannot be a long-running divergence between the views of the public at large and the jurisprudence of the court. The court must be carried by a consensus of the citizens [...] The Crucifix verdict, for example, just completely misread public opinion in Bavaria. Every citizen has certain ideas about what the Basic Law is supposed to guarantee, and you can't depart too far from that. The decisions have to be understandable and acceptable*" (VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.126).

⁴⁹² Ibid., p.52.

⁴⁹³ GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the Legitimacy of National High Courts. *American Political Science Review*, v.92, n.2, p.343-358, 1998..

no entanto, há evidências de que essa imagem de imparcialidade das Cortes lhes garante certa quantidade de apoio público (difuso).⁴⁹⁴

Em suas entrevistas, Vanberg constatou que os juízes alemães entendiam que a confiança pública era mantida e reforçada por uma abordagem imparcial dos casos. Um dos juízes entrevistados, que teve a sua identidade preservada, afirmou de forma reveladora o seguinte: "Nós dependemos da confiança do público. Eu acho que o Tribunal gera tal confiança por ser incorruptível e imparcial. [...] se nós temos um único juiz corrupto, o Tribunal está acabado. Nós temos que ser um exemplo de integridade".⁴⁹⁵

A partir desses dois fatores, pode-se dizer que uma Corte Constitucional que queira estabelecer/manter o apoio público não pode afastar-se demais das preferências públicas (pelo menos não de forma reiterada, em uma série de casos) e tampouco pode descuidar de sua imagem institucional.⁴⁹⁶ Isso porque, se um desses fatores – ou ambos – virem a ocorrer, i. é, se a Corte passar a decidir de forma persistente contra os anseios populares e (ou) perder a sua imagem de instituição apolítica, ou ela não conseguirá formar apoio público difuso, ou, se este já existia em algum momento, ele tende a diminuir gradualmente, facilitando, assim, afrontas institucionais.

A partir dessas características, poder-se-ia supor que a necessidade de conquistar/manter o apoio público seria facilitada se os juízes fossem sensíveis à opinião pública e mantivessem ao longo do tempo a imagem de instituição imparcial e apolítica da Corte. Agindo assim, eles

⁴⁹⁴ Dentre os autores que defendem que a imagem de imparcialidade das Cortes pode influenciar no apoio difuso estão: VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.52; CLARK, Tom. The Public and Judicial Independence. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.125-126; GIBSON, James. Understandings of Justice: Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Political Tolerance. *Law and Society Review*, v.23, n.3, p.469-496, 1989; Id. Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Compliance with Supreme Court Decisions: a question of causality. *Law and Society Review*, v.25, p.631-636, 1991.

⁴⁹⁵ "We're dependent on enjoying the public's trust. I think that the court generates such trust by being incorruptible and impartial. [...] if we have only one corrupt judge, the court is finished". (VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.125).

⁴⁹⁶ Há uma linha de estudos que tem sustentado que as Cortes Constitucionais conquistam 'poder' à medida que, no início do seu funcionamento, não venham a "bater de frente" com os atores políticos. À medida que não fazem isso, elas vão acumulando apoio político, e, principalmente, público, de modo que, com o passar do tempo, elas acabam conseguindo agir de forma mais ativa em um dado contexto político-institucional. Segundo essa linha de estudos, as Cortes precisam não "bater de frente" com os atores políticos para que a sua imagem perante o público não se desgaste como uma instituição "política" e (ou) "ineficaz". Agindo assim, aos poucos elas vão conseguindo formar o apoio público necessário para torná-las "fortes". Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional Courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, v.35, n.1, p.131, 2001.

conseguiriam estabelecer/manter o apoio público, contribuindo, por consequência, para a preservação da independência da Corte e de si próprios (uma vez que dificultariam a ação dos atores políticos em levar adiante afrontas institucionais).

Ao contrário do que o conhecimento normativo poderia levar a supor, a doutrina estratégica aponta que magistrados são seres racionais e costumam não estar alheios a esses fatores. Eles podem reconhecer que as suas decisões atuais têm implicações para o apoio futuro e que a manutenção de sua imagem institucional é importante para que a sua integridade seja preservada. Esse reconhecimento, juntamente com o desejo de estabelecer/manter ou mesmo aumentar o apoio da Corte, pode induzi-los a (estrategicamente) agir com maior sensibilidade em relação à opinião pública e a buscar a preservação da imagem da instituição *o tanto quanto possível*.⁴⁹⁷

Vanberg aponta que a necessidade de manter a imparcialidade pode fazer com que mesmo juízes motivados politicamente também desejem projetar a aparência de que eles alcançam as suas decisões de forma imparcial. O fato de o apoio público ser um elemento central para a independência judicial (porque é capaz de proteger a Corte dos ataques dos outros poderes) e o reconhecimento de que a imparcialidade contribui para a formação desse apoio público (difuso) leva à expectativa de que os juízes estarão preocupados em manter a aparência de imparcialidade e consistência, enquanto ao mesmo tempo tenderão a agir de forma mais sensível ao prevailecimento da opinião pública.⁴⁹⁸

Mas essa sensibilidade com a opinião pública não implica que uma Corte Constitucional vai decidir casos com base em enquetes de opinião. Também não implica que juízes não vão, em certas ocasiões, proferir decisões impopulares. O constitucionalismo e o controle judicial têm um lugar em um sistema de governo, de modo que necessariamente existem ocasiões em que os juízes devem separar-se da opinião popular. No entanto, os juízes provavelmente estão conscientes de que o apoio que eles desfrutam é um recurso valioso que pode ser gasto rapidamente se muitas decisões impopulares convencem muitos cidadãos de que a Corte exerce uma influência indesejável sobre a direção da política.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.51-52.

⁴⁹⁸ VANBERG, loc. cit.

⁴⁹⁹ VANBERG, loc. cit.

É importante notar que os autores dessa tradição geralmente não argumentam que as Cortes não proferem ou não podem proferir decisões impopulares, mas sim que a sua capacidade de fazê-lo é limitada. Na precisa síntese de Barry Friedman, o apoio difuso é uma espécie de "coleira" ou "corda elástica" em que as Cortes agem: elas podem afastar-se em certa medida da opinião pública, mas precisam encaixar-se de volta a ela, rapidamente, caso não queiram perder apoio público (difuso).⁵⁰⁰ Em outro de seus trabalhos o autor afirma que o apoio difuso seria a "medida de folga" que a Corte tem para seguir seu próprio caminho em determinadas questões.⁵⁰¹

Tendo em vista essas considerações, alguém poderia legitimamente perguntar: em que medida a necessidade de os juízes serem sensíveis à opinião pública prevalecente não seria, por si só, um sinal de falta de independência? A esse questionamento, Georg Vanberg apresenta uma reflexão que merece destaque neste estudo. Segundo o autor, uma maneira de pensar sobre a questão é assumir aqui o *trade-off* independência judicial vs. *accountability* judicial. Vanberg aduz que o fato de os juízes serem sensíveis às preferências do público não leva à conclusão de que essas preferências são determinantes para os resultados em casos particulares. Os juízes desfrutam de discricionariedade e podem proferir decisões que vão contra as posições do público em situações específicas. Segundo a teoria do apoio difuso (ou da legitimidade), eles só não podem fazê-lo de forma reiterada e persistente ao longo do tempo. Sob essa luz, segundo o autor, é possível supor que mesmo tribunais independentes operam em uma zona de discricção que é limitada pelos interesses dos cidadãos. Nesse sentido, os tribunais estão sujeitos a um *check* indireto que fornece alguma *accountability* judicial e que pode ser atraente.⁵⁰²

⁵⁰⁰ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v.84, n.2, p.71, 2005.

⁵⁰¹ Id. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. p.379.

⁵⁰² VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.115.

2.7 O problema da implementação das decisões judiciais

Até este ponto, argumentou-se que antes de ameaçar a independência judicial, os atores políticos analisam os custos e os benefícios que um Judiciário independente é capaz de proporcionar, assim como os *limitadores* existentes à sua atuação, ao invés de simplesmente minar a independência judicial. Entretanto, *punir* a Corte por meio de afrontas institucionais é algo grosseiro⁵⁰³, e, por isso, os atores políticos podem se envolver em uma espécie de *resistência dirigida*, que visa contornar ou contrariar decisões ocasionais, sem propriamente *atacar* a estrutura institucional ou os juízes das Cortes Constitucionais. Como resultado, até mesmo aqueles políticos que entendem relevante a existência de um sistema judicial independente podem ser tentados a resistir a certas decisões judiciais, especialmente quando elas contrariam os seus interesses mais diretos.⁵⁰⁴

Nesses casos, apesar de os atores políticos concordarem que a independência judicial é desejável – por algumas das razões acima mencionadas –, eles acreditam que a sua contribuição pessoal para a manutenção de um Judiciário independente não é essencial. Entretanto, conforme destacado no capítulo anterior, a não implementação das decisões judiciais afronta a independência judicial, sob o aspecto institucional, pois, à medida que os atores políticos desconsideram as determinações judiciais há um desequilíbrio que rompe com a lógica de poderes separados e autônomos, com papéis institucionais próprios a cumprir, reduzindo o ramo judicial frente aos demais. Além disso, esse tipo de ação política prejudica a imagem institucional da Corte, que passa a ser vista como *inefcaz*.⁵⁰⁵ A partir disso, este item será dedicado a analisar os *fatores* que atores políticos levam em conta quando avaliam o custo-benefício de envolver-se (ou não) em uma *resistência dirigida*.

⁵⁰³ WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.449, 2003.

⁵⁰⁴ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.113.

⁵⁰⁵ Epstein, Knight e Shvetsova desenvolvem um modelo de análise das Cortes Constitucionais no qual sugerem que, se as Cortes tomam decisões que não estão dentro do "intervalo de tolerância dos agentes eleitos", elas correm o risco de ter as suas decisões derrubadas ou ignoradas. Segundo argumentam os autores, se tais decisões se acumulam, elas podem ajudar a prejudicar a imagem da Corte perante o público (Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional Courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, v.35, n.1, p.131, 2001).

Como abordado no capítulo anterior, as Cortes têm poucos meios à sua disposição para forçar o cumprimento de suas decisões. A reação apócrifa do Presidente Andrew Jackson para a decisão da Suprema Corte EUA, em *Worcester v Geórgia* – mencionada anteriormente –, é bastante paradigmática: "*John Marshall fez sua decisão, agora deixe ele aplicá-la*". Essa falta de poderes de execução formais é potencialmente significativa, porque a implementação de uma decisão judicial muitas vezes requer ou induz uma resposta por outros políticos, que nem sempre estão dispostos a colaborar. Existem diversos exemplos em que decisões judiciais tiveram eficácia reduzida, alguns dos quais foram abordados no capítulo anterior. Os diversos exemplos apontam, por si só, para o fato de que é plenamente possível que maiorias políticas procurem evadir as decisões judiciais que lhes são indesejáveis, ou, pelo menos, tentem limitar o seu impacto.

Sob essa luz, é possível indagar: como as Cortes conseguem restringir os agentes eleitos, fazendo-os cumprir as suas decisões? Desde o importante trabalho de Gerald N. Rosenberg, estudiosos têm reconhecido que em um contexto de ausência de apoio público para as Cortes, a execução das decisões judiciais está em risco.^{506,507} Adotando essa premissa, mas seguindo uma abordagem diferente (e estratégica), Vanberg defende que o apoio público ao Judiciário e às suas decisões tem implicações significativas para o comportamento judicial e para a capacidade das Cortes Constitucionais em restringir maiorias governamentais de forma efetiva.

A ideia fundamental é a de que as interações entre as Cortes e outros agentes eleitos não ocorre no vácuo. Nas democracias avançadas, políticos procuram apoio público suficiente para permanecer no poder e manter uma boa imagem. Se os cidadãos valorizam a independência judicial e consideram o respeito às decisões judiciais como algo importante, a decisão de agentes eleitos em resistir a uma decisão judicial pode resultar em uma perda de apoio público (i. é, cidadãos podem retirar o seu apoio em competições eleitorais, pesquisas de opinião etc.). O medo de uma reação pública (*public backlash*) pode ser um forte incentivo para que esses agentes sejam levados a implementar fielmente as decisões judiciais.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 2008. p.1-36; 420-429.

⁵⁰⁷ CLARK, Tom. The Public and Judicial Independence. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.142-143.

⁵⁰⁸ VANBERG, Georg. Legislative-Judicial relations: a game-theoretic approach to constitutional review. *American Journal of Political Science*, v.45, n.2, p.346-361, 2001.

Segundo o autor, não é preciso um número muito grande de cidadãos para que esse mecanismo se verifique na prática, bastando uma quantidade suficiente que reflita nos *cálculos* dos agentes políticos.⁵⁰⁹

No entanto, o apoio público em si não basta para que os atores eleitos sejam levados a cumprir as decisões judiciais. Além de existir um apoio público para o Tribunal (e para uma decisão específica), que torne a evasão pouco atraente, deve ser suficientemente provável que os cidadãos se tornarão conscientes de uma tentativa de evasão, de modo a fazer com que a ameaça de perder o apoio público impeça *de fato* o descumprimento das decisões proferidas. Isso porque a ameaça de perder o apoio público vai impedir o descumprimento somente se os atores políticos venham a perceber que é suficientemente provável que eles serão *pegos*.⁵¹⁰

Sob essa luz, o monitoramento de respostas às decisões judiciais e a *ativação* do apoio público às Cortes é algo crucial. Entretanto, essa não é uma tarefa trivial, uma vez que os atores políticos normalmente não desafiam as decisões judiciais de forma aberta e pública (a não ser que eles estejam convencidos de que a Corte tem pouco apoio, como no caso dos *Crucifixos*).⁵¹¹ Eles comumente tentam evitar implicitamente o cumprimento das decisões. Por exemplo, os políticos do Congresso não atacaram abertamente a decisão *Chadha* (mencionada no capítulo anterior), mas, ao invés disso, eles simplesmente continuaram a empregar o veto legislativo.⁵¹²

Porque as maiorias legislativas não descumprem decisões de forma aberta, a questão da transparência toma o centro do palco. A eficácia do apoio público em conferir autoridade às Cortes vai depender da probabilidade de os cidadãos se tornarem conscientes (ou convencidos) de que uma tentativa de evasão ocorreu. Daí ser possível dizer que, quanto mais transparente for o ambiente político, maior a chance de os cidadãos se tornarem conscientes das tentativas de descumprimento de decisões judiciais, e, via de consequência, mais provável

⁵⁰⁹ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.20-21.

⁵¹⁰ VANBERG, loc. cit.

⁵¹¹ Cf. CLARK, Tom. The Public and Judicial Independence. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.143.

⁵¹² VANBERG, op. cit., p.21-22.

será que o público se tornará um fator a ser considerado por esses atores quando calculam o custo-benefício de (des)cumprir uma determinada decisão.

Obviamente, existem alguns fatores que podem influenciar a transparência. O primeiro deles diz respeito à estrutura institucional de um sistema político. Sistemas que proporcionam maior transparência no processo de decisão política e permitem maiores oportunidades de escrutínio tornam mais difícil para agentes eleitos esconderem tentativas de evasão. Além disso, a conscientização pública (e o interesse) das pessoas sobre uma dada questão também pode influenciar na transparência. Em questões que apresentam *saliência baixa* (ou baixo interesse), a evasão é uma alternativa mais segura do que em questões que o público em geral está inteiramente consciente (ou apresenta maior interesse). A conscientização do público, é claro, é diretamente influenciada pelos meios de comunicação de massa (televisão, jornais, revistas etc.), e quanto mais intensa a cobertura sobre uma decisão ou uma tentativa de evasão, maior transparência sobre o caso, e, por consequência, mais difícil se torna a evasão a uma decisão sem "detecção".⁵¹³

De igual maneira, a ação de grupos de interesse organizados também pode colaborar para chamar a atenção para uma tentativa de evasão. Certos grupos organizados podem ter um interesse particular em sensibilizar o público para a evasão de uma decisão, seja tentando impedir que tal evasão aconteça (porque eles têm um interesse genuíno de ver a decisão implementada), seja simplesmente porque querem constranger ou prejudicar uma dada maioria política, porque esperam "lucrar" por danificar a imagem dessa maioria, independentemente do assunto em questão. No primeiro grupo estão os grupos organizados em torno de uma causa, e, no segundo, os partidos de oposição.⁵¹⁴

Os grupos organizados em torno de uma causa podem ter um impacto sobre a transparência mediante a sensibilização para uma dada questão ou ao chamar a atenção para tentativas de descumprimento de decisões. Tais grupos organizados podem fornecer recursos financeiros e *expertise* que são valiosos para monitorar o cumprimento das decisões e facilitar novos desafios judiciais se necessário. Mediante sua ligação com a mídia, grupos organizados também podem criar publicidade e chamar a atenção para manobras evasivas. O trabalho de Charles Epp é bastante significativo sobre a força dos grupos organizados. Ao tratar da aplicação dos

⁵¹³ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.45.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p.46.

direitos constitucionais em uma perspectiva comparada (Estados Unidos, Canadá, Índia e Grã-Bretanha), Epp destacou que a *revolução de direitos* está diretamente ligada à presença de grupos de interesse organizados, que podem colaborar para o aumento da litigação de certos direitos e ter o Judiciário como um parceiro ativo na luta contra os adversários da implementação.⁵¹⁵ Em suma, pode-se considerar que a presença de grandes e bem-organizados grupos de interesse, que favorecem a implementação de uma dada decisão, aumenta a transparência dessa decisão, tornando mais difícil para as maiorias legislativas resistirem (evadirem) à sua implementação.⁵¹⁶

A seu turno, os partidos de oposição também têm interesse em chamar a atenção para evasão a decisões pela ação dos seus "adversários políticos". Se (alguns) cidadãos estão dispostos a "sancionar" maiorias do governo porque essas não implementaram as decisões judiciais com fidelidade, tal "punição" vai beneficiar os partidos de oposição. Como resultado, esses partidos, independentemente do assunto em pauta, possuem incentivos para monitorar o cumprimento de decisões judiciais e chamar a atenção para tentativas de evasão.⁵¹⁷

Contudo, a transparência não depende apenas do ambiente institucional e das ações de agentes externos, mas também das características do problema em mãos. Algumas decisões são

⁵¹⁵ Segundo Charles Epp: "[...] la mayor atención a los derechos individuales por parte de los jueces y el aumento del respaldo judicial a tales demandas – pueden no dar como resultado una mayor protección de esos derechos en la práctica. Como ha sostenido Gerald Rosenberg, los poderes de los tribunales para hacer cumplir por sí mismos sus decisiones son relativamente débiles y algunos de los derechos clave anunciados por la Corte Suprema durante la revolución de los derechos no fueron implementados y lograron pocos efectos esperados. Con todo, existen buenas razones para creer que una expansión de la estructura de sostén para la movilización legal puede mejorar de manera significativa la implementación en la práctica de los derechos declarados judicialmente. Rosenberg ha mostrado que la sentencia de la Corte Suprema en el caso 'Brown c. Junta de Educación' que proscibía la segregación racial en las escuelas públicas fue instrumentada mucho más rápida y substancialmente en los estados sureños que limitaban con los del norte que en el Sur profundo porque muchos funcionarios de los estados fronterizos favorecían la segregación y utilizaron la sentencia del caso 'Brown' para impulsarla. De modo semejante, Michael McCann comprobó que los abogados de sindicatos, defensores de las políticas de igualdad en la paga, utilizaban las sentencias judiciales como palanca en las negociaciones privadas para obtener cambios favorables en los contratos laborales. Estos estudios sugieren que la implementación de decisiones judiciales está influida en gran medida por los actos y las estrategias de los funcionarios públicos e abogados defensores de derechos individuales. Sin embargo, lo más probable es que la efectividad de los defensores en esos juicios este condicionada no sólo por sus conocimientos sino por los recursos con que cuentan. [...] La existencia y fuerza de una estructura que sostenga la movilización legal aumenta la información, la experiencia, las aptitudes e los recursos de los defensores de derechos, y así aumenta las probabilidades de afectar la implementación en la practica de las sentencias judiciales favorables a los derechos individuales" (EPP, Charles R. *La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p.29-30).

⁵¹⁶ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.46-47.

⁵¹⁷ VANBERG, loc. cit.

simples e, por isso, o seu cumprimento é mais fácil de constatar, porém, é mais difícil inferir se uma decisão judicial foi fielmente implementada em áreas mais complexas. O aumento da complexidade da questão tende a reduzir a transparência, tornando mais fácil a evasão legislativa. Além disso, a complexidade tem um efeito secundário na capacidade de grupos externos aumentarem a transparência. Quando a complexidade de uma questão aumenta, a evasão é mais difícil de verificar. Isso faz com que os partidos de oposição e outros grupos organizados tenham mais dificuldade de convencer um número suficiente de cidadãos de que uma determinada resposta legislativa, de fato, não é compatível com uma decisão judicial específica. Para resumir, o aumento da complexidade de uma questão tende a reduzir a transparência, tornando mais fácil a evasão das decisões.⁵¹⁸

No entanto, os agentes eleitos e também os juízes têm alguma influência sobre quão fácil ou difícil será o cumprimento de uma decisão judicial. Legislaturas, por exemplo, quando buscam agir de forma evasiva (i. é, quando buscam descumprir ou amenizar os efeitos de uma decisão), podem buscar reduzir a transparência. Além disso, eles têm diferentes opções para esconder a "evasão", tais como: (i) tentar reduzir a publicidade do debate parlamentar sobre um projeto de lei específico, programando um debate para uma ocasião ou horário inadequado; (ii) fragmentar a resposta em uma série de leis, tornando mais difícil de apreender toda a resposta; (iii) usar de uma linguagem legal complexa para tentar esconder a evasão etc.⁵¹⁹ Naturalmente, se eles podem (ou irão) fazer isso depende, em certa medida, da natureza do assunto em jogo.

Os juízes, por sua vez, geralmente têm interesse no aumento da transparência, já que quanto maior a transparência mais difícil será a evasão de uma decisão. Vanberg afirma que existem dois métodos, em especial, que os juízes podem usar: (i) tentar aumentar a pressão sobre maiorias legislativas para cumprir fielmente as determinações judiciais, sensibilizando o

⁵¹⁸ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.46-47.

⁵¹⁹ Vanberg cita um exemplo elucidativo: em 1995, os principais partidos parlamentares na Alemanha, os Christian Democrats (CDU/CSU) e os Social Democrats (SPD), iniciaram uma mudança legal para elevar salários dos parlamentares – uma situação em que a redução da transparência era desejável. Depois de estudar o projeto de lei, um comentarista concluiu que a lei era "indecifrável". O projeto não listava valores monetários, mas salários expressos em percentuais que se referiam a estatutos e regulações de salários de funcionários públicos, que eram difíceis de rastrear. De acordo com o autor, os legisladores podem usar estratégias semelhantes para tentar reduzir a transparência quando decidem fugir de uma determinada decisão judicial. (Ibid., p.48).

público sobre uma dada decisão⁵²⁰; e (ii) dar redação mais exata possível às suas decisões. Quanto mais clara uma decisão, mais fácil é verificar se uma resposta política está em conformidade com a ordem judicial (apesar disso, Vanberg reconhece que às vezes a matéria envolvida e sua complexidade podem dificultar que decisões judiciais sejam proferidas de forma mais exata⁵²¹).

Fazendo um contraponto às considerações de Vanberg, Lawrence Baum afirma que a *clareza* às vezes pode não ser suficiente, pois a implementação talvez seja dificultada por fatores alheios à vontade dos juízes. Por exemplo, (i) as decisões "falam" em termos gerais, e muitas vezes a sua aplicação a situações específicas é incerta⁵²²; (ii) o sistema de deliberação da Corte pode gerar ambiguidades⁵²³; (iii) as decisões incongruentes que a Corte profere ao longo do tempo podem gerar confusões⁵²⁴. Além disso, por mais que os juízes busquem dar maior clareza às suas determinações, muitas vezes a sua comunicação pode falhar.⁵²⁵ Todas

⁵²⁰ Por exemplo, em um estudo cuidadoso da Suprema Corte mexicana, Jeffrey Staton investigou o uso estratégico da imprensa pela Corte Mexicana para aumentar a consciência pública das decisões que podem ser opostas pelas maiorias legislativas (STATON, Jeffrey K. *Constitutional Review and the selective promotion of case results. American Journal of Political Science*, v.50, n.1, p.98-112, 2006).

⁵²¹ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.47-48.

⁵²² Segundo Lawrence Baum: "as opiniões que proclamam as políticas da Corte Suprema, frequentemente, são obscuras quanto ao que requerem [...] dos administradores. Esta ambiguidade surge por várias razões. Uma é que as opiniões precisam falar em termos gerais e sua aplicação a situações específicas talvez seja incerta. Ao estabelecer normas para buscas de políticas, por exemplo, a Corte não pode indicar o que será requerido em cada situação de busca que surja" (BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisversitária, 1987. p.314).

⁵²³ Tratando do modelo deliberativo da Suprema Corte dos Estados Unidos, Baum afirma que: "outra fonte de ambiguidade é o processo de decisão em grupo da Corte. O juiz que elabora a opinião da maioria, frequentemente, precisa usar uma linguagem conciliatória para obter a concordância de outros juízes. O resultado talvez seja uma opinião que deixe de lidar claramente com importantes questões ou uma opinião que faça afirmações incongruentes sobre uma questão. A existência de opiniões múltiplas também pode criar confusão [...]. Naturalmente, a ambiguidade é quase garantida quando a Corte deixa de emitir qualquer opinião majoritária" (Ibid., p.315).

⁵²⁴ Para Baum: "[...] tal incongruência é quase inevitável quando a Corte lida com questões por longo período. Isto é verdadeiro quanto às decisões da Corte a respeito de procedimentos policiais, em parte porque em algumas áreas existem, lado a lado, decisões liberais da Corte de Warren e decisões conservadoras da Corte de Burger" (BAUM, loc. cit.).

⁵²⁵ Baum destaca que é comum presumir que as autoridades que são afetadas pelas decisões da Suprema Corte se tornam automaticamente cientes delas, mas a comunicação das decisões não é automática. Muitas vezes uma decisão judicial pode chegar às partes afetadas por canais apenas parcialmente efetivos de informação. Um desses canais são os meios de comunicação de massa. Algumas decisões importantes são amplamente divulgadas em jornais, revistas e televisão, e às vezes, é por esses meios que certas autoridades conhecem as ordens da Corte. Ocorre que a maioria dessas ordens não recebe uma ampla publicidade, e, além disso, os meios de comunicação podem informar erroneamente essas autoridades. Nesse sentido, Baum oferece um

essas circunstâncias podem dificultar e, às vezes, inviabilizar o cumprimento de decisões judiciais pelos atores políticos, e, não raro, elas são utilizadas como *brechas* que proporcionam a esses atores a oportunidade para *evadir* as ordens judiciais.

Apesar disso, pode-se dizer, em linhas gerais, que quanto mais apoio público e transparência em um ambiente político, mais as Cortes são fortalecidas; em contrapartida, quanto menos apoio público e transparência, mais as maiorias eleitas são fortalecidas. Segundo Vanberg, é dentro dessa lógica que as maiorias políticas e as Cortes Constitucionais avaliam as suas possibilidades de ação estrategicamente. Para o autor, a evasão de sucesso é cara à Corte como instituição, pois desafia o seu papel no processo de formulação de políticas e demonstra a sua fraqueza institucional, por isso, ela prefere evitar as evasões. Quando a Corte verifica que a possibilidade de evasão é alta, ela se torna mais deferente às maiorias eleitas (i. é, ela é menos "agressiva" no uso de seus poderes). Por outro lado, quando percebe que dispõe de um apoio público suficiente e um ambiente político transparente – ainda que a possibilidade de evasão seja alta – ela pode ser levada a enfrentar as maiorias políticas (i. é, ela será livre para fazer um uso mais "agressivo" dos seus poderes).⁵²⁶

As maiorias políticas, por sua vez, quando verificam que a Corte conta com alto apoio público e transparência, tenderão a adotar uma postura autocontida (evitarão a evasão). Em contrapartida, se verificam que a Corte está em uma situação fraca, ou seja, sem apoio público e (ou) transparência, terão mais disposição para adotar manobras evasivas. Mas, apesar de as maiorias tenderem a adotar uma postura autocontida (não evasiva) quando constatam a existência de apoio público e transparência, existe outro fator que deve ser considerado: *o custo das decisões para essas maiorias*. Quando maiores os custos de cumprimento de uma decisão judicial, as maiorias estarão cada vez mais dispostas a resistir a uma decisão e (ou) participar de manobras evasivas. Segundo Vanberg, as decisões que apresentam maiores "custos" são aquelas que possuem impacto orçamentário (i. é, decisões que demandam

exemplo ilustrativo: em 1956, a maioria dos jornais nos Estados Unidos informou que a Suprema Corte havia proibido a segregação racial nas linhas de ônibus dentro de um Estado, quando a Corte, na verdade, havia se recusado a apreciar um caso a respeito dessa questão. Antes que o erro viesse à tona, onze cidades sulinas realizaram a integração racial em suas linhas de ônibus, no que acharam ser acatamento da decisão da Corte. Conforme ressalta Baum, os advogados cumprem uma importante função comunicadora para algumas autoridades, porém, onde eles não entram em contato com os afetados pelas decisões, problemas de comunicação das decisões podem ocorrer (BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisversitária, 1987. p.316-317).

⁵²⁶ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.96.

despesas adicionais, diminuem receitas avaliáveis, ameaçam planos orçamentários do governo etc.) e aquelas relacionadas a questões políticas (centrais aos interesses dos atores políticos).

No entanto, segundo o autor, os juízes *também* não estão alheios a essa constatação.⁵²⁷ Eles estarão inclinados a antecipar os "custos" das decisões e tendem ser mais respeitosos nos casos em que um veto judicial possa ser muito "caro" às maiorias. Nas situações nas quais a evasão ou o conflito é uma possibilidade – e a decisão pode ser muito "onerosa" aos atores políticos - a Corte pode tentar seguir outros rumos para tentar reduzir os custos das decisões, como, por exemplo, permitir a continuidade de uma lei específica até que uma lei nova seja elaborada pelo legislador; estabelecer um prazo para que uma dada lei seja revista (o que aumenta a transparência e a pressão sobre a maioria eleita); ou até mesmo utilizar sentenças que declaram uma lei/ato inconstitucional apenas para uma dada situação ou para uma determinada classe de pessoas.⁵²⁸

Conforme verificado até aqui, o principal fator que leva os atores políticos a cumprir as decisões judiciais é o apoio público. Contudo, ele por si só não basta. Deve ser provável que os cidadãos se tornarão conscientes de uma eventual tentativa de evasão, ou seja, além do apoio público, o ambiente político precisa ser suficientemente transparente. Consequentemente, fatores do ambiente político que aumentam a conscientização sobre as decisões e tornam mais fácil o cumprimento das decisões são suscetíveis de reforçar a independência judicial. Tais fatores incluem a estrutura institucional de um sistema político, a cobertura dos meios de comunicação, a constelação de grupos de interesse, a complexidade da matéria etc. Tomando essas características em conta, os agentes eleitos e os juízes agem estrategicamente, avançando e recuando de acordo com o grau de apoio público e a transparência existente. No entanto, haverá maior tendência de os agentes eleitos descumprirem decisões com maiores "custos", normalmente relacionadas com questões financeiras ou políticas (centrais aos seus interesses); porém, os juízes não estarão alheios a isso e comumente tentarão reduzir os custos dessas decisões.

⁵²⁷ As entrevistas realizadas por Vanberg aos membros do Tribunal Constitucional Alemão também comprovam que questões que envolvem aspectos financeiros levam os juízes a atuar com mais cautela. As entrevistas fortemente sugeriram que reações antecipadas desempenham um papel importante nas deliberações judiciais quando questões financeiras estão envolvidas (VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.116-167).

⁵²⁸ VANBERG, loc. cit.

2.8 Conclusões parciais

Ao longo deste capítulo buscou-se apresentar os pressupostos teóricos (ou teoria) que explicam o que *de fato* faz os atores políticos respeitarem (ou não) a independência dos tribunais (e de seus membros), para, no próximo, aplicar esses pressupostos (ou teoria) à história institucional do STF, elucidando por que a independência do Tribunal (e a de seus membros) conseguiu (ou não) firmar-se em cada período histórico abordado neste estudo, incluindo o pós-1988. Sustentou-se, a partir de pressupostos e exemplos provenientes do direito comparado, que a ação dos atores políticos em respeitar ou não a independência dos tribunais e de seus membros está mais provavelmente ligada a questões afetas ao regime político em curso, aos *custos* decorrentes da atuação judicial, à fragmentação do poder político e ao apoio público que um Tribunal desfruta em um dado momento político-institucional.

Como sustentado, o primeiro fator que influencia a *ação de respeito* (ou não) dos atores políticos à independência dos tribunais (e de seus membros) está ligado ao regime político. Apenas em um regime democrático os atores políticos poderão – ou estarão dispostos a – respeitar a independência judicial de uma *forma plena*. Isso porque, embora ditadores tenham incentivos para manter as Cortes funcionando, e lhes conferir certo grau de discricionariedade, a fim de que possam viabilizar os benefícios almejados, eles não podem – e às vezes também não querem – conferir a elas discricionariedade *ampla*, pois a atuação judicial independente em assuntos sensíveis pode levar ao enfraquecimento ou até mesmo à derrocada do regime. Diante disso, *a tendência geral presumível é a de que sempre exista neste tipo de regime político a interferência imprópria desses atores sobre a esfera judicial*.

A democracia, portanto, demonstra ser necessária para a criação de um ambiente de *respeito* a independência. Porém, ela por si só não basta para garantir que esse respeito ocorra *na prática*, já que não é incomum verificar, mesmo em regimes democráticos, atores políticos atuando em desrespeito à independência dos tribunais (e de seus membros). Como visto, em regimes democráticos, os atores políticos tendem a analisar os *custos* e os *benefícios* que auferem a partir da atuação judicial, antes de levarem adiante ações políticas hostis. Quando os *benefícios* decorrentes da atuação judicial compensam os seus *custos*, os atores políticos tendem a respeitar a Corte e seus juízes, ainda que desaprovem decisões particulares

ocasionais. Por outro lado, quando a Corte passa a decidir contra as maiorias políticas de forma persistente e (ou) em questões importantes aos seus interesses, levando-as a concluir que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, essas maiorias serão tentadas a ameaçar a independência.

Entretanto, mesmo quando atores políticos verificam que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, e começam a se sentir tentados a afrontar a independência, isso não quer dizer que eles necessariamente irão fazê-lo. O propósito de levar adiante afrontas institucionais está associado a dois *limitadores*: a *fragmentação política* e a existência de um *apoio público (difuso)* a uma dada Corte Constitucional. Isso implica dizer que em situações em que os atores políticos se sentem motivados a empregar alguma medida que afronte a independência judicial – porque os *custos* da sua atuação são maiores que os *benefícios* que ela proporciona – eles estarão sujeitos, além disso, a esses *limitadores*. Os dois limitadores não se excluem entre si, mas antes se reforçam mutuamente, em uma espécie de interação simbiótica.

Como verificado, ainda, os tribunais (e seus membros) têm um papel importante na preservação de sua própria independência. Considerando que o apoio público (difuso) é um *limitador* importante a ações políticas hostis, e é constituído pela satisfação dos cidadãos com os resultados das decisões/posições específicas ao longo do tempo e favorecido pela manutenção da imagem das Cortes como instituições imparciais e apolíticas, à medida que os juízes são sensíveis à opinião pública e mantêm a imagem da Corte como instituição imparcial e apolítica ao longo do tempo, eles colaboram para a formação/manutenção do apoio público (difuso) à instituição, e, conseqüentemente, contribuem para a preservação de sua independência. Como visto, a doutrina estratégica aponta que magistrados são seres racionais e costumam não estar alheios a esses fatores. Reconhecendo que as suas decisões atuais têm implicações para o apoio futuro e que a manutenção da imagem institucional da Corte é importante para que a sua integridade seja preservada, esse reconhecimento, juntamente com o desejo de estabelecer/manter ou mesmo aumentar o apoio difuso, pode induzi-los a agir estrategicamente.

Constatou-se, por fim, que *punir* a Corte por meio de afrontas institucionais é algo *grosseiro*, e, por isso, os atores políticos podem se envolver em uma *resistência dirigida*, que visa contornar ou contrariar decisões ocasionais, sem propriamente *atacar* a estrutura institucional ou os juízes em si. Conforme verificado, o principal fator que leva os atores políticos a cumprir as decisões judiciais é o apoio público. Contudo, deve ser provável que os cidadãos se tornarão conscientes de uma eventual tentativa de evasão, ou seja, além do apoio público, o

ambiente político precisa ser suficientemente transparente. Tomando essas características em conta, os agentes eleitos e os juízes agem estrategicamente, avançando e recuando de acordo com o grau de apoio público e transparência de que dispõem. No entanto, haverá maior tendência de os agentes eleitos descumprirem decisões judiciais com maiores *custos*, normalmente relacionadas a questões financeiras ou políticas (centrais aos seus interesses), mas, nesses casos, os juízes não estarão alheios a isso e comumente tentarão reduzir os custos dessas decisões.

3 O ENIGMA DA INDEPEDÊNCIA JUDICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA HISTÓRIA INSTITUCIONAL DO STF

O presente capítulo tem por objetivo aplicar os pressupostos teóricos abordados no capítulo anterior à história institucional do STF, elucidando por que os atores políticos respeitaram (ou não respeitaram) a independência do Tribunal (e de seus ministros) em alguns momentos no tempo e em outros não, e por que eles vêm adotando uma postura geral de respeito no pós-1988.

3.1 A (in)dependência judicial em períodos ditatoriais

Este item tem por escopo analisar os dois períodos de exceção da história institucional brasileira – a Era Vargas e a Ditadura Militar –, a fim de comprovar a hipótese, antes suscitada, de que a democracia é uma condição estrutural à independência judicial, e que esta última tende a não ser respeitada *em plenitude* fora de um ambiente democrático.

Toma-se em consideração, primeiramente, a Era Vargas (1930-1945). Nesse período, o ditador manteve o STF em funcionamento e garantiu a ele certo grau de discricionariedade, muito provavelmente em razão dos benefícios que a atuação judicial (independente) era capaz de proporcionar. Mas, apesar disso, a discricionariedade conferida ao Supremo não era – e nem poderia ser – *ampla*, pois, como sugerido no capítulo anterior, à medida que um líder autoritário confere ampla liberdade de atuação a um Tribunal, isso pode levar ao enfraquecimento ou mesmo à derrocada do regime, o que é contraintuitivo quando se considera que a tendência presumível dos ditadores é a busca pela autopreservação. O que Vargas buscou fazer foi, de um lado, maximizar os benefícios que a ação judicial poderia lhe proporcionar, e de outro, minimizar os seus custos. Como o ditador concentrava poder político⁵²⁹, ele não teve grande dificuldade para interferir na arena judicial quando reputou conveniente fazê-lo.

⁵²⁹ Com a vitória da Revolução, em 11 de novembro de 1930, por meio do Decreto n.º 19.398, que institucionalizou o Governo Provisório e que permaneceu em vigor até 1934, Vargas *concentrava no Governo Provisório as funções executiva e legislativa, até a eleição de uma Assembleia Constituinte (art. 1.º) e também dissolvia o Congresso Nacional, as Câmaras estaduais e municipais e quaisquer órgãos legislativos ou deliberativos*

Embora sejam comumente citadas ações "intimidatórias" e (ou) "punitivas" mais "grosseiras", como, por exemplo, a redução da composição do STF⁵³⁰, a aposentadoria compulsória de ministros⁵³¹, a suspensão de garantias constitucionais⁵³², a imediata condução à inatividade de ministros em razão da diminuição da idade para a aposentadoria compulsória⁵³³ etc., Vargas empregou outros mecanismos mais sutis e peremptórios para neutralizar a ação judicial, tais como: (i) a construção de um sistema judicial fragmentado no lugar de um Judiciário unificado, para viabilizar que casos politicamente sensíveis fossem canalizados para outras instituições auxiliares; (ii) restrição da atuação judicial mediante a adoção de uma configuração institucional que limitava os esforços dos litigantes e juízes (como atos praticados ou matérias objeto de apreciação judicial); (iii) restrições à *judicial review*, com a definição/redefinição do tipo, requisitos etc.; (iv) limitação de tipos de ações legais que eram passíveis de emprego contra o Estado; (v) seleção unilateral de juízes que partilhavam os seus pontos de vista etc.

Como os principais mecanismos empregados na neutralização judicial já foram abordados no capítulo 1, cabe aqui apenas uma breve alusão a alguns deles. Por exemplo, já

*existentes no país (art. 2.º). O governo provisório de Vargas demorou mais do que o tempo necessário para que a ordem fosse restaurada, o que deu origem a incorformismos detidamente por parte da elite política de São Paulo, colaborando para a Revolução Constitucionalista de São Paulo (1932). Esse movimento, embora tenha fracassado, levou à conscientização de que não era mais possível postergar a elaboração de uma nova Constituição. O governo provisório fixou o dia 3 de maio de 1933 para as eleições da Assembleia. Diversos partidos se organizaram para disputar as eleições da Assembleia, em 1933. Elaborada e promulgada a nova Constituição, em 16 de julho de 1934, no dia seguinte foi realizada uma eleição *indireta* pela própria Assembleia Constituinte à Presidência da República, na qual foi vencedor o *próprio* Getúlio Vargas. As próximas eleições seriam diretas, mas não chegaram a ocorrer, tendo em vista o golpe do Estado Novo. As *experiências partidárias em curso não conseguiram se consolidar, porque uma das primeiras medidas adotadas por Vargas após o golpe foi a extinção dos partidos políticos (tomando ele próprio o controle do poder)*. (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.114; FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.343-351; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p.75).*

⁵³⁰ O Decreto (n.º 19.656), de 3 de fevereiro de 1931, diminuiu a composição do STF de 15 para 11 ministros e estabeleceu regras para abreviar julgamentos.

⁵³¹ O Decreto n.º 19.711, de 18 de fevereiro de 1931, aposentou compulsoriamente seis membros do STF: o procurador-geral da República, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, e os ministros Edmundo Muniz Barreto, Pedro Afonso Mibielli, Godofredo Cunha, Germiniano da Franca e Pedro Joaquim dos Santos.

⁵³² O Decreto n.º 19.398, que institucionalizou o Governo Provisório, suspendeu as garantias constitucionais (incluindo as da magistratura).

⁵³³ Segundo Leda Boechat Rodrigues, o fato de a Carta de 1937 ter reduzido a idade de aposentadoria de 75 para 68 anos, atingiu cinco ministros, sendo três deles automaticamente: o Presidente Edmundo Lins, o Vice-presidente Hermenegildo de Barros e o Ministro Ataúlfo de Paiva (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4. p.40).

no decreto que institucionalizou o governo provisório (Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930), Vargas *buscou restringir a atuação judicial dos atos praticados pelo Governo Provisório e seus interventores, limitando esforços dos litigantes e juízes*, ao especificar, no art. 5.º, que: "ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores". Também *procurou restringir a apreciação judicial do habeas corpus*, ao dispor, no art. 5.º, § único, que: "é mantido o *habeas corpus* em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais".

Durante o período de 1930 a 1934, em que o Congresso permaneceu fechado, *o ditador nomeou, sem a aprovação do Senado, sete ministros*⁵³⁴, *indicando uma seleção unilateral de juízes que partilhavam os seus pontos de vista*. As nomeações e demissões de quaisquer cargos públicos passaram a competir exclusivamente ao Chefe do Governo Provisório, conforme Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930. Como forma de exercer influência sobre os juízes, o mesmo decreto também estabeleceu a possibilidade de anulação ou restrição de direitos resultantes de nomeações, aposentadorias, disponibilidade, reformas, pensões ou subvenções e, em geral, de todos os atos relativos a emprego, cargos ou ofícios públicos, assim como do exercício ou o desempenho deles, inclusive, e, para todos os efeitos, os da magistratura (art. 8.º).

Com o retorno à ordem constitucional, a partir de 1934, *algumas restrições sobre a atuação judicial continuaram a ser vistas*. Por exemplo, embora a Carta de 1934 mantivesse o controle difuso de constitucionalidade (já existente na República Velha), a ação popular e o mandado de segurança, essas previsões eram minimizadas pela disposição expressa constante em seu art. 68, de que "é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas". Com essa medida, *restringia-se a ação do Tribunal em certas matérias que poderiam ser objeto de apreciação judicial*. Além disso, logo na sequência, em janeiro de 1935, Vargas enviou ao Congresso o projeto de Lei de Segurança Nacional, que acabou sendo aprovado em uma versão ainda mais cruel em 4 de abril do mesmo ano. Adotava-se, assim,

⁵³⁴ Ataulpho Napoles de Paiva, João Martins de Carvalho Mourão, Manoel da Costa Manso, Eduardo Espínola, Lauro Ferreira de Camargo, Plínio de Castro Casado e Otávio Kelly (SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.38 et seq.).

um sistema judicial fragmentado no lugar de um Judiciário unificado, criando condições jurídicas para repressão aos dissidentes políticos.

Com o golpe (em 1937), a nova Carta trouxe restrições à *judicial review*, ao abrir a possibilidade de o Presidente da República, caso considerasse necessário ao bem-estar do povo ou à promoção ou defesa do interesse nacional, *submeter a decisão do STF ao exame do Parlamento* (art. 96, § único).⁵³⁵ Além disso, a Carta de 1937 repetia a disposição constante da Carta de 1934, de que era vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (art. 94). *O poder do Supremo também foi restringido* pelo teor do artigo 186, da Constituição, que declarou o estado de emergência em todo o país, o qual foi mantido durante todo o Estado Novo. O artigo 170 dispunha que durante o estado de emergência *ficava vedado aos juízes conhecer os atos praticados em virtude dele*.⁵³⁶

E, para restringir ainda mais a esfera de ação do Tribunal e dos litigantes, foram *limitadas as ações legais que poderiam ser propostas*. A Carta de 1937, por exemplo, não fez menção à ação popular.⁵³⁷ Além disso, retirou o *status* constitucional do mandado de segurança, relegando-o à legislação ordinária. O Código de Processo Civil impôs limitações à sua utilização, excluindo o seu emprego em face dos atos do "Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores" (art. 319, CPC/1939). O Tribunal de Segurança Nacional (TSN) continuou em funcionamento, com a manutenção do *sistema judicial fragmentado destinado à repressão dos dissidentes políticos*.

Assim como ocorreu durante o período de 1930 a 1934, em que o Congresso permaneceu fechado, também durante o Estado Novo Vargas exerceu influência sobre o processo de nomeação judicial. O ditador designou um ministro durante a fase constitucional (1934-1937), e, após o golpe (em 1937), sem a confirmação do Senado, 14 outros ministros⁵³⁸, o que indica

⁵³⁵ Veja-se o teor do parágrafo único, do art. 96, da Constituição de 1937: "No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

⁵³⁶ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997. p.89.

⁵³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.126.

⁵³⁸ Não passaram pelo crivo do Senado: Armando de Alencar, Cunha Mello, José Linhares, Whashington de Oliveira, Barros Barreto, Annibal Freire, Castro Nunes, Orozimbo Nonato, Waldemar Falcão, Goulart de Oliveira, Philadelpho Azevedo, Lafayette de Andrada, Edgard Costa e Ribeiro da Costa.

que também houve durante esse período uma *abertura para a seleção unilateral de juízes que partilhavam os seus pontos de vista*. Além disso, o Decreto-lei n.º 2.770/1940 outorgou ao Chefe de Governo a prerrogativa de intervir mais diretamente na composição do Tribunal, facultando-o a designação do Presidente e vice-Presidente do STF. Por fim, como forma de exercer influência sobre os juízes, o art. 177 da Constituição dispunha: "*poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime*". Essa faculdade foi aplicada aos juízes, conforme estabeleceu a *Lei Complementar n.º 8/1942*.

Em linha similar à Era Vargas, no período da Ditadura Militar (1964-1988), os militares igualmente mantiveram o Supremo funcionando e garantiram a ele certo grau de discricionariedade, muito provavelmente também em razão dos benefícios que a sua ação era capaz de proporcionar. Essa discricionariedade, porém, mais uma vez não foi – e nem poderia ser – *ampla*, e, tendo em vista a concentração do poder político do período⁵³⁹, os líderes

⁵³⁹ Com o fim da República de 1946 e o início da ditadura militar, inicialmente, os partidos existentes continuaram a funcionar. Os novos "donos do poder" não queriam adotar os mecanismos de uma ditadura pura, como ocorrera com Getúlio, em 1937, mas um arremedo de democracia, motivados por convicções políticas e (ou) pelo temor de repercussões internacionais negativas. Contudo, não deixaram a democracia funcionar com regularidade: eles criaram um sistema indireto para a escolha dos governadores dos Estados e dos Presidentes da República, retirando do povo a escolha dos ocupantes do Executivo. As instituições legislativas tiveram o seu funcionamento mantido, porém, passaram a ser controladas e coagidas, principalmente por meio do mecanismo de "cassações", o que as tornou dóceis. Posteriormente, com o AI-2, foram extintos compulsoriamente todos os 13 partidos políticos em funcionamento legal (este ato também tornou permanente a eleição indireta para a Presidência da República, conforme o seu art. 9.º). O regime então tratou de montar um sistema partidário para substituir o anterior, sendo que a legislação decretada visava criar uma estrutura partidária simplificada, com dois ou no máximo três partidos. Na prática, acabaram sendo montados apenas dois partidos. Além de desejar destruir as antigas identidades partidárias, *o objetivo era montar um forte partido ao governo, comprometido com os ideais do movimento de 1964 e livre de vínculos do sistema anterior*. Humberto de Alencar Castelo Branco almejava, assim, contar com uma organização forte, que pudesse dar sustentação ao governo no Parlamento. Os partidos políticos da ocasião reuniram-se na Aliança Renovadora Nacional (ARENA), enquanto a oposição – na qual estavam os que haviam sobrevivido às cassações – fundou o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Houve um evidente desequilíbrio de origem na representação parlamentar dos dois novos partidos, em favor da ARENA. A legenda da situação contava com confortáveis maiorias, de aproximadamente 3/5 na Câmara e 2/3 no Senado. O governo desejava um partido opositor "manso", "bem comportado", mais propenso a colaborar do que a atrapalhar, por isso a tolerância com o MDB foi sempre relativa e a "cassação" sempre uma opção. No final dos anos 60, circulava uma observação irônica sobre o novo sistema partidário, reveladora do estado de espírito de largos setores da sociedade. As atitudes dos dois partidos eram muito parecidas em relação ao governo. Para utilizar a expressão de Motta "a diferença era que o MDB seria o partido do 'sim', e a ARENA seria o partido do 'sim senhor'", ou seja, os dois dobravam-se à vontade do governo. Durante toda a vigência do bipartidarismo, a ARENA elegeu 62,2% dos deputados federais e 70,8% dos senadores. O MDB elegeu apenas 29,2% dos integrantes do Senado e 37,8% dos membros da Câmara. Com efeito, "o domínio da ARENA adquiriu proporções quase equiparáveis a uma situação de partido único" (o que foi se modificando a partir de 1974, com o processo lento e gradual de abertura). (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.138; KINZO, Maria

autoritários novamente não tiveram grande dificuldade para interferir na arena judicial, neutralizando-a, quando reputaram conveniente fazê-lo. Além de ações "intimidatórias" e (ou) "punitivas" mais "grosseiras", como a suspensão de garantias formais⁵⁴⁰ e aposentadoria compulsórias⁵⁴¹, diminuição do número de juízes⁵⁴² etc., o regime adotou outras formas de controle e neutralização judiciais mais sutis, similares às empregadas durante a Era Vargas.

O Ato Institucional n.º 1 (AI-1), editado em 9 de abril de 1964, que formalizou o golpe militar, *buscou restringir a atuação judicial dos atos praticados pelo regime*. O ato suspendeu, pelo período de seis meses, as garantias dos servidores civis e militares que tivessem "tentado contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública", sendo permitido, durante esse período, a sua demissão, dispensa, aposentadoria, reforma ou reserva (art. 7.º, § 1.º). A imposição dessas penalidades seria apurada por meio de investigação sumária, *sem a possibilidade de controle jurisdicional sobre os fatos que o motivaram, restringindo-se ao exame das formalidades extrínsecas* (§ 4.º). O AI-1 também *restringiu a atuação judicial, ao excluir de sua apreciação os atos dos Comandantes das Forças Armadas e do Presidente ao suspender os direitos políticos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais* (art. 10).

O AI-2, por sua vez, também *restringiu a atuação judicial sobre os atos praticados pelo regime*. O ato suspendeu, por seis meses, as garantias da vitaliciedade e estabilidade de agentes que contassem com essas garantias (art. 14), podendo estes ser demitidos, aposentados, transferidos, reformados, caso tivessem atentado contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração. *O controle jurisdicional desses atos, mais uma vez, se limitava às formalidades extrínsecas*. Outrossim, tal como ocorrera no AI-1,

D'Alva Gil. *Oposição e autoritarismo: gênese e trajetória do MDB (1966-1979)*. São Paulo: Vértice, 1988. p.15-28; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p.113-118; SCHMITT, Rogério. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p.31-42).

⁵⁴⁰ As garantias formais à magistratura foram suspensas no AI-1 (art. 7.º), no AI-2 (art. 14) e no AI-5 (art. 6.º).

⁵⁴¹ Por meio do Decreto de 16 de janeiro de 1969, o governo militar aposentou compulsoriamente os ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, este último nomeado por JK, e os outros dois por João Goulart. No mês seguinte, os últimos ministros nomeados por civis, Lafayette de Andrada (nomeado por José Linhares) e Antônio Gonçalves de Oliveira (nomeado por JK), saíram voluntariamente da Corte em protesto à aposentadoria de seus colegas.

⁵⁴² O AI-2, de 27 de outubro de 1965, alterou a composição do STF de 11 ministros para 16 (art. 16). Mais à frente, o AI-6, de 1.º de fevereiro de 1969, reduziu novamente o número de ministros do STF de 16 para 11. O objetivo dessas alterações era identificar a linha jurisprudencial do Tribunal com os objetivos do regime em curso.

o AI-2 também atribuía ao governo a faculdade de suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos e a cassação de mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, *excluída a apreciação judicial desses atos* (art. 15).

O AI-2 também *fragmentou a atuação judicial*, ao aumentar a competência da Justiça Militar, inclusive para processar e julgar civis nos crimes contra a segurança nacional (art. 8.º). Além disso, *restringiu a atuação judicial*, ao excluir da apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento em atos institucionais ou complementares, e acresceu que as resoluções dos poderes legislativos estaduais ou municipais que cassassem mandatos ou declarassem o impedimento de Governador, Prefeito ou Vereador, sujeito à sua competência, não poderiam sofrer a sindicância judicial (art. 19, I). Também *excluiu da apreciação judicial* as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores que houvessem cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação do Ato (art. 19, II).

O AI-3, por sua vez, novamente *restringiu a atuação judicial dos atos praticados pelo regime*. O ato fixou data para as eleições de 1966, dispôs sobre as eleições indiretas, sobre a nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados, etc., prevendo em seu art. 6.º: "*ficam excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele*". O AI-5 igualmente *restringiu a atuação judicial sobre assuntos do interesse do regime*, ao *suspender a garantia de habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10). Além disso, *excluiu de qualquer apreciação judicial os atos praticados de acordo com o referido Ato editado* (art. 11).

A EC n.º 16/65 *introduziu um novo tipo de judicial review, que acabaria por beneficiar o regime*: a representação de inconstitucionalidade (RI). O fato de a legitimidade desse instrumento ser exclusiva do Procurador Geral, à época cargo de livre nomeação e exoneração do Presidente da República, fez com que o dispositivo significasse a consagração da prerrogativa do Executivo de levar diretamente ao STF a discussão sobre a constitucionalidade de norma federal ou estadual, enquanto todas as demais pessoas físicas ou jurídicas estavam limitadas ao uso do controle difuso de constitucionalidade, e, portanto, sujeitas a um trâmite nas instâncias inferiores até o pronunciamento da Corte em recurso extraordinário.

Além disso, no período da Ditadura Militar também *foram selecionados juízes que partilhavam os pontos de vista do regime*. A mudança na composição do STF iniciou-se em 1965, com o AI-2, que permitiu a nomeação de novos ministros para assumir as cadeiras

criadas com o referido ato. Essa mudança continuou com a aposentadoria de diversos ministros que compunham o Tribunal quando da realização do golpe, mas se completou apenas em 1969, com a aposentadoria dos três ministros pelo regime e com o pedido de aposentadoria dos outros dois (a partir do AI-5).

A partir dessas características, pode-se dizer que embora mantido durante a Era Vargas e Ditadura Militar, a fim de garantir os benefícios que a ação judicial era capaz de proporcionar, o STF foi neutralizado em ambos os períodos. Nessas duas conjunturas históricas, os líderes autoritários tiveram incentivos para manter a Corte funcionando e conferir a ela certo grau de discricionariedade – a fim de que atuasse em assuntos de seu interesse –, porém, eles não podiam, e às vezes também não queriam, conferir discricionariedade *ampla* a ela, uma vez que a sua atuação em assuntos sensíveis poderia levar ao enfraquecimento ou até mesmo à derrocada do regime.

O fato de os ditadores não poderem – e às vezes não quererem – aceitar a ação judicial independente em todos os assuntos, visando a autopreservação, em alguma medida explica o fato de a independência do STF e de seus membros não ter sido respeitada durante a Era Vargas e a Ditadura Militar, bem como confirma o pressuposto de que, nesse tipo de regime, a tendência geral *esperada* é a de que sempre existam interferências impróprias sobre a esfera judicial.

3.2 A (in)dependência judicial em períodos democráticos

Como desenvolvido até este momento, a democracia é necessária para que os atores políticos possam – ou estejam dispostos a – respeitar a independência judicial de uma *forma plena*. Contudo, a democracia em si não é suficiente para que a independência seja preservada *na prática*. Analisados os dois períodos autoritários, cabe agora avaliar os três períodos democráticos da história institucional brasileira – (i) a República Velha (1891-1930); (ii) a República de 1946 (1946-1964); e (iii) o Período posterior a 1988 até a atualidade – a fim de explicar por que a independência do STF (e de seus membros) foi respeitada em alguns momentos e em outros não.

Como apontado no capítulo anterior, a independência judicial em governos democráticos pressupõe que os atores políticos observarão o equilíbrio dos *custos* e dos *benefícios* que eles auferem antes de levar adiante afrontas institucionais contra as Cortes (e seus juízes), o que

implica em dizer que eles tendem a estar motivados a afrontar a independência judicial quando os *custos* da atuação judicial são pesados demais em relação aos *benefícios* que um Judiciário independente é capaz de proporcionar. Por isso, pode-se dizer que *as afrontas à independência tendem a ser mais frequentes em períodos em que o Tribunal assume uma tendência proativa na restrição dos poderes políticos, anulando uma série de políticas legislativas e (ou) decisões importantes para o governo*, uma vez que nesses períodos é que os *custos* da atuação judicial tendem a ser maiores do que os *benefícios* que ela auferem.

Entretanto, como desenvolvido no capítulo anterior, mesmo que atores políticos concluam que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, e se sintam, então, tentados a ameaçar a independência, isso não quer dizer que eles necessariamente irão fazê-lo. O propósito de levar adiante afrontas à independência pode estar associado aos *limitadores* antes abordados, quais sejam: *a fragmentação política* e a existência de um *apoio público (difuso)*. Como as afrontas às Cortes são mais difíceis de se concretizar em contextos em que há fragmentação do poder e apoio público (difuso), por consequência, *entende-se haver maior probabilidade de que esses fatores não estejam presentes nos períodos em que as afrontas institucionais mais ocorrem*.

Dessa maneira, se os pressupostos teóricos abordados no capítulo anterior estão corretos, *três características* tendem a estar presentes em *situações em que há desrespeito à independência judicial*: (i) uma tendência do Tribunal em anular uma série de políticas e (ou) decisões importantes para o governo; (ii) um contexto de ausente ou escassa fragmentação do poder; (iii) um ambiente de ausente ou declínio de apoio público (difuso). A exposição que se segue buscará avaliar se esses fatores estiveram (ou não) presentes nos três períodos democráticos da história institucional brasileira. A análise será dividida em três subitens: (i) a posição proativa (ou não) do Tribunal na restrição dos poderes políticos; (ii) a existência (ou não) de fragmentação do poder; (iii) a existência (ou não) de apoio público ao Tribunal. Posteriormente, serão reunidos os dados alcançados em cada um dos subitens, para demonstrar que esses fatores conseguem explicar a independência judicial do STF ao longo do tempo.

3.2.1 A posição proativa (ou não) do STF na restrição dos poderes políticos

O objetivo deste item é analisar, em cada um dos períodos da história institucional do STF, a posição proativa (ou não) do Tribunal em anular políticas e (ou) decisões importantes

para o governo. O objetivo é especificar os períodos em que os agentes eleitos possivelmente se sentiram – ou, eventualmente, ainda se sentem – motivados a afrontar a independência do Tribunal. Como os casos aqui mencionados já foram abordados no capítulo 1, cabe aqui apenas a alusão a eles, com o propósito de demonstrar a posição proativa (ou não) do Tribunal em cada período.

Inicia-se a análise com a República Velha (1891-1930). Durante esse período, pode-se dizer que o Tribunal se posicionou contrariamente ao governo em curso em várias questões de grande interesse político, normalmente buscando proteger os direitos de "inimigos" da República. Lembre-se que o STF: (i) aceitou julgar o *habeas corpus* em favor de presos políticos envolvidos em uma "revolta" em oposição a Floriano, dentre os quais se encontravam monarquistas, ao que o *Marechal de Ferro* não viu com "bons olhos"⁵⁴³; (ii) concedeu ordens de soltura em favor de quarenta e oito presos civis⁵⁴⁴ e do imediato de Júpiter⁵⁴⁵, todos envolvidos na Revolução Federalista, iniciada no Rio Grande do Sul, os quais, juntos com Wandenkolk, tinham o propósito de preparar a deposição do governador do Estado do Rio Grande do Sul e conquistar autonomia sobre a região, descentralizando o poder da recém-formada República. Mesmo Wandenkolk e outros, que não conseguiram em um primeiro momento a ordem de soltura⁵⁴⁶, a obtiveram no ano seguinte⁵⁴⁷, junto com outros militares reformados; (iii) julgou vários *habeas corpus* de estrangeiros que haviam sido deportados por Floriano, porque envolvidos na chamada Revolta Armada, que era promovida pela Marinha, contra o governo, em apoio à monarquia.⁵⁴⁸

Mais à frente, durante o governo de Prudente de Moraes, o STF concedeu ordem de soltura⁵⁴⁹ a deputados e senadores que participaram do atentado contra a vida do Presidente, mas que culminou na morte do Ministro da Guerra. Posteriormente, durante o período em que vigorou a política dos governadores, o Tribunal aceitou decidir inúmeros casos que envolviam

⁵⁴³ HC 300, j. 23/04/1892.

⁵⁴⁴ HC 406, j. 09/08/1893.

⁵⁴⁵ HC 410, j. 16/08/1893.

⁵⁴⁶ HC 415, j. 02/09/1893.

⁵⁴⁷ HC 535, j. 31/09/1894 e HC 604, j. 22/09/1894.

⁵⁴⁸ HC n.ºs 520, j. 12/09/1894; 523, 524, 525, e 529, de 15/09/1894 e outros.

⁵⁴⁹ HC 1073, j. 16/04/1898.

irregularidades eleitorais. Tratavam-se, basicamente, de questões do interesse direto do governo em curso, decorrentes de fraude eleitoral, em face das quais não havia empenho das maiorias políticas em seguir as determinações do Tribunal. Cabe aqui citar como exemplo: (i) os pedidos de *habeas corpus*⁵⁵⁰ motivados pela controvérsia em torno da diplomação e verificação de poderes dos intendentes eleitos para integrar o Conselho Municipal do Distrito Federal (em que o Tribunal concedeu mais de uma vez ordem para os pacientes entrarem no edifício do Conselho Municipal, para exercer as suas funções, em claro contraste aos interesses do governo); e (ii) o caso da duplicação da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (em que o STF igualmente concedeu ordem⁵⁵¹ para que os pacientes tivessem livre locomoção e ingresso no lugar onde funcionava a Assembleia Legislativa, proibindo qualquer coação do governo a esse respeito).

Ao contrário do que ocorreu durante a República Velha, ao longo da República de 1946 o STF foi bem mais autocontido. Embora o período tenha sido marcado por tentativas de golpe de estado, estados de sítio e prisões políticas, e o Tribunal tenha se envolvido nessas questões, as ações dos outros poderes foram, em geral, presevadas pelo Supremo. Citem-se como exemplo: (i) as medidas judiciais para contestar a cassação do registro do Partido Comunista⁵⁵², o fechamento de sua sede⁵⁵³ e a declaração de extinção dos mandatos de seus parlamentares⁵⁵⁴ (em razão da extinção do Partido). O Tribunal afastou todas as medidas, muitas vezes sem sequer apreciar o mérito, o que contribuiu para manter o Partido Comunista na ilegalidade, corroborando, assim, com os interesses do governo em curso; (ii) o Tribunal não afrontou o governo no caso do mandado de segurança⁵⁵⁵ impetrado por Café Filho, contra o ato do Congresso que o impediu de assumir o cargo depois do seu afastamento por motivos de saúde. O Tribunal suspendeu o julgamento até a cessação do estado de sítio, retomando-o apenas tempos depois, quando o pedido já tinha perdido o seu objeto. Tal decisão satisfazia os

⁵⁵⁰ HC 2.794, j. 11/12/1909.

⁵⁵¹ HC 2.984, de 04/01/1911.

⁵⁵² RE n.º 12.369, de 14/04/1948.

⁵⁵³ HC n.º 29.763, de 28/05/1947.

⁵⁵⁴ MS n.º 900, de 18/05/1949 e n.º 896, de 25/05/1949.

⁵⁵⁵ MS 3.557, de 14/12/1955.

interesses do governo, e, de alguma forma, retratava o sentimento de temor, predominante à época, de que o comunismo se instaurasse no país.

No período pós-1988, a seu turno, cada vez mais o STF anulou políticas e (ou) decisões importantes para o governo e seus integrantes. Por exemplo: (i) passou a julgar inconstitucionais medidas provisórias que não cumpriam os requisitos constitucionais de "relevância" e "urgência", fiscalizando a edição de tais medidas pelo Presidente⁵⁵⁶; (ii) passou a entender que leis orçamentárias e medidas provisórias de abertura de créditos extraordinários estavam sujeitas a controle concentrado e abstrato, restringindo o Executivo⁵⁵⁷; (iii) firmou a sua competência para o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, restringindo as decisões do Constituinte derivado⁵⁵⁸; (iv) rejeitou alguns programas importantes do governo, inclusive embates ligados às Reformas da Previdência⁵⁵⁹; (v) definiu e limitou a atuação dos atores políticos no casos das CPIs⁵⁶⁰; (vi) limitou o interesse de atores políticos em questões eleitorais, como nos casos da verticalização das coligações partidárias⁵⁶¹, cláusula de barreira⁵⁶² e ao declarar a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa⁵⁶³; (vii) interferiu na estrutura administrativa dos outros poderes no caso do "nepotismo"⁵⁶⁴; (viii) julgou inconstitucionais os critérios do Fundo de Participação dos Estados, em decisão com

⁵⁵⁶ ADI 1.753/DF, j. 16/04/1998, DJ. 12/06/1998, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁵⁵⁷ ADI-MC 4.048/DF, j. 14/05/2008, DJ. 22/08/2008, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁵⁵⁸ Cite-se: (i) o caso do IPMF – EC 02/93 (ADI 939/DF, j. 15/12/1993, DJ. 18/03/1994); (ii) o caso dos benefícios de Previdência – EC 20/98 (ADI 1.946/DF, j. 03/04/2003, DJ. 16/05/2003); (iii) o caso da contribuição dos inativos – EC 41/03 (ADI 3.105/DF, j. 18/08/2004, DJ. 18/02/2005); (iv) o caso da verticalização das coligações partidárias – EC 52/06 (ADI 3.685/DF, j. 22/03/2006, DJ. 10/08/2006); (v) o caso da competência da Justiça do Trabalho – EC 45/2004 (ADI-MC 3.395/DF, j. 05/04/2006, DJ. 10/11/2006); (vi) o caso do número de vereadores – EC 58/09 (ADI 4.307/DF, j. 11/11/2009, DJ. 05/03/2010).

⁵⁵⁹ ADI 1.946/DF, j. 03/04/2003, DJ. 16/05/2003, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI-MC 2.010, j. 30/09/1999, DJ. 12/04/2002, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.105/DF, j. 18/08/2004, DJ. 18/02/2005, Rel. Min. Cezar Peluzo.

⁵⁶⁰ MS 23.452/RJ, j. 16/09/1999, DJ 12/05/2000, Rel. Min. Celso de Mello; MS 24.831/DF, j. 22/06/2005, DJ. 04/08/2006, Rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁶¹ ADI 3.685/DF, j. 22/03/2006, DJ. 10/08/2006, Rel. Min. Ellen Gracie.

⁵⁶² ADI 1.351/DF, j. 07/12/2006, DJ. 29/06/2007, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁵⁶³ ADC(s) 29 e 309, e ADI 4.578, j. 16/02/2010, DJ. 29/06/2012, Rel. Min. Luiz Fux.

⁵⁶⁴ ADC 12/DF, j. 16/02/2006, DJ. 01/09/2006, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

repercussão econômica para muitas unidades federativas⁵⁶⁵; (ix) revisou as razões do Ministro da Justiça em ato de concessão de refúgio⁵⁶⁶; (x) atuou na apreciação de crimes de deputados e senadores envolvidos em ações de corrupção na Ação Penal 470; e, atualmente, (xi) começa a atuar na apreciação de supostos crimes de corrupção que envolveram ‘esquemas’ entre políticos, empresários e empresas estatais, no que ficou nacionalmente conhecido como "Operação Lava Jato" etc.

Tendo em vista as evidências apontadas ao longo deste item é possível concluir que: (i) no período da República Velha (1891-1930), o Tribunal assumiu uma postura proativa na restrição dos poderes políticos, anulando uma série de políticas e (ou) decisões importantes para os governos em curso; (ii) no período da República de 1946, apesar de o Supremo ter se envolvido em questões candentes "da ordem do dia", em geral, ele preservou as ações dos outros poderes quando estas foram contestadas⁵⁶⁷; e, por fim, (iii) no período pós-1988, o STF vem assumindo – desde a redemocratização até o período atual – uma postura proativa na restrição dos poderes políticos, anulando uma série de políticas e (ou) decisões relevantes para o governo e seus integrantes.

3.2.2 A fragmentação política

O objetivo deste item é analisar a fragmentação do poder político em cada período democrático da história institucional do STF. Iniciando a análise com o período da República Velha (1889-1930), pode-se dizer que, embora esse período seja considerado democrático, o país pouco viveu uma democracia *de fato*, com fragmentação do poder e eleições competitivas. Apesar de a República ter resultado de forças que eram muito diferentes⁵⁶⁸, os militares

⁵⁶⁵ ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, DJ 30/04/2010.

⁵⁶⁶ EXT. 1.085, j. 16/12/2009, DJ. 16/04/2010, Rel. Min. Cezar Peluso.

⁵⁶⁷ Esse também é o posicionamento de: PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.174.

⁵⁶⁸ A República resultou das forças que se uniram por um tempo, mas que eram muito diferentes: o Exército e a elite política dos Estados, que começaram a se organizar já na época do Império, sob a forma de partidos políticos (os Partidos Republicanos Estaduais - PR). Adeptos do federalismo, que antes apoiavam a monarquia, como Rui Barbosa e Joaquim Nabuco, também aderiram ao movimento republicano, justificando a adesão pela dificuldade de implantação da federação no regime monárquico. Mas os principais atores no movimento de

predominaram inicialmente, e o Marechal Deodoro da Fonseca foi o Presidente do governo provisório. Uma vez elaborada a Constituição, ele também foi eleito o primeiro Presidente da República, por *voto indireto* da Assembleia Constituinte, em uma *eleição extremamente questionável*.⁵⁶⁹ Nove meses depois, Deodoro fechou o Congresso e, em razão de uma crise política e militar, acabou renunciando ao cargo, o qual foi assumido por seu vice, Floriano Peixoto, que cumpriu o mandato até o final, de forma considerada "*inconstitucional*".⁵⁷⁰

Floriano contou com o apoio do Congresso, tendo em vista o interesse que as oligarquias estaduais tinham em consolidar o regime, porém, não eram poucos os que afirmavam que Floriano não entregaria o poder. Os primeiros quatro anos da República Velha representaram um período turbulento, de consolidação do novo regime, marcado por rebeliões e confrontos armados, e o governo de *Floriano acabou sendo útil aos interesses dos republicanos civis*.⁵⁷¹

Depois dele, coube ao civil Prudente de Moraes consolidar de uma vez por todas a República, que conquistou o desejado "consenso" apenas com o governo de Campos Sales (1898-1902).⁵⁷² Este último, por sua vez, consolida o modelo republicano civil e oligárquico, que perduraria durante toda a República Velha, instaurando a chamada "Política dos

15 de novembro foram os militares, mais especificamente o Exército. Cf. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p.45-52; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.107.

⁵⁶⁹ Narra-se que foi problemática a sua eleição, realizada em 15 de fevereiro de 1891. Temente de perder o pleito no Congresso para Prudente de Moraes, os partidários do marechal pressionaram os parlamentares. O Congresso estava ocupado com soldados à paisana e policiais. Também os constituintes militares estavam armados no interior do recinto de votação. O Clube Naval igualmente divulgou uma nota afirmando que seria "agradável" à Marinha a eleição de Deodoro. Os militares espalhavam, à boca pequena, que a derrota do marechal levaria à instauração de uma ditadura. O resultado foi que Deodoro venceu com 129 votos, contra 97 de Prudente de Moraes (VILLA, Marco Antonio. *O nascimento da república no Brasil: a primeira década do novo regime*. São Paulo: Ática, 1997. p.51-53).

⁵⁷⁰ De acordo com a Constituição, novas eleições deveriam ser convocadas (art. 42), porém, valendo-se de uma interpretação ardilosa, Floriano Peixoto subiu ao poder e manteve-se até o final do mandato, recebendo apoio do Congresso, já dominado pelas oligarquias estaduais. A tese de Floriano era a de que no primeiro mandato presidencial não incidiria a regra geral, prevista no art. 42 da Constituição, mas o estabelecido no artigo 1.º, § 2.º, das Disposições Transitórias, segundo o qual "o Presidente e o Vice-Presidente, eleitos, na forma deste artigo, ocuparão a Presidência e a Vice-Presidência durante o primeiro período presidencial". (Cf. SARMENTO, Daniel. *Trajetória constitucional brasileira*. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.24).

⁵⁷¹ MONTEIRO, Hamilton M. *Brasil República*. São Paulo: Editora Ática, 1986. p.51-54.

⁵⁷² Segundo Francisco Iglesias, "*No tardó en surgir la más seria de todas las cuestiones mesianicas, el caso de Canudos. Le tocó a Prudente completar la obra de Floriano, consolidando de una vez por todas las República, que alcanzó el caráter de soberana en 1898. El deseado consenso se realizo completamente en el gobierno de Campos Sales*" (IGLESIAS, Francisco. *História política de Brasil (1500-1964)*. Madrid: Mafre, 1992. p.240).

Governadores"⁵⁷³, por meio da qual os Partidos Republicanos (PR) dos Estados (os mais fortes de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul) se transformaram em *verdadeiras oligarquias, dominando o poder, sem deixar grande espaço à competição partidária*.⁵⁷⁴ Durante a República Velha, portanto, houve: (i) um período de transição e consolidação da República (*em que os Presidentes Militares tiveram apoio do Congresso*); e, quando consolidada a República; (ii) o predomínio dos Partidos Republicanos (PR) dos Estados.

No período da República de 1946, por sua vez, o cenário político era bastante diferente. Com o término da ditadura personalista de Getúlio Vargas⁵⁷⁵, em 1945, iniciou-se a primeira experiência democrática na história brasileira. A experiência democrática do período caracterizou-se como um sistema moderadamente fragmentado, uma vez que três grandes partidos (PSD, UDN e PTB) destacavam-se e em torno deles havia uma dezena de partidos-satélites. Entre o período de 1945 a 1964 esses três partidos ocuparam nada menos do que 79,8% de todas as cadeiras na Câmara dos Deputados e 86,2% dos assentos no Senado Federal, ao longo das cinco legislaturas em que atuaram.⁵⁷⁶ Apesar do temor do comunismo ter levado a alguns episódios de "crise institucional"⁵⁷⁷ nesse período, pode-se dizer que *se estabeleceu um equilíbrio de poder entre três partidos políticos, nenhum dos quais tinha controle majoritário sobre o Executivo e o Legislativo (eles revezavam-se na Presidência e dividiam o poder na Câmara e no Senado)*.⁵⁷⁸

⁵⁷³ MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p.47-60.

⁵⁷⁴ MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p.47-60.

⁵⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Trajetória constitucional brasileira. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.46-47.

⁵⁷⁶ SCHMITT, Rogério. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p.18.

⁵⁷⁷ O primeiro decorrente da deposição de Carlos Luz, em um "golpe preventivo" levado a cabo pelo General Henrique Lott, que buscava proteger a democracia até que Juscelino Kubitschek assumisse o cargo presidencial para o qual fora eleito (ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.280). O segundo que culminou com a instauração do regime militar, após a desconfiança em torno do Presidente em exercício, João Goulart (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.138-139).

⁵⁷⁸ A partir da análise dos dados apresentados por Rogério Schmitt sobre o resultado das eleições de 1945-1962, é possível notar que: (i) *durante o mandato do Presidente Eurico Dutra* (jan/1946-jan/1951), do PSD, Dutra teve, com o resultado das eleições de dez/1945, uma maioria absoluta na Câmara (52,8%), e também uma

Por fim, resta tratar do período pós-1988. A formação partidária que levou à redemocratização do país em 1988 começou a se formar já no final do período militar. Ao final de 1979, visando enfraquecer a oposição (no caso, o MDB), que conquistava amplo apoio, o regime militar decretou a extinção do bipartidarismo e promoveu uma reformulação partidária, abrindo a possibilidade de que vários partidos fossem formados. A intenção era dividir o MDB, explorando as conhecidas divisões internas que existiam dentro dele. Entre janeiro e maio de 1980, seis novos partidos foram organizados e posteriormente registrados no TSE⁵⁷⁹, dentre os quais estava o Partido Democrático Social (PDS), que era praticamente uma continuação da ARENA. No campo oposicionista ocorreu o esperado, a cisão: os parlamentares eleitos pelo extinto MDB ajudaram a criar quatro novos partidos: o PMDB, PDT, PTB e PT, contudo, o PMDB apareceu como o principal herdeiro do antigo partido da resistência democrática. A estratégia do governo de fracionar as forças de oposição foi bem-sucedida naquele momento. A extinta ARENA, que passou a ser PDS, manteve maiorias absolutas nas duas casas legislativas.⁵⁸⁰

Todavia, muito em razão da insatisfação social⁵⁸¹, negociações entre líderes do PMDB e *parcelas* do PDS levaram à articulação da "Aliança Democrática", que disputou e ganhou as

maioria absoluta no Senado (61,9%), o que indica que o PSD teve um período inicial de dominância em ambas as casas do Congresso, o que não é visto em nenhum outro período. Com o resultado das eleições de jan/1947, o PSD teve 36,8% na Câmara, e 54,2% no Senado. (ii) *durante o mandato do Presidente Getúlio Vargas*, do PTB (jan/1951-agos/1954), Vargas teve, com as eleições de out/1950, 16,8% na Câmara, e 22,7% no Senado. (iii) *durante o mandato do Presidente Café Filho* (agos/1954-nov/1955), do PSP, Café Filho teve, com o resultado das eleições de out/1954, 9,8% na Câmara, e 2,4% no Senado; (iv) *durante o período do mandato dos Presidentes (interinos) Carlos Luz e Nereu Ramos* (8nov/1955-11nov/1955 e nov/1955-jan/1956), ambos do PSD, Luz/Ramos tiveram, com o resultado das eleições de out/1954, 38,1% na Câmara e 35% no Senado. (v) *durante o período de mandato do Presidente Juscelino Kubitschek* (jan/1956-jan/1961), do PSD, JK teve, com o resultado das eleições de out/1954, 38,1% na Câmara e 35% no Senado. Com o resultado das eleições de out/1958, ele teve 35,3% na Câmara, e 28,6% no Senado. (vi) *durante o mandato do Presidente Jânio Quadros* (jan/1961-ago/1961), do PTN, Quadros teve, com o resultado das eleições de out/1958, 2,1% na Câmara e 0% no Senado. (vii) *durante o mandato do Presidente (interino) Ranieri Mazzilli* (ago/1961-set/1961), do PSD, Mazzilli teve, com o resultado das eleições de out/1958, 35,3% na Câmara, e 28,6% no Senado. (viii) *durante o mandato do Presidente João Goulart* (set/1961-abril/1964), do PTB, Goulart teve, com o resultado das eleições de out/1958, 20,2% na Câmara, e 28,6% no Senado. Com o resultado das eleições de out/1962, passou a ter 28,4% na Câmara e 26,7% no Senado. Daí se infere que existiu durante todo período de 1945-1962 uma considerável fragmentação política entre os Poderes Executivo e Legislativo. Cf. SCHMITT, Rogério. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p.23-24.

⁵⁷⁹ (i) Partido Democrático Social (PDS); (ii) Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB); (iii) Partido Popular (PP); (iv) Partido dos Trabalhadores (PT); (v) Partido Trabalhista Brasileiro (PTB); (vi) Partido Democrático Trabalhista (PDT). Cf. MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p.128.

⁵⁸⁰ SCHMITT, op. cit., p.50.

⁵⁸¹ Segundo Motta Sá, "a pressão da sociedade – revelada particularmente através da eclosão de uma série de greves – e a erosão de suas bases de apoio levaram o governo a perder o controle sobre o processo de transição. Em 1982, nas primeiras eleições diretas para governador desde 1965 ficou patente o sentimento popular, que

eleições indiretas para Presidência em 1985. A *cisão* do PDS foi fundamental, porque a oposição sozinha não teria condições de escolher o sucessor de Figueiredo, o último general-Presidente. A chapa reunindo Tancredo Neves e José Sarney foi eleita em janeiro de 1985, e, com a morte de Tancredo, Sarney assumiu o cargo. A vitória dessa chapa permitiu o retorno à democracia.⁵⁸² A partir de então, a fragmentação política passou a ser a regra no Congresso. Conseguiu-se estabelecer *um equilíbrio de poder entre vários partidos políticos*, os quais passaram a se revezar na Presidência e a dividir o poder na Câmara e no Senado. Apenas para se ter uma ideia, nas eleições de 1986, 13 partidos obtiveram representação no Congresso Nacional (as bancadas dos seis maiores correspondiam a 96,1% dos Deputados e 98% dos Senadores). Na eleição de 1990, 19 partidos se fizeram representar no Congresso (a bancada dos sete maiores equivalia a 77,6% da Câmara e 80,6% do Senado).

No processo eleitoral de 1994, 18 legendas obtiveram representação congressual (a magnitude das sete maiores passou a ser de 82,6% da Câmara e 87% do Senado). Na legislatura de 1998, novamente 18 partidos conseguiram eleger pelo menos um parlamentar (a bancada dos sete maiores representou 90,1% da Câmara e 96,3% dos assentos no Senado).⁵⁸³ Na legislatura de 2002, 19 legendas obtiveram representação o Congresso (a bancada das oito maiores foi de 81,09% na Câmara e 96,29% no Senado). Nas eleições de 2006, 22 legendas obtiveram representação no Congresso (a bancada das oito maiores passou a ser de 81,28% na Câmara e 85,18% no Senado). Nas eleições de 2010, novamente 22 legendas obtiveram representação congressual (a magnitude das oito maiores foi de 79,92% na Câmara e 85,18% no Senado). Por fim, nas eleições de 2014, 28 legendas tiveram representação no Congresso (a bancada das oito maiores representou 62,9% na Câmara e 92,59% do Senado).⁵⁸⁴

O cenário de fragmentação do poder tem criado um ambiente de disputas e barganhas que impede agremiações soberanas e assegura a fragmentação do poder não apenas entre Executivo e Legislativo, mas também dentro dos próprios poderes. Esse arranjo tem feito

eleger candidatos de oposição nos estados mais importantes. Mas o episódio mais decisivo ocorreu em 1984, com a campanha popular pelo restabelecimento de eleições diretas para presidente, o movimento diretas-já" (MOTTA, op. cit., p.133).

⁵⁸² A "transição democrática" acabou ocorrendo "sem nenhuma ruptura das regras do jogo político criadas pelo regime autoritário para se perpetuar no poder" (SCHMITT, Rogério. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p.60).

⁵⁸³ Os dados das eleições de 1986 até 1998 são de: SCHMITT (Ibid., p.61-87).

⁵⁸⁴ Os dados das eleições de 2002 até 2014 foram retiradas diretamente do site do Tribunal Superior Eleitoral (<http://www.tse.jus.br/>), em "eleições anteriores".

com que o governo – para conseguir governar, sem uma obstrução pelas vias representativas – adote a prática de formar uma sustentação de apoio político no Congresso, normalmente obtido por meio de posições nos ministérios. Trata-se do que a ciência política tem chamado de *presidencialismo de coalizão*.⁵⁸⁵ Os governos de coalizão, porém, não funcionam como governo de partido único, já que o Poder Executivo precisa dialogar com os variados partidos, a fim de formar uma coalizão, além é claro, de estar sujeito a uma oposição mobilizada. Embora os governos de coalizão já estivessem presentes no período da República de 1946, pode-se afirmar que eles se estabeleceram em maior grau no pós-1988.

Conforme constatado ao longo deste item, pode-se afirmar que: (i) durante a República Velha, a fragmentação do poder e as eleições competitivas não foram a regra, tendo havido um período de transição e consolidação da República em que os Presidentes Militares tiveram apoio do Congresso, e, quando consolidada a República, viu-se o predomínio dos Partidos Republicanos (PR) dos Estados; (ii) durante a República de 1946 constatou-se a existência de um grau moderado de fragmentação do poder político, com o equilíbrio de poder entre três partidos políticos, nenhum dos quais tinha controle majoritário sobre o Executivo e o Legislativo; e, por fim, (iii) no período posterior a 1988 estabeleceu-se um equilíbrio de poder entre vários partidos políticos, os quais passaram a se revezar na Presidência e a dividir o poder na Câmara e no Senado. Por fim, verificou-se que o chamado *presidencialismo de coalizão* não funciona como governo de partido único, já que o Poder Executivo precisa dialogar com os variados partidos políticos para conseguir governar.

3.2.3 O apoio público (difuso)

Este item é dedicado a analisar o apoio público ao STF durante os períodos democráticos. Como visto no capítulo anterior, o apoio público (difuso) é constituído pela satisfação dos cidadãos com os resultados das decisões/posições específicas da Corte ao longo do tempo e a partir da manutenção contínua da imagem da Corte como instituição imparcial e apolítica. Isso

⁵⁸⁵ Cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.31, n.1, p.5-34, 1988; e FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Instituições Políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira*. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.156-157.

pressupõe, porém, que uma dada sociedade precisa conhecer o Tribunal e seu o trabalho/atuação, ainda que nos casos mais relevantes, para que o referido apoio se forme/mantenha.

Em âmbito nacional, porém, o STF era uma instituição praticamente *desconhecida* à sociedade brasileira antes de 1988. As relações entre o Supremo e a sociedade intensificaram-se à medida que aquele – no pós-1988 – passou a decidir cada vez mais questões de grande visibilidade e as suas decisões passaram a afetar cada vez mais a sociedade em geral, o que ocorreu muito em razão da reformulação do sistema de controle de constitucionalidade e do "reavivamento" da cidadania, após um longo período de governo autoritário (1964-1988).

Note-se que nas últimas décadas do século XIX até 1930, o Brasil era um país predominantemente agrícola. Segundo o censo de 1920, dos 9,1 milhões de pessoas em atividade, 6,3 milhões (69,7%) se dedicavam à agricultura, característica que não se modificou entre 1920 e 1940. A partir de 1950 esse quadro foi se transformando pouco a pouco, mas apenas a partir de 1980 a maioria da população (51,5%) passou a ser urbana. Além disso, existia no Brasil um grande índice de analfabetismo, atingindo a marca de 69,9% em 1920. Em 1940, o índice passava para 56,2%. Em 1950 atingiu 53,9% para homens e 60,6% para mulheres. Essas estimativas vieram a cair apenas a partir de 1980, quando o censo apontou, respectivamente, 34,9% e 35,2%.⁵⁸⁶ Tais características, somadas à debilidade do acesso à informação no país, demonstram que a população brasileira era, em sua maioria, uma massa acrítica, que provavelmente não conhecia as instituições e suas decisões e, por isso, dificilmente podia conferir um apoio difuso à Corte, capaz de representar uma "barreira" contra as manobras "retaliatórias" dos poderes políticos.

No final da década de 1960, o então ministro do STF, Aliomar Baleeiro, em sua clássica obra *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, se perguntava:

Conhecerá o povo seu Tribunal mais elevado, supremo por nome e definição? Alimento minhas dúvidas, fruto de observações duma vida já longa em contato com os vários grupos da população. Fora dos meios forenses e políticos, de si restritos, o homem da rua ainda quando relativamente educado, não forma nítida compreensão do papel que desempenha, no quadro de nossas instituições, uma Corte de Justiça, cujos contornos políticos, no mais nobre e grego sentido da palavra, a distinguem dos outros Tribunais.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p.281-289; 389-394; 529-544.

⁵⁸⁷ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p.10 e 11.

O ministro Carlos Thompson Flores, presidente do STF entre os anos de 1977 e 1979, justificava o *desconhecimento do Tribunal* em razão da "aversão dos ministros a qualquer tipo de publicidade". De acordo com o ministro, tal "desconhecimento":

[...] não deve ser debitado, apenas, a um possível desinteresse ou descaso dos juristas e historiadores pátrios, tendo como consequência a escassa literatura sobre o órgão máximo da Justiça brasileira; **grande parcela cabe, também, à própria Corte, em razão das características que pautaram, sempre a atividade de seus ministros, avessos a qualquer publicidade.** Há que admitir a existência de preciosas lições, frutos da cultura e do trabalho laborioso de insignes juízes de nossa Corte maior, que jazem esquecidas em longínquas páginas de acórdãos, furtados ao conhecimento de advogados, estudantes e estudiosos do Direito por falta de uma divulgação ampla e adequada, com lamentável perda para a formação jurídica nacional.⁵⁸⁸

Em notícia intitulada *Revalorizar Justiça, proposta do Supremo*, veiculada no jornal *O Estado e São Paulo*, no dia 14 de abril de 1982, faz-se menção a uma declaração do ministro Xavier de Albuquerque, afirmando que *a nação não pode mais suportar o distanciamento que existe entre a opinião pública e o Judiciário, especialmente o Supremo*. Ele propõe a valorização do Judiciário, o que implica "resgatá-lo das páginas mais modestas da imprensa para as mais destacadas e condizentes com a sua importância institucional".⁵⁸⁹ O ministro Xavier de Albuquerque, durante a sua presidência no Tribunal (1980-1983), havia convocado um "encontro" com os proprietários de jornais e jornalistas, a fim de estabelecer um "acordo" para aproximar o STF da opinião pública. Os jornalistas se referiram ao encontro como um "marco histórico e necessário: a aproximação do Supremo com a Nação e com o povo brasileiro".⁵⁹⁰ O jornal *O Estado de S. Paulo* publicou, no dia 15 de abril de 1982, notícia elogiando a iniciativa:

A pretensão do ministro Xavier de Albuquerque não consiste em transformar a atividade do Tribunal em manchete jornalística; o que parece oportuno é prestar contas do funcionamento da Corte [...] **a fim de que o povo se aperceba da importância de que se revestem as decisões votadas no plenário e nas turmas do STF** – importância que cresce de significação quando se busca reconstruir a ordem jurídica demolida em dez anos e governos autoritários, que se autoconferiram o poder de baixar atos de exceção cuja apreciação foi vedada ao Judiciário, derogadas as

⁵⁸⁸ LENS, Carlos Eduardo Thompson Flores. Ministro Carlos Thompson Flores: centenário do seu nascimento. *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, n.40, n.28, p.22, fev. 2011.

⁵⁸⁹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.128.

⁵⁹⁰ OLIVEIRA, loc. cit.

garantias constitucionais que distinguem em toda parte o exercício da magistratura.⁵⁹¹

Com a redemocratização do país, despertou-se a cidadania, gerando em amplos setores da população um maior nível de informação e de consciência de direitos, os quais passaram a ser reivindicados cada vez mais perante juízes e tribunais.⁵⁹² De acordo com Luis Roberto Barroso, a redemocratização "fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira".⁵⁹³ No contexto pós-1988 também se verificou uma mudança de nossa cultura jurídica, que passou a ver os preceitos constitucionais – inclusive aqueles mais vagos e abstratos – como normas jurídicas vinculantes⁵⁹⁴, assumindo o juiz a função de verdadeiro guardião desses direitos.

Além disso, o sistema de controle de constitucionalidade foi expandido, vigorando a combinação da modalidade incidental e difusa com a concentrada e abstrata (vigente desde a EC 16/65), com a notável ampliação dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, CF/88). Some-se a isso o fenômeno da constitucionalização abrangente, "que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária".⁵⁹⁵ Todos esses fatores, cada um ao seu modo, fizeram com que se tornasse praticamente impossível que alguma medida que suscitasse determinada polêmica não viesse a ser questionada perante o Tribunal⁵⁹⁶, detidamente em um contexto de "crise" das instituições majoritárias.^{597,598}

⁵⁹¹ Notícia veiculada no jornal *O Estado de S. Paulo*, no dia 15 de abril de 1982, com o título: "A missão do STF no Estado de Direito" (OLIVEIRA, loc. cit.).

⁵⁹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n.18, p.2, abr./junho 2009.

⁵⁹³ BARROSO, loc. cit.

⁵⁹⁴ Cf. Id. A efetividade das normas constitucionais – por que não uma Constituição para valer? In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.57-97; Id. A doutrina brasileira da efetividade. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III. p.61-77.

⁵⁹⁵ Id. *Judicialização...*, op. cit., p.3.

⁵⁹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.30-31.

⁵⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.189, p.14-15, nov. 2010.

⁵⁹⁸ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.19-51.

A evolução notável do controle de constitucionalidade no contexto pós-1988 também permitiu que o Tribunal se abrisse ao que a obra de Peter Häberle denominou "sociedade aberta dos intérpretes".⁵⁹⁹ Os atores da sociedade civil podem hoje propor ADI (Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e *entidade de classe de âmbito nacional*), o que os permite empregar o Tribunal como um *locus* de disputa política.⁶⁰⁰ Tal aproximação com a sociedade foi reforçada pela criação da figura do *amicus curiae*⁶⁰¹ e das audiências públicas⁶⁰², por meio da Lei n.º 9.868/1999, que permitiu à sociedade civil organizada e aos grupos de interesse participarem de processos que não foram instaurados por eles.

Outra evolução do controle de constitucionalidade que afeta diretamente a relação entre o Tribunal e a sociedade refere-se aos *efeitos subjetivos das decisões de inconstitucionalidade*. Embora o controle concentrado e abstrato, por meio do qual as decisões do STF possuíam efeitos *erga omnes*, tenha sido criado por meio da EC 16/1965, ele não produziu avanço do papel político do Tribunal, por razões óbvias: (i) a EC 16/1965 foi editada pouco mais de um mês depois do AI-2, que aumentou o número de ministros do STF de 11 para 16; (ii) o Procurador-

⁵⁹⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Introdução. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.9-10.

⁶⁰⁰ Conforme estudo de Luiz Werneck Vianna e outros, o que é confirmado pelo estudo de Fabiana Luci de Oliveira, as entidades de classe e confederações sindicais têm o segundo lugar em número de ADIs, perdendo apenas para os "governadores". Cf. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paulos Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v.19, n.2, p.48, 2007; e OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. p.62.

⁶⁰¹ O *amicus curie* foi previsto no art. 7.º § 2.º, da Lei n.º 9.868/1999, que estabelece que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Este instituto tem o propósito de permitir que entidades representativas da sociedade civil possam ajudar o Tribunal a reunir informações sobre os diferentes pontos de vista a serem avaliados em um determinado julgamento. O *amicus curie* pode oferecer manifestação escrita sobre a matéria sob *judice*, realizar sustentação oral e interpor recursos das decisões. Cf. BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n.26, maio/jun./jul. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2015.

⁶⁰² As audiências públicas têm previsão no art. 9.º, § 1.º, da Lei n.º 9.868/1999 e art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/1999. Tais dispositivos mencionam que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Sobre o tema, em tom crítico, ver: VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Geral da República, à época detentor de cargo de livre-nomeação e exoneração pelo Presidente da República, possuía o monopólio para a propositura dessa modalidade de controle. Desse modo, pode-se dizer que, *na prática*, no modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil até 1988 predominavam, largamente, as decisões de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*.⁶⁰³

Como destaca o professor Rodrigo Brandão, em um país de dimensão continental, com enorme desigualdade social e sem um sistema efetivo de assistência judiciária gratuita, a maior parte da população não tinha acesso à justiça, o que fazia com que os efeitos dos atos inconstitucionais persistissem em suas esferas jurídicas.⁶⁰⁴ Hoje, ao contrário, toda a sociedade é afetada pelos efeitos *erga omnes* das decisões do Tribunal em sede de controle concentrado e abstrato.

O julgamento de casos cada vez mais relevantes, fez com que o STF fosse alçado, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais, das revistas, da televisão e outros meios de comunicação de massa.⁶⁰⁵ Outro fator que vem contribuindo para a aproximação do Tribunal à população é a TV Justiça, criada pela Lei n.º 10.461/2002. A sanção à lei ocorreu em 17 de maio de 2002, mas apenas em 11 de agosto a TV Justiça – como foi nomeado o canal – iniciou os seus trabalhos.⁶⁰⁶ A partir de então, passaram a ser transmitidos ao vivo, pela internet e televisão, os julgamentos do Plenário do Tribunal⁶⁰⁷, além de vários outros programas

⁶⁰³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.124.

⁶⁰⁴ BRANDÃO, loc. cit.

⁶⁰⁵ Segundo Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira, a presença do STF na mídia vem crescendo consideravelmente nos últimos anos. Analisando as páginas eletrônicas de notícias, assim como o jornal impresso Folha de S.Paulo, os autores constataram que "do período de 2004-2007 para 2008-2011, o número total de notícias sobre o tribunal quase dobrou, aumentando em 89%. E se considerarmos apenas o ano de 2012, o volume de notícias é ainda maior, sendo 1.603 na página eletrônica da Folha e 3.338 em O Globo" (FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.87, p.429, 2012).

⁶⁰⁶ O STF também mantém a Rádio Justiça, cujas transmissões se iniciaram em 5 de maio de 2004, limitada a Brasília (Plano Piloto), e, posteriormente, a partir de 29 de maio de 2007, alcançando todo o Distrito Federal, mas ainda não tem alcance nacional, apenas via *internet*.

⁶⁰⁷ Diversos juristas nacionais têm se manifestado contrariamente às transmissões das sessões: FREITAS, Vladimir Passos de. TV Justiça e a exibição dos julgamentos do Supremo. *Consultor Jurídico*, 26 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/segunda-leitura-tv-justica-exibicao-julgamentos-supremo>>. Acesso em: 04 mar. 2015; e SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. *Folha de S.Paulo*, 11 maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2015. Para uma visão favorável ao televisionamento, ver: FONTE, Felipe de Melo. Votos do STF cada vez mais para o grande público. *Consultor Jurídico*, 20 maio

educativos destinados a instruir o público sobre o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro.⁶⁰⁸

Além desses fatores, que certamente deram maior visibilidade e *conhecimento* ao STF, some-se o fato de este ter se mostrado preocupado com a sua imagem institucional (conforme se verificará no item 3.5), ao mesmo tempo em que não tem se afastado demais da opinião pública, o que certamente contribuiu para a formação do apoio público (difuso) no pós-1988 e vem colaborando também para a sua manutenção. Em suma, inclusive por meio da revelação de dados empíricos, já não parece haver dúvida de que – no pós-redemocratização – o STF se tornou mais próximo da sociedade e conquistou a sua confiança. Em pesquisa realizada pelo *Ibope*, em dezembro de 2012, constatou-se que o STF tem maior confiança da população do que o Congresso Nacional. Em uma escala que vai de 0 a 100 pontos, o Tribunal tem um índice de 54 pontos, enquanto o Congresso 35 pontos (que fica em último lugar da lista).⁶⁰⁹

E esse apoio vem se mantendo estável ao longo do tempo, a despeito de ocasionais decisões desagradáveis ao público. Dois exemplos podem ser citados. O primeiro é abordado por Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira. Os autores realizaram entrevistas com usuários da internet e leitores de jornais e portais de notícias, com foco na percepção desse público acerca do Poder Judiciário e das decisões do STF sobre: (i) a liberdade concedida ao italiano Cesare Battisti; (ii) o reconhecimento da união homoafetiva; e (iii) a autorização para a realização da "marcha da maconha". Em primeiro lugar, Oliveira e Falcão constataram que a maioria dos entrevistados concordava com a decisão do STF sobre a união estável para casais do mesmo sexo e que discordava das decisões no caso "Cesare Battisti" e no caso da "Marcha da Maconha".

Em segundo lugar, os autores observaram a resposta dos entrevistados sobre quem deveria decidir sobre as "uniões homoafetivas" e sobre a "legalização das drogas". Sobre as

2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

⁶⁰⁸ MELLO, Marco Aurélio. *A publicidade das decisões judiciais*. Disponível em: <<http://www.palavradaamatra8.jex.com.br/jornal+on-ine+da+amatra+8/a+publicidade+das+decisoes+judiciais>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

⁶⁰⁹ O STF apenas perdeu para o corpo de bombeiros (83 pontos) e para os meios de comunicação (60 pontos). A confiança do Supremo igualou-se à confiança no sistema eleitoral (54 pontos) e foi maior do que a confiança no Poder Judiciário (instâncias inferiores) (47 pontos) e Polícia (40 pontos). Cf. IBOPE. *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na justiça*. Disponível em: <<http://www.ibope.com/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

uniões homoafetivas: 40% das pessoas disseram que a decisão cabia à população (via plebiscito), seguido do STF, indicado por 24%; como terceiro colocado ficou o Legislativo, com 18% das indicações; e, por último, o Executivo, com 11%. No que toca à legalização das drogas: 39% acharam que quem deveria decidir sobre o assunto era a população (via plebiscito), seguido do STF, com 19% das menções; o Legislativo apareceu tecnicamente empatado com o STF, com 18%; e, por fim, o Executivo, com 13%.

Analisando as respostas dos entrevistados *em conjunto*, Falcão e Oliveira concluem que há indícios de que o STF desfruta de uma "reserva de boa vontade", i. é, de um apoio maior à instituição, que não se perde com decisões desagradáveis ocasionais. A conclusão a que chegam os autores merece a transcrição:

Considerando essas três decisões do STF (união homoafetiva, caso Cesare Battisti e marcha da maconha), notamos que duas delas foram contrárias à opinião da maioria dos entrevistados. Trata-se da função contramajoritária; esse tribunal algumas vezes precisa decidir contra a opinião pública. Nesse cenário, para que ele possa manter sua legitimidade mesmo após decisões contrárias aos desejos da população e da opinião pública e, mais ainda, garantir que suas decisões sejam respeitadas e seguidas, é preciso que a corte tenha uma espécie de "estoque" de confiança pública, ou lealdade. Gibson et al. (2003) afirmam que as atitudes mais importantes dos cidadãos comuns com relação a instituições como as supremas cortes têm mais a ver com lealdade institucional do que com o desempenho dessas instituições em casos específicos. **O STF decidiu contra a opinião pública no caso Battisti e no caso da marcha da maconha, e ainda assim conta com o suporte do público – sendo apontado como o mais legitimado dos Poderes instituídos a tomar decisões em casos delicados e importantes, como a união homoafetiva –, e tem o mesmo nível de legitimidade que o Congresso para casos como a legalização das drogas. Notamos assim importantes indícios de que o STF goza tanto de uma reserva de boa vontade, quanto de alguma lealdade do público.**⁶¹⁰

Outro indício de que existe esse apoio público maior e duradouro à instituição em âmbito nacional está nos dados de uma pesquisa do Datafolha de agosto de 2012. Ouvidas 2562 pessoas, em 159 cidades, constatou-se a existência de um sentimento generalizado entre os entrevistados de que os acusados no escândalo do Mensalão não seriam adequadamente punidos: 43% deles disseram acreditar que os acusados seriam absolvidos pelo STF, e 37%, que seriam condenados, mas não seriam presos. Apenas 11% dos entrevistados afirmaram acreditar que os principais réus seriam condenados e presos, mesmo patamar dos que não souberam responder (9%).

⁶¹⁰ Cf. FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.87, p.456-467, 2012.

Esses números apresentam indícios de que o STF não contou com apoio específico no caso Mensalão – o que é confirmado em outras pesquisas de opinião do Datafolha⁶¹¹ – mas, apesar disso, a mesma pesquisa de agosto de 2012 apontou que 67% dos entrevistados confiava muito ou um pouco na instituição.⁶¹² Esses dados, por si só, revelam que apesar da insatisfação do cidadão com a atuação do STF no julgamento do caso do mensalão, manteve-se um grau elevado de confiança/apoio à instituição, o qual é caracterizado como apoio difuso. Quatro meses depois dessa última pesquisa do Datafolha, nova pesquisa, realizada em dezembro de 2012, apontou nível semelhante de confiança na instituição, em patamar de 70% dos brasileiros, contra 43% em relação ao Congresso Nacional.⁶¹³

Com base nas evidências apresentadas ao longo deste item, pode-se concluir que antes de 1988 é difícil falar em apoio público (difuso), porque o STF era uma instituição praticamente *desconhecida* à sociedade brasileira, vindo as relações entre o Supremo e a sociedade intensificarem-se à medida que aquele passou a decidir cada vez mais questões de grande visibilidade e as suas decisões passaram a afetar cada vez mais a sociedade em geral, o que ocorreu muito em razão da reformulação do sistema de controle de constitucionalidade e do "reavivamento" da cidadania, após um longo período de governo autoritário (1964-1988). Além dessa maior visibilidade e *conhecimento* institucional que o STF passou a dispor no

⁶¹¹ Em outra pesquisa realizada pelo Datafolha, em setembro de 2013, somente na cidade de São Paulo, ouvidas 719 pessoas, confirmou-se a insatisfação popular com a atuação do Tribunal no caso mensalão e a descrença de que os acusados seriam punidos. Para 79% dos entrevistados, os condenados deveriam ser presos imediatamente, ou seja, esse percentual demonstra a posição preferida do público. Porém, quando questionados se o ministro Celso de Mello, que daria o voto decisivo sobre a reabertura do julgamento, 55% se posicionou contrariamente a reabertura, mas 50% declarou acreditar que Celso de Mello iria votar a favor, o que demonstra uma descrença de que o Tribunal puniria os acusados. Por fim, a pesquisa captou que 29% dos moradores da cidade de São Paulo entendiam que a atuação do STF no julgamento do caso era regular e 41% entendia que a atuação era péssima, contra apenas 21% dos entrevistados afirmando que a atuação do Tribunal era ótima ou boa. A nota média atribuída pelos paulistanos ao trabalho do STF durante o julgamento do mensalão foi de 4,6 (em um índice de 0 a 10). Cf. MAIORIA dos paulistando quer prisão imediata de condenados no mensalão. *Datafolha*, 18 set. 2013. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/09/1343679-maioria-dos-paulistanos-quer-prisao-imediata-de-condenados-no-mensalao.shtml>>. Acesso em: 28 out. 2015.

⁶¹² Segundo a pesquisa desenvolvida pelo Datafolha, em agosto de 2012, o STF também foi considerado uma instituição confiável para a maioria, sendo que 16% afirmaram confiar muito na instituição e 51% confiar um pouco. (MAIORIA quer réus do mensalão presos, mas prevê absolvição. *Datafolha*, 10 ago. 2012. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2012/08/1204844-maioria-quer-reus-do-mensalao-presos-mas-preve-absolvicao.shtml>>. Acesso em: 27 out. 2015).

⁶¹³ Segundo essa pesquisa, a instituição com maior credibilidade entre os brasileiros foi a Presidência da República, com 81% de respostas positivas Cf. DATAFOLHA. *Intenção de voto presidente 2014 e avaliação das instituições*. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/int_voto_presidente2014_avaliacao_inst_14122012.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

pós-redemocratização, *o Tribunal vem atuando de forma sensível à opinião pública e preocupada com a preservação de sua imagem institucional (conforme se verificará no item 3.5), o que certamente contribuiu para a formação do apoio público (difuso) e ainda vem colaborando para a sua manutenção.*

3.2.4 Explicando a independência judicial do STF em períodos democráticos

Este item tem por objetivo explicar a independência judicial do STF nos períodos democráticos, a partir das características político-institucionais observadas nos itens anteriores. Inicia-se a análise pela República Velha. Como se viu no item 3.2.1, nesse período histórico o STF assumiu uma postura proativa frente aos governos da ocasião, anulando uma série de políticas e (ou) decisões importantes, em um contexto em que a República ainda não estava totalmente consolidada. O mesmo ocorreu posteriormente, durante o momento em que vigorou a política dos governadores. A República Velha, portanto, demonstra ser um período em que, em vários momentos, os *custos* da atuação judicial estavam "em alta" em relação aos *benefícios* que ela proporcionava, daí caracterizar-se um ambiente em que, presumivelmente, os atores políticos se sentiram motivados a promover afrontas institucionais contra o Tribunal (e seus membros).

Entretanto, apesar de os atores políticos terem se sentido motivados a afrontar a independência, isso não necessariamente indica que eles o fariam, uma vez que essas ações poderiam ser mitigadas pela existência de uma oposição política forte (i. é, pela fragmentação política) e (ou) de apoio público (difuso) ao Tribunal. No entanto, como se verificou no item 3.2.2, a fragmentação do poder político era bastante escassa durante toda a República Velha, tanto no período de governo dos Presidentes Militares (até Prudente de Moraes) como durante o tempo em que vigorou a "política dos governadores". A relativa facilidade em levar adiante afrontas institucionais foi reforçada pela ausência de um apoio público (difuso) efetivo capaz de mitigar pretensões políticas dessa natureza. Como nenhum desses fatores estava presente, os atores políticos puderam promover as afrontas institucionais que reputaram mais eficazes para a satisfação de seus interesses imediatos. Não à toa, esse foi o momento democrático em que mais existiram episódios de afrontas institucionais ao STF (e seus membros), conforme retratado no capítulo 1.

Ao contrário do que ocorreu durante a República Velha, a República de 1946 foi o período histórico democrático em que o Tribunal mais assumiu uma postura autocontida, conforme visto no item 3.2.1. Embora o STF tenha sido instado a se pronunciar sobre políticas relevantes, ele optou por preservar as decisões que os poderes políticos adotaram nessas questões políticas proeminentes. Como o Tribunal não anulou de forma reiterada políticas e (ou) decisões importantes para o governo, mas, ao contrário, preservou-as, entende-se que a República de 1946 constituiu um período em que os *benefícios* que a atuação judicial proporcionava aos atores políticos estavam "em alta" em relação aos *custos* dela decorrentes. Como sugerem os pressupostos teóricos abordados no capítulo anterior, em um contexto com essas características os atores políticos, presumivelmente, não têm motivação para promover afrontas institucionais. Ao contrário, quando os atores políticos concluem que os *benefícios* que a atuação judicial proporciona são maiores do que os *custos* que ela impõe, a tendência esperada é a de que esses atores respeitem o sistema judicial. Não por acaso, não são relatadas afrontas institucionais graves ao STF (e aos seus membros) durante esse período.

Por fim, cabe tratar do pós-1988. Conforme visto no item 3.2.1, o STF atuou até o momento (e ainda poderá atuar) de forma proativa na restrição dos poderes políticos. Por isso, apesar dos benefícios que o Tribunal proporciona a esses atores – os quais foram expandidos no pós-1988⁶¹⁴ –, eles possivelmente se sentiram (e poderão ainda se sentir) motivados a

⁶¹⁴ Entende-se que foram expandidos os benefícios que a atuação judicial confere aos atores políticos no pós-1988. Veja-se a aplicação de cada uma das teorias abordadas no capítulo anterior ao cenário político-institucional atual: (i) *Teoria dos compromissos críveis*: é fora de dúvida que, no cenário nacional, "a ideia de um Judiciário independente cria uma expectativa generalizada de confiança de que a propriedade e os contratos serão garantidos contra as intromissões do governo, estimulando o investimento e o crescimento econômico". Fora da esfera econômica, pode-se supor, ainda, que devido ao legado autoritário que se buscava superar no contexto da redemocratização, os poderes políticos não poderiam apresentar *compromissos críveis* de que eles não iriam arbitrariamente alterar dispositivos e (ou) violar direitos e prejudicar interesses, tanto é que existiu uma tendência à "hiperconstitucionalização". Nesse contexto, um Judiciário independente passa a ser essencial para proteger os mais variados direitos consagrados na Carta Constitucional (Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.120; MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.241; BARROSO, Luís Roberto. Neconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.209; e Carlos Ari Sundfeld faz uma análise em que destaca os interesses corporativos presentes na Carta de 1988. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.11-17). (ii) *Teoria informacional*: as discrepâncias da sociedade moderna, que vive um processo de mudança rápida, contingente, exige cada vez mais legislação. A Constituição de 1988 "já é a mais emendada das que o Brasil já teve", o que ocorre também no âmbito infraconstitucional. Nesse cenário, o "benefício" informacional que um Tribunal pode representar é indiscutível, por duas razões. A primeira é a de que um Tribunal independente, que ouve os casos à luz das *consequências realizadas*, confere ao Legislador –

cada vez mais chamado a estabelecer o direito sob a forma de urgência – maior confiança para aumentar a quantidade e diminuir a qualidade informacional média da legislação que promulga. A segunda é a de que um Tribunal independente pode vetar ou "corrigir" uma política com um resultado político "ruim", com "custos" políticos muito menores do que se o próprio Legislador tivesse que fazer tal "ajuste" (o que se torna especialmente atraente em razão dos efeitos *erga omnes* e da possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato). (Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. *Dossiê Judiciário*, n.21, p.116-125, mar./maio 1994; FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. *Revista de Estudos Avançados*, v.18, n.51, p.103-125, maio/ago. 2004). (iii) *Teoria do seguro político*: o clima de concorrência partidária e incerteza eleitoral tem feito com que os partidos de oposição cada vez mais utilizem o controle constitucional abstrato (art. 103, VIII, CF) para questionar os seus adversários e *fazer valer* os seus interesses enquanto fora do poder, o que traz fortes indícios que confirmam o "benefício" do "seguro político" em âmbito nacional. (Cf. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paulos Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v.19, n.2, p.39-85, 2007. Ver também: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha Melo; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p.95 et seq.; TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.51, n.4, p.825-864, 2008). (iv) *Teoria da delegação de questões difíceis e impopulares*: em um contexto de imensa competição política, como no pós-1988, é natural que os agentes eleitos tenham receio em decidir questões que possam acarretar risco eleitoral, preferindo "passar a bola" e "transferir responsabilidades". Daí a importância de manter um Judiciário independente, para que este possa resolver essas questões em seu lugar. A atuação do STF nesses casos difíceis e (ou) impopulares se tornou ainda mais interessante com a expansão do controle abstrato, dos seus legitimados, e dos efeitos *erga omnes* das decisões, o que permitiu ao Tribunal atingir com maior amplitude a sociedade, e, também resolver, com mais eficácia, as questões difíceis e (ou) impopulares. Um exemplo claro desse "benefício" é o caso das "uniões homoafetivas" (ADI 4277 e ADPF 132) e também do "aborto de fetos anencéfalos" (ADPF 54/DF) (BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, n.16, p.1-32, maio/ago. 2007; Id. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.332 e 421-445; Id. Anencefalia: o direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.332). (v) *Teoria da superação de obstáculos*: em três diferentes esferas os agentes políticos podem se mostrar incapazes ou relutantes em derrubar as barreiras eles mesmos, de modo que a *judicial review* por um Judiciário independente pode auxiliar nessa tarefa. São eles: (i) superação de interesses entrenchados; (ii) coalizões heterogêneas, e (i) federalismo. Quanto ao primeiro tema, muitas vezes interesses arraigados na política podem dificultar a ação de agentes eleitos em realizar eventuais reformas e alterar o *status quo*, e, nesse contexto, um Judiciário independente pode ser um aliado útil para alteração da situação vigente. Em âmbito nacional, essa dinâmica pode ser vista nas ADINs n.º 3.599, 3.785 e 3.834, propostas pelo Presidente da República, respectivamente, contra as leis n.º 11.169 e 11.170 (que alteravam a remuneração de servidores da Câmara dos Deputados e do Senado Federal), contra a Resolução Administrativa n.º 98 do Tribunal Regional do Trabalho – TRT da 18.ª Região (que incorporava gratificações à aposentadoria dos magistrados integrantes do tribunal), e contra a Resolução n.º 9, do Conselho Nacional do Ministério Público (que também incorporava gratificações às aposentadorias dos membros do Ministério Público) (TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.51, n.4, p.843, 2008). Quanto ao tema das coalizões heterogêneas, pode-se dizer que as coalizões políticas podem apresentar "rebeldia", e, por isso, nem sempre o veto judicial a uma determinada lei é necessariamente algo ruim. Um "veto" pode algumas vezes ser útil para suavizar as relações entre os envolvidos e proporcionar alguma medida de segurança adicional aos compromissos centrais dos líderes partidários e Presidentes. Em âmbito nacional, essa dinâmica pode ser vista, por exemplo, na decisão cautelar proferida no caso dos "royalties de petróleo". O Congresso aprovou um projeto de lei para a distribuição igualitária dos royalties de petróleo entre os Estados, porém, a Presidente vetou parcialmente o projeto de lei, para retirar do texto a parte relativa à repartição dos campos já explorados, visando garantir a segurança jurídica de contratos firmados. O Congresso, porém, derrubou o veto presidencial e confirmou a restauração do texto original aprovado, com aplicação dos novos critérios, inclusive aos contratos em vigor. Três dias depois da publicação da lei, porém, a ministra Carmen Lúcia concedeu ordem cautelar, suspendendo os dispositivos na nova lei que tratavam das novas regras de distribuição. A medida cautelar veio a suavizar as

afrontar a independência judicial, tendo em vista o eventual aumento dos *custos* que a atuação judicial pode representar em relação aos *benefícios* que ela viabiliza. Porém, conforme argumentado ao longo deste estudo, por mais que atores políticos tenham nutrido (ou ainda venham a nutrir) ânimo para promover medidas de afronta à independência, eles encontraram (e ainda tendem a encontrar) dificuldade para fazê-lo com algum êxito.

Como visto no item 3.2.1, o contexto atual apresenta grande fragmentação política, dificultando que medidas de retaliação contra o STF sejam levadas adiante. Não obstante, o Tribunal desfruta atualmente de um grau reconhecido de apoio público (difuso), o qual tende a fazer com que atores políticos recuem diante de eventuais medidas hostis ao ramo judicante, tendo em vista o temor de perda eleitoral. Portanto, pode-se dizer o período pós-1988 tem sido propício ao desenvolvimento da independência judicial, e, em geral, por mais que atores políticos se sintam motivados a adotar medidas de retaliação em situações singulares, essas ações tendem a ser mitigadas pela existência de uma oposição política forte e pelo temor de que o público (que apoia o Tribunal) gere um *backlash* capaz de acarretar perda eleitoral.

Os organogramas abaixo buscam elucidar os pressupostos até aqui abordados. O primeiro organograma mostra que, no período da República de 1946, os atores políticos obtiveram mais *benefícios* do que *custos* a partir da atuação judicial independente, de modo que a tendência presumível seria a manutenção da independência judicial. Ao contrário, tanto na

relações tensas entre os poderes políticos, e entre os Estados, proporcionando, ainda que provisoriamente, segurança aos Estados mais afetados e aos compromissos e contratos assumidos. A decisão do STF, como é evidente, não representou algo "ruim" à Presidente, mas, ao contrário, atendeu aos seus interesses. Por fim, quanto ao tema do federalismo, pode-se dizer que a capacidade do Poder Judiciário de controlar a ação dos Estados é algo atraente, pois, à medida que os governos estaduais podem afastar-se das preferências do legislador nacional, alguma forma de veto sobre a legislação estadual é essencial para manter a integridade de uma União federal e das políticas nacionais. Por intermédio de um Judiciário independente, portanto, o governo nacional consegue proteger-se das ações estatais que subvertem a política nacional, o que ele seria incapaz de fazer por si próprio. No caso brasileiro, pode-se assumir sem maiores problemas que o STF cumpre um papel primordial no federalismo, julgando conflitos entre entes federados em que adjudicação de limites aos seus poderes está em jogo. Nesse campo, há uma peculiaridade no cenário nacional. Existe uma tendência do STF em favorecer – ainda que involuntariamente – o poder central (a União) em detrimento dos poderes regionais, em um "cabo de guerra no qual a União é, em geral, a vencedora" (OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.78, p.226, 2009; FERREIRA, Pedro Fernando de Almeida Nery. *Como decidem os ministros do STF: pontos ideais e dimensões de preferências*. 2013. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação - FACR, Brasília, 2013. p.85). Outro instrumento que sugere esse favorecimento – ainda que involuntário – da União em contraposição aos Estados é o "princípio da simetria". Tal "princípio" não se encontra na Constituição, mas vem sendo utilizado pelo STF para tornar sem efeito uma série de leis e atos normativos editados pelos poderes públicos estaduais e atos concretos dessas autoridades. (LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do 'princípio da simetria'. *Consultor Jurídico*, 24 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>>. Acesso em: 04 abr. 2015; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. *Jurisdição constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.44).

República Velha, como no Período Pós-1988, vê-se que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, por isso, a tendência presumível seria a afronta à independência. Apesar de em ambos os períodos se notar essa motivação, como mostra o organograma dois, durante o período da República Velha não havia fragmentação do poder e apoio público (difuso), ao contrário do que se vê no Período Pós-1988, o que contribuiu para que no período da República Velha ações políticas hostis fossem facilitadas, enquanto que no Período Pós-1988, dificultadas.

Figura 3 - Explicando a independência do STF e de seus membros (parte I)

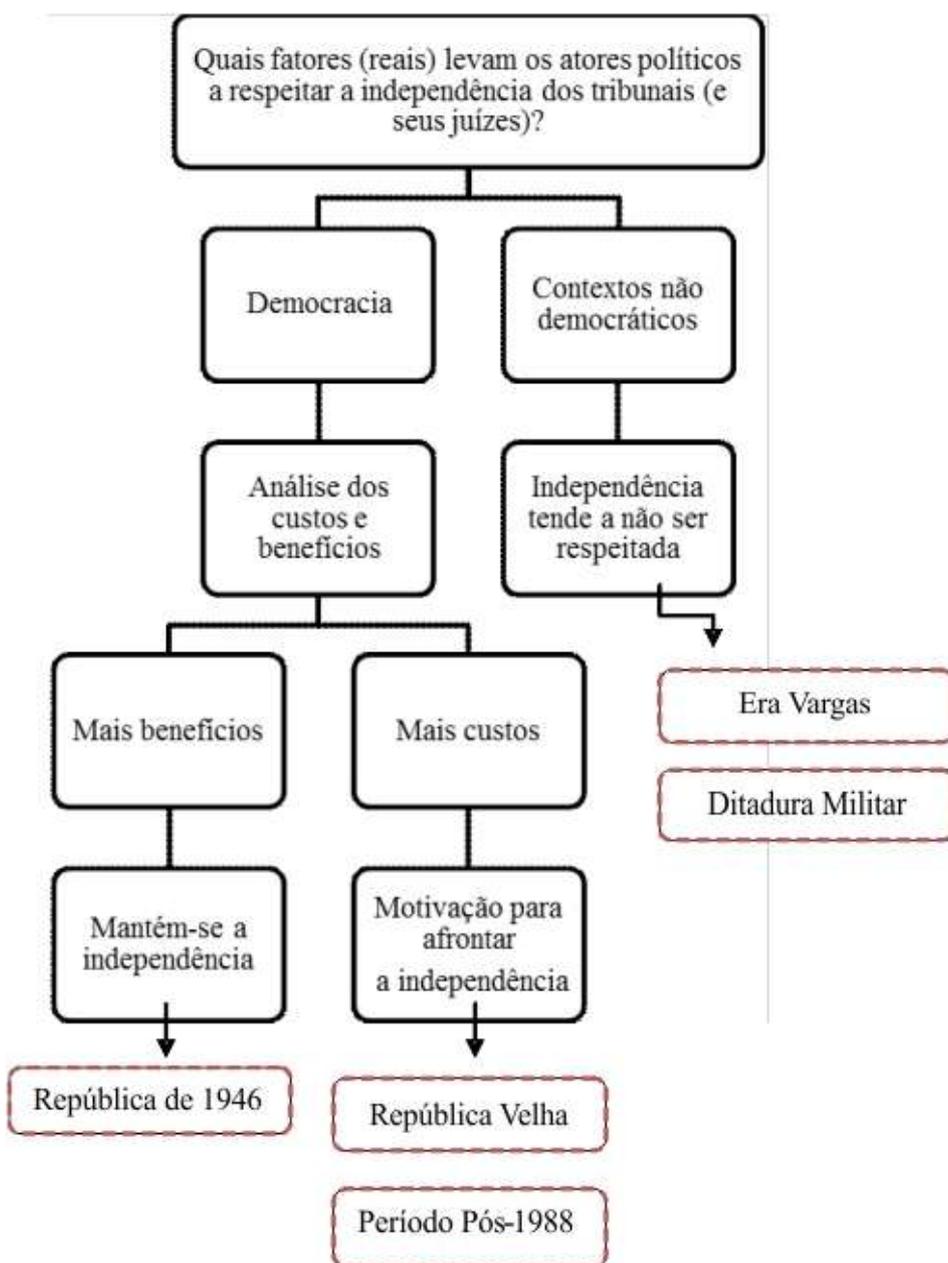
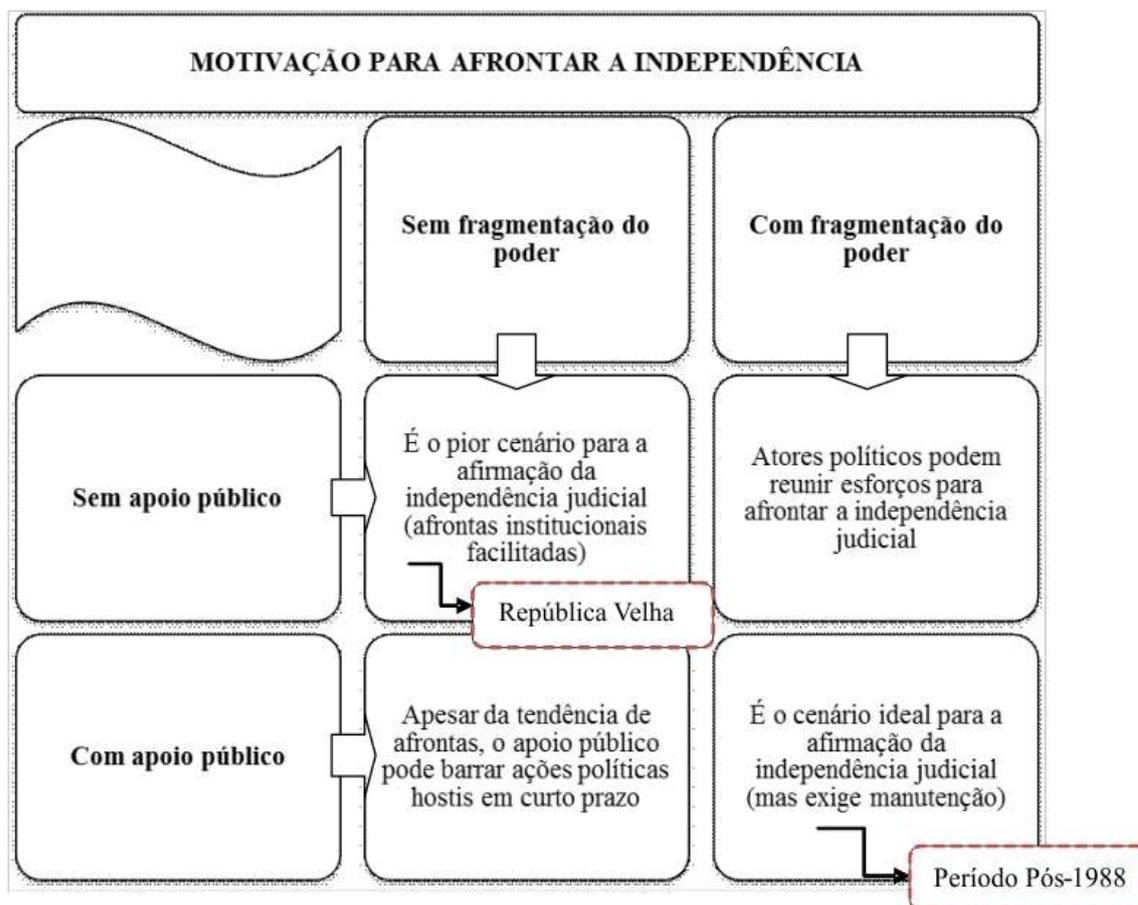


Figura 4 - Explicando a independência do STF e de seus membros (parte II)



Fonte: O autor (2016)

3.3 Riscos e possibilidades: a manutenção da independência do STF (e de seus ministros) no pós-1988

Este item tem por objetivo demonstrar os principais riscos existentes à manutenção da independência do STF (e de seus membros) no pós-1988, e revelar, em especial, como o apoio público é um fator determinante nesse processo de conservação da independência. Pois bem. Como abordado, o STF atuou até o momento (e ainda poderá a atuar) de forma proativa na restrição dos poderes políticos, e, quanto mais ele passa a decidir de forma persistente contra as maiorias políticas e (ou) em questões importantes aos seus interesses, mais os atores políticos se sentem motivados a afrontar a sua independência (e a de seus membros). Isso é especialmente problemático no cenário político-institucional atual, em que o Tribunal vem cada vez mais se envolvendo na resolução de questões ligadas à corrupção no governo, e, portanto, de interesse direto dos poderosos atores políticos. Presume-se, assim, que não é

remota a possibilidade de esses atores se sentirem motivados a levar adiante afrontas institucionais contra o STF (e seus membros) na contemporaneidade (pós-1988).

Entretanto, como já aludido, essa motivação tende a ser mitigada pelos *limitadores* abordados ao longo deste estudo. Em primeiro lugar, vê-se que a manutenção da fragmentação do poder no pós-1988 é um fator essencial para que a independência do Supremo seja preservada, pois, como visto, a tendência geral é a de que, em um contexto *sem fragmentação*, a independência não se desenvolva, exceto se existir apoio público (difuso) ao Tribunal, e, ainda nesse caso, desde que a ausência de fragmentação não seja muito duradoura. Entretanto, reputa-se que em âmbito nacional há uma tendência em se manter um elevado grau de fragmentação política, especialmente em razão da adoção do sistema proporcional com lista aberta, a ausência de uma cláusula de barreira eficaz⁶¹⁵ e a possibilidade de realização de coligações em eleições⁶¹⁶, fatores que não foram alterados de forma significativa com a minirreforma política realizada recentemente.

Contudo, ainda que a fragmentação seja mantida, crê-se que o *limitador* "apoio público difuso" precisa ser igualmente conservado. Como citado, por mais que exista a fragmentação

⁶¹⁵ O objetivo do sistema proporcional é incrementar o pluralismo e possibilitar a representação das minorias, enquanto a lista aberta possibilita que o eleitor escolha o candidato que ele quer que seja eleito (ao contrário do sistema proporcional com lista fechada, com candidatos escolhidos de forma predeterminada, em que o foco é o partido). Essas características levam a uma supervalorização da figura individual do parlamentar, e, se o fundamental é o voto nos indivíduos que são candidatos e não nos partidos e nas ideias que eles representam, cria-se um contexto propício ao surgimento de partidos. Os efeitos dessa pulverização partidária se tornam ainda mais graves quando o sistema proporcional não é acompanhado da adoção de uma cláusula de barreira eficaz. Tal cláusula estabelece o percentual mínimo de votos que o partido precisa alcançar para ter direito ao funcionamento parlamentar e é estabelecida com um propósito saneador da fragmentação partidária. Como aduz Jairo Nicolau, o propósito da cláusula de barreira é: "dificultar o acesso dos pequenos partidos ao Legislativo. A principal justificativa é que a proporcionalidade extrema poderia produzir um Legislativo muito fragmentado". Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/325583/mod_resource/content/1/reforma%20politica_projeto_ideias.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015. p.44-45; e NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

⁶¹⁶ A possibilidade de no Brasil se realizarem coligações para as eleições também auxilia a fragmentação partidária. As coalizações permitem que os partidos mantenham a sua autonomia organizacional e apresentem uma lista própria de candidatos nas eleições. Porém, eles têm os votos agregados para efeito do cálculo das cadeiras. Na verdade, as coligações nada mais são do que uma "união de partidos". A Lei n.º 9.504/1997, em seu art. 6.º, faculta aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, "celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário". Conforme destaca Jairo Nicolau: "as coligações ampliam as chances dos pequenos partidos obterem representação. Um partido que sozinho teria dificuldades de atingir o patamar mínimo de votos exigido para a eleição de um representante pode se beneficiar da soma de seus votos com os de outros partidos". Como se sabe, porém, as coligações são temporárias, e, uma vez finalizado o processo eleitoral, elas são desfeitas. Os parlamentares eleitos pela coligação, que pertencem a diferentes partidos, apenas reforçam a fragmentação congressional após as eleições (NICOLAU, loc cit.).

do poder, quando o apoio público (difuso) *diminui*, os atores políticos podem conseguir mais facilmente reunir esforços para aprovar legislações e (ou) levar adiante outras medidas contra o Tribunal (e seus membros). E, se é possível assumir a possibilidade de os atores políticos conseguirem levar adiante as ações hostis, caso o apoio público esteja em declínio, mesmo em um contexto de fragmentação do poder, então o apoio público se torna um *fator determinante para a manutenção da independência do STF no pós-1988*. Tomando em conta essa circunstância, buscar-se-á no restante deste item analisar os acontecimentos recentes da relação entre a classe política e o Supremo, a fim de demonstrar como o apoio público é um fator importante para *barrar* afrontas institucionais, as quais – com o esforço político – poderiam ser eventualmente aprovadas e (ou) levadas adiante caso ele não estivesse presente.

Um caso em que se verifica com clareza que os atores políticos tendem a recuar em levar adiante ações hostis contra o STF quando percebem que poderá existir um *backlash público*, capaz de gerar perda eleitoral, é o da PEC 33. Esta proposta de emenda foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJ) em abril 2013. Como amplamente noticiado pela mídia à época, a PEC: a) visava alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de leis (a proposta de emenda falava em 4/5 dos votos, o que correspondia a nove votos, ao invés de seis, como atualmente); b) condicionava o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação do Legislativo (ficava transferida do STF ao Congresso a aprovação de súmula vinculante); c) submetia ao Congresso a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição (em ações que questionam a legalidade de emendas à Constituição, a decisão do Supremo não seria mais definitiva. Depois do julgamento pelo STF, o Congresso teria que dizer se concordava ou não com a decisão, e, se discordasse, o assunto seria submetido a plebiscito).⁶¹⁷ Na justificativa da PEC 33, constava que a medida era destinada a conter o chamado 'ativismo judicial'^{618,619}, porém, a sua aprovação na CCJ decorreu de fatores

⁶¹⁷ Texto da PEC 33 disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33%2F2011>. Acesso em: 04 nov. 2013.

⁶¹⁸ Veja-se trecho constante da justificativa da PEC 33: "Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo". (Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_MostrarIntegra?codteor=876817&filename=PEC+33%2F2011>. Acesso em: 04 nov. 2013).

⁶¹⁹ Interessante lembrar que proposta parecida à PEC 33 já foi vista na história nacional. Durante a era Vargas foi incluída na Carta Constitucional de 1937 a regra de que toda vez que o STF declarasse uma lei em desacordo com a Constituição, o Presidente poderia avaliar se a lei declarada inconstitucional era necessária ao bem-

externos à sua justificativa original, em um contexto que muitos congressistas e até ministros afirmaram se tratar de um 'revide'/'retaliação' contra a atuação do Tribunal no caso Mensalão.⁶²⁰

Segundo Álvaro Dias (PSDB-PR), alguns parlamentares ficaram "magoados" com o julgamento do processo do Mensalão:

É inevitável constatar que há uma espécie de revide daqueles que estão magoados com decisões recentes, o julgamento do mensalão, por exemplo. Isso provoca uma reação solidária daqueles que não aceitaram o julgamento, que foi histórico e absolutamente imprescindível para reabilitar inclusive as instituições públicas brasileiras.⁶²¹

Para o senador Pedro Taques (PDT-MT):

algumas propostas como a PEC 33 e 37 (que limita o poder de investigação do Ministério Público) trazem um ar de revanchismo, um ar de que alguns membros do Congresso querem em razão das decisões do mensalão colocar o STF num trilho. [...] Quem erra por último em uma democracia é o Supremo, disse Taques. Para ele, o Congresso decidiu o tema 'de afogadilho'.⁶²²

Tal incidente gerou à época uma tensão entre os ramos. Diversos ministros do STF chegaram a fazer declarações públicas contrárias à medida.⁶²³ O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, afirmou: "parece que a matéria se mostrou bastante tranquila, porque não houve discussão a respeito, ninguém levantou o dedo para suscitar uma dúvida quanto ao objeto da

estar do povo ou à promoção do interesse nacional, cabendo-lhe a possibilidade de submetê-la novamente ao Congresso. Contudo, como o Congresso foi dissolvido e Vargas passou a governar por decreto, coube a ele próprio afastar as decisões do Supremo, por meio de decreto-lei, como de fato o fez (COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.67).

⁶²⁰ OLIVEIRA, Mariana. Senadores chamam proposta que limita STF de 'revide' por mensalão. *Globo*, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/senadores-chamam-proposta-que-limita-stf-de-revide-por-mensalao.html>>. Acesso em: 22 abr. 2015. Segundo o Ministro Marco Aurélio: "No contexto, a essa altura, na quadra vivenciada, ressoa inclusive como uma retaliação. Uma retaliação que estaria sendo promovida". Cf. BRÍGIDO, Carolina. Ministros do STF criticam PEC que submete decisões ao Congresso. *O Globo*, 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ministros-do-stf-criticam-pec-que-submete-decisoes-ao-congresso-8201539>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

⁶²¹ OLIVEIRA, M., op. cit.

⁶²² OLIVEIRA, Mariana. Senadores chamam proposta que limita STF de 'revide' por mensalão. *Globo*, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/senadores-chamam-proposta-que-limita-stf-de-revide-por-mensalao.html>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

⁶²³ BRESCIANI, Eduardo; GALLUCCI, Mariângela. Submeter decisões do STF ao Congresso 'fragiliza' a democracia. *Estadão*, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,submeter-decisoes-do-stf-ao-congresso-fragiliza-a-democracia-diz-barbosa,1025609>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

proposta e é sintomático que, na Comissão, tenhamos dois réus da Ação Penal 470"⁶²⁴ (referindo-se a José Dirceu e João Paulo Cunha). O Ministro Joaquim Barbosa também se pronunciou desfavoravelmente à aprovação da PEC, afirmando: "essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia".⁶²⁵ Gilmar Mendes, categoricamente, aduziu: "não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. Eles rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo".⁶²⁶ A tensão entre os poderes se tornou mais evidente, especialmente depois que o Ministro Gilmar Mendes concedeu ordem liminar em um mandado de segurança preventivo, contra a proposta de lei que inibia a criação de partidos⁶²⁷, a qual foi posteriormente cassada pelo colegiado do STF.

O então presidente da Câmara, Henrique Eduardo Alves (PMDB-RN), afirmou que a decisão da CCJ de aprovar a admissibilidade PEC 33 havia sido "inusitada" e que ele não iria instalar Comissão Especial enquanto não verificasse uma "definição muito clara de que é o respeito, a harmonia de poderes, cada um ocupando o seu espaço segundo as normas constitucionais".⁶²⁸ Essa posição, é claro, ocorreu depois da ampla repercussão midiática gerada sobre uma suposta "crise entre os poderes" e do "protesto" dos ministros e do meio jurídico. O fato mais

⁶²⁴ BRESCIANI, Eduardo; GALLUCCI, Mariângela. Submeter decisões do STF ao Congresso 'fragiliza' a democracia. *Estadão*, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,submeter-decisoes-do-stf-ao-congresso-fragiliza-a-democracia-diz-barbosa,1025609>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

⁶²⁵ BRESCIANI; GALLUCCI, loc. cit.

⁶²⁶ BRESCIANI; GALLUCCI, loc. cit.

⁶²⁷ Tratava-se de um Mandado de Segurança (MS 32033), impetrado pelo Senador Rodrigo Sobral Rollemberg (PSB-DF), à tramitação do Projeto de Lei n.º 4470/2012, que estabelecia que: "a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda no rádio e na televisão". O Projeto de lei visava impedir que parlamentares que mudassem de partido no meio do mandato transferissem para a nova agremiação parte do fundo partidário e do tempo no rádio e na TV da sigla de origem. Pelas regras vigentes, a maior parte do fundo e da propaganda eleitoral era distribuída de forma proporcional ao tamanho das bancadas. O projeto tinha a pretensão de obstaculizar a criação de novas agremiações partidárias antes das eleições de 2014, pois, ao permitir a migração de parlamentares para novos partidos, sem transferência de recursos do fundo partidário e horário de propaganda, seria um desestímulo à criação de novas agremiações. O Min. Gilmar Mendes concedeu a liminar no Mandado de Segurança, visando suspender a tramitação do referido projeto de lei, por considerá-lo inconstitucional, uma vez que ele inibia a criação de novos partidos (diga-se, 'identificáveis'). A referida ordem foi interpretada pelo Congresso como 'resposta' à aprovação da PEC 33, e assim foi noticiado de forma desmesurada na mídia (GÓIS, Fábio. Jornais: Congresso reage a STF e acirra crise entre poderes. *Congresso em Foco*, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/jornais-28/>>. Acesso em: 08 abr. 2015).

⁶²⁸ PRESIDENTE da Câmara suspende tramitação da PEC que submeteria STF ao Congresso. *Uol Notícias*, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/25/presidente-da-camara-suspende-comissao-da-pec-que-submeteria-stf-ao-congresso.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

interessante em todo esse processo foi que após a exposição midiática, os parlamentares buscaram 'partidarizar' a discussão, apontando que se tratava da "PEC do PT" (embora inúmeros partidos tivessem aderido à PEC, conforme passível de verificação no site da Câmara). A oposição pública à proposta foi vista também nas manifestações que tomaram conta do país em junho de 2013, ocasião em que alguns deputados chegaram a requerer a retirada da assinatura da PEC.⁶²⁹

Esses acontecimentos (i. é, a busca dos partidos políticos em 'partidarizar' a discussão da proposta e a ação de alguns parlamentares em tentar retirar a sua assinatura da medida legislativa) revelam que existe uma consciência por parte dos partidos políticos/parlamentares de que eventuais medidas de "retaliação" contra o Tribunal são *eleitoralmente caras* (especialmente porque os ministros, o meio jurídico e a opinião pública haviam demonstrado que não concordavam com a proposta). O caso da PEC 33 demonstra, com clareza, que o apoio público é um fator importante que *barra* afrontas institucionais contra o Tribunal (e seus membros), e que, caso este não estivesse presente, ou se encontrasse reduzido substancialmente, medidas dessa natureza poderiam ter outro destino, assumindo-se a possibilidade de que os atores políticos – com o esforço político – poderiam eventualmente vir a aprová-las e (ou) levá-las adiante.

Um segundo caso em que se nota com clareza como os atores políticos tendem a recuar em eventuais ações hostis contra o STF (e seus membros) quando percebem a possibilidade de perda eleitoral envolve a famosa "PEC da Bengala". Como se discutirá adiante, a referida proposta adiou a aposentadoria compulsória dos ministros dos tribunais superiores de 70 para 75 anos a idade. O que interessa destacar neste ponto é o fato de que, depois da aprovação da emenda, o Presidente do Senado, Renan Calheiros, declarou à imprensa que os ministros que desejassem continuar no STF após os 70 anos de idade deveriam ser novamente sabatinados pelo Senado Federal, e que a referida Casa não abriria mão da prerrogativa de fazê-lo.⁶³⁰ A exigência de uma nova sabatina não estava expressa na PEC, caracterizando uma interpretação do Presidente do Senado. No texto proposta constava:

⁶²⁹ As informações sobre os pedidos de retirada de assinatura da PEC 33 estão disponíveis nos andamentos da referida proposta de emenda, no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em 08 abr. 2015.

⁶³⁰ RAMALHO, Renan. PEC da Bengala exige de ministros do STF nova sabatina, interpreta Renan. *Globo*, 08 maio 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/pec-da-bengala-exige-de-ministros-do-stf-nova-sabatina-interpreta-renan.html>>. Acesso em: 21 out. 2015.

Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1.º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos setenta e cinco anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.⁶³¹

Como se infere, o texto da PEC faz menção ao artigo 52, da Constituição, que trata da prerrogativa do Senado de realizar a sabatina dos ministros de Cortes Superiores.⁶³² A menção ao referido artigo não fazia parte da redação original da PEC, proposta em 2003, tendo sido incluída apenas em 2005, por sugestão do então Senador Aloizio Mercadante (PT-SP). Conforme notas da sessão do dia 24 de agosto de 2005, o Senador pediu que fosse incluída no texto da proposta a vinculação da mudança da idade de aposentadoria aos requisitos previstos na Constituição, estabelecendo, assim, a necessidade de uma nova passagem dos ministros pelo Senado. Consta nos registros da sessão a seguinte fala de Mercadante:

A redação ficaria assim: '[...] até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do artigo 40, os ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e TCU se aposentarão compulsoriamente aos 75 anos, nas condições do artigo 52 da Constituição Federal. Isso estabelece a necessidade de uma nova sabatina e a aprovação do Senado Federal pelo voto secreto. Há acordo de todos os Partidos, de todos os Senadores, e pediria que o Relator desse o voto favorável.⁶³³

A sugestão de Mercadante foi votada no Senado e aprovada por 60 votos, tendo dois votos em contrário e duas abstenções. Ocorre que, como em 2015 a aprovação da emenda na Câmara se deu a *toque de caixa*, com a finalidade precípua de atingir a Presidente da República – impedindo-a de nomear novos ministros ao STF até o final do seu mandato –, a *questão* sequer foi discutida em plenário, causando surpresa a toda a classe jurídica a menção à exigência após a aprovação da PEC. O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, declarou publicamente: "Fui surpreendido. Vivenciamos tempos muito estranhos no Brasil". E completou:

⁶³¹ Texto original da PEC 457.

⁶³² Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição.

⁶³³ Texto disponível em: BULLA, Beatriz; FERNANDES, Talita. Para Renan, ministros devem passar por nova sabatina para ficar no STF até 75 anos. *Estadão*, 07 maio 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/xnoticias/geral,para-renan-ministros-devem-passar-por-nova-sabatina-para-ficar-no-stf-ate-75-anos,1683441>>. Acesso em: 21 out. 2015.

"não me submeteria a uma nova sabatina. Depois de 26 anos de carreira jurídica, não me submeteria ao risco de uma humilhação no campo político".⁶³⁴

Em outra entrevista o ministro ironizou: "de início, é algo assim que foge à ordem natural das coisas [...] vão inquirir o quê? Vão verificar a atuação do ministro?".⁶³⁵ A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) sustentou que essa exigência tornava o Judiciário "refém de interesses político-partidários". Em nota, o Presidente da AMB, João Ricardo Costa, declarou: "essa condição é frontamente contrária às garantias da magistratura e constitui ameaça a independência do Judiciário, especialmente sobre a vitaliciedade e a imparcialidade do juiz".⁶³⁶

Uma semana depois de sua declaração, porém, Renan Calheiros recuou, afirmando ser contrário à realização de uma nova sabatina para aqueles que decidissem permanecer no STF até os 75 anos. Em linha diametralmente oposta, Calheiros disse: "seria uma coisa ilógica, absurda, desnecessária, ter que sabatar novamente os ministros do STF. É uma remissão desnecessária, indevida, não pode absolutamente ser feita. Não foi esse o propósito do legislador".⁶³⁷ Mas aqui surge um questionamento intrigante para os propósitos desta pesquisa: o que teria feito o Presidente do Senado mudar de posição? Além da pressão natural proveniente da classe jurídica, entende-se que Calheiros também temia a reação pública que poderia surgir a partir dessa exigência, o que fica evidente pela notícia veiculada na Folha de S.Paulo, em 07 de maio de 2015.

O jornal revela que o Senador vinha defendendo de forma ferrenha as sabatinas no Senado, e, em pronunciamento público, já havia dito: "a Constituição prevê sabatina e aprovação pelo Senado em voto secreto. Isso está no artigo mencionado na emenda. A regulamentação vai estabelecer essas regras". E teria concluído: "até agora, nenhum senador apresentou projeto para regulamentar a emenda constitucional". A notícia veiculada pela Folha revela, ainda, que

⁶³⁴ BULLA, Beatriz; FERNANDES, Talita. Para Renan, ministros devem passar por nova sabatina para ficar no STF até 75 anos. *Estadão*, 07 maio 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/xnoticias/geral,para-renan-ministros-devem-passar-por-nova-sabatina-para-ficar-no-stf-ate-75-anos,1683441>>. Acesso em: 21 out. 2015.

⁶³⁵ SOUZA, André de. *Renan afirma que ministros do STF terão que passar por nova sabatina e provoca reação de Marco Aurélio*. *O Globo*, 07 maio 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/renan-afirma-que-ministros-do-stf-terao-que-passar-por-nova-sabatina-provoca-reacao-de-marco-aurelio-16092235>>. Acesso em: 21 out. 2015.

⁶³⁶ SOUZA, loc. cit.

⁶³⁷ GUERREIRO, Gabriela. Renan recua e descarta segunda sabatina para ministros. *Folha de S.Paulo*, 13 maio 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1628716-renan-recua-e-descarta-segunda-sabatina-para-ministros.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2015.

"em conversas com interlocutores, o peemedebista afirmou que não pretend[ia] apresentá-lo para não ser acusado de estar manobrando contra a extensão dos mandatos dos ministros do Judiciário".⁶³⁸ Ou seja, ao que se infere, Calheiros temia a repercussão que essa exigência poderia ter, e isso muito provavelmente o fez recuar – juntamente com os demais parlamentares –, especialmente depois da repercussão negativa que a sua declaração teve perante a mídia em geral.⁶³⁹ O caso da PEC da Bengala demonstra, com nitidez, que o apoio público é um fator importante para *barrar* afrontas institucionais, e que, caso este não estivesse presente, ou se encontrasse reduzido substancialmente, medidas dessa natureza poderiam – com o esforço político – ser aprovadas e (ou) levadas adiante.

Embora não tratem especificamente de *afrontas institucionais* ao Tribunal em si, outros casos podem também revelar que os parlamentares temem a perda eleitoral e que tendem a recuar quando notam que esta pode vir a ocorrer, e, portanto, merecem ser citados aqui. O primeiro é o episódio da cassação do mandato do deputado Natan Donadon. Ainda que o caso não envolva ações de *retaliação* contra o STF em si, ele não deixa de caracterizar uma *resposta* de insatisfação dos deputados em relação às decisões/posições do Tribunal. Além disso, o mesmo apresenta fortes indícios de que é possível crer que ações políticas hostis contra o Tribunal (e seus membros) poderiam ser eventualmente aprovadas e (ou) levadas adiante – com a reunião de esforços da classe política – caso os parlamentares não temessem a perda eleitoral decorrente de suas ações.

Lembre-se que no julgamento do caso "Mensalão", o Plenário do STF decidiu que os deputados condenados que ainda tinham mandato perderiam os seus cargos com o trânsito em julgado do acórdão. Com a mudança na composição da Corte, porém, o STF mudou de entendimento sobre a matéria. Na Ação Penal n.º 565, do Senador Ivo Cassol (PP-RO), o STF

⁶³⁸ GUERREIRO, Gabriela; MASCARENHAS, Gabriel. Ministro pode precisar de 2.ª sabatina no Senado para trabalhar até 75 anos. *Folha de S.Paulo*, 07 maio 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1626290-ministro-pode-precisar-de-2-sabatina-no-senado-para-trabalhar-ate-75-anos.shtml>>. Acesso em: 21 out. 2015.

⁶³⁹ Como é de conhecimento cediço, o STF posteriormente derrubou a exigência de nova sabatina como inconstitucional, porém, quando isso ocorreu, já parecia haver "*consenso*" no contexto político de que a sabatina seria desnecessária. É preciso destacar aqui, como já mencionado no capítulo 1, que a disposição constante do artigo 60, § 4.º, de que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a separação de poderes, representa uma barreira importante no sistema constitucional de 1988 contra esse tipo de medida, o que é reforçado pelo poder do STF de declarar emendas inconstitucionais. Contudo, como já frisado anteriormente, entende-se que o Tribunal pode ter mais dificuldade em derrubar esse tipo de medida em um contexto de intensa pressão política, em situação similar ao que ocorreu no caso já citado do *Ex Parte McCardle* (e, uma situação assim, como se verificou, tende a ocorrer em um contexto de escassa fragmentação política e apoio público ao Tribunal).

decidiu que o parlamentar condenado por unanimidade no plenário não perderia o mandato de Senador imediatamente, e, por seis votos a quatro, deixou a palavra final ao Congresso. O mesmo precedente foi aplicado à Ação Penal n.º 396, do Deputado Federal Natan Donadon. Submetido o caso à votação no Plenário da Câmara, esta entendeu, de forma surpreendente, pela manutenção do mandato do deputado que já se encontrava encarcerado no Presídio da Papuda/DF. O plenário registrou 233 votos pela cassação (24 a menos do que o mínimo necessário), contra 131 pela absolvição e 41 abstenções. Vários deputados se ausentaram e muitos que estiveram presentes optaram por não votar.⁶⁴⁰ A explicação para o resultado parece clara: a votação era "secreta".

À época aduziu-se que os deputados estavam insatisfeitos com o STF, especialmente em razão da cassação dos mandatos de parlamentares – por representar uma 'ingerência' sobre o Parlamento - e também com o 'rigor' empregado no julgamento do caso Mensalão. Os deputados nutriam, ainda, um corporativismo em relação aos seus 'iguais', o qual foi reconhecido pelo Min. Gilmar Mendes, ao declarar à imprensa que: "é um episódio isolado, mas que mostra a força da hermenêutica do interesse, do corporativismo".⁶⁴¹ Como é cediço, o STF posteriormente suspendeu a votação realizada na Câmara, e, mais à frente, foi aprovada a PEC do Voto Aberto, que estabeleceu o fim do voto secreto em cassações. Porém, em razão de uma nova representação, a Câmara promoveu outra votação sobre a perda do mandato do deputado Donadon, e, como o escrutínio dessa vez era 'aberto', o resultado foi outro: os mesmos deputados federais que haviam absolvido Donadon, em agosto de 2013, votaram por sua cassação, em fevereiro de 2014, em um resultado surpreendente: 467 votos pela cassação (210 a mais do que o mínimo necessário, que era de 257) e nenhuma abstenção.

Mas o que teria mudado? O que teria feito o placar de votação *literalmente* dobrar em favor da cassação? Mais uma vez aqui o risco de perda eleitoral teve um papel determinante na ação dos parlamentares. Esse risco ficou mais assente a partir do momento em que a votação passou a ser aberta, o que teria feito os parlamentares optarem por não manter o mandato do Deputado Donadon, em uma demonstração de que o custo político decorrente de

⁶⁴⁰ PASSARINHO, Nathalia; RAMALHO, Renan. Veja quais deputados não votaram na sessão que livrou Donadon. *Globo*, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/veja-quais-deputados-nao-registraram-voto-na-sessao-do-caso-donadon.html>>. Acesso em: 13 out. 2013.

⁶⁴¹ OLIVEIRA, Mariana; PASSARINHO, Nathalia. Para Mendes, houve 'interesse e corporativismo' no caso de Donadon. *Globo*, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/para-mendes-houve-interesse-e-corporativismo-no-caso-de-donadon.html>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

certas ações pode fazê-los recuar, ainda que descontentes com as decisões/posições do Tribunal. Em suma, embora o caso trate do exercício de uma prerrogativa constitucional do Congresso, reconhecida pelo próprio STF, o episódio dá indicativos de que, se não fosse o risco de perda eleitoral, talvez os atores políticos pudessem mais facilmente levar adiante medidas retaliatórias mais "grosseiras" quando insatisfeitos com as decisões/posições do STF⁶⁴².

Outro caso similar é o do Senador Delcídio do Amaral. Este último era líder do governo no Senado e foi preso porque, de acordo com a Procuradoria-Geral da República, tentava atrapalhar as investigações da Operação Lava Jato.⁶⁴³ Por força do art. 53, § 2.º, da Constituição⁶⁴⁴, o STF remeteu ao Senado os autos para que este resolvesse sobre a prisão, tendo em vista o foro privilegiado do parlamentar. Como a Carta Constitucional é omissa quanto ao tipo de voto, e o Senado não tinha precedentes anteriores, o Presidente da Casa, Renan Calheiros, decidiu inicialmente que o voto seria secreto. Pressionado por parlamentares, porém, ele acabou submetendo a palavra final ao plenário. Por uma decisão de 52 contra 20, e uma abstenção, os Senadores decidiram pelo voto aberto. Depois disso, em um placar de 59 a 13, a Casa manteve a decisão do STF, que determinou a prisão do Senador.

Nesse episódio, narra-se que Calheiros teria feito uma série de apelos aos congressistas, para que eles votassem pela libertação de Delcídio, porque não teria havido flagrante na prisão do

⁶⁴² FALCÃO, Márcio; BRAGON, Ranier. Na 2.^a chance, Câmara cassa mandato de Natan Donadon. *Folha de S.Paulo*, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/02/1411424-donadon-e-o-primeiro-deputado-a-perder-o-mandato-em-votacao-aberta.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁶⁴³ ALEGRETTI, Laís. Oposição pede ao Supremo votação aberta para analisar prisão de Delcídio. *Globo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/oposicao-vai-ao-stf-por-votacao-aberta-sobre-prisao-de-delcidio.html>>. Acesso em: 1.º dez. 2015.

⁶⁴⁴ A prisão de parlamentares no exercício do mandato está regulada no artigo 53 da Constituição. O parágrafo 2.º desse artigo dispõe: "Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável". O mesmo parágrafo 2.º do artigo 53 acrescenta: "Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão." Ou seja: caberia ao Senado manter ou revogar a prisão de Delcídio.

Senador.^{645,646} Muitos parlamentares, concordando com o Presidente da Casa, reclamaram da forma como a prisão foi feita.^{647,648} Outros, por sua vez, imbuídos do sentimento de *coleguismo*, lamentaram o ocorrido. Mesmo durante a sessão extraordinária que analisaria a prisão de Delcídio, Calheiros criticou publicamente a prisão do Senador. Conforme declarou: "a Polícia Federal vir aqui e cumprir ordem judicial é democrático e natural. O que não é democrático é prender um congressista no exercício do seu mandato sem culpa formada".⁶⁴⁹

Na ocasião ele também criticou a decisão proferida pelo Ministro Luís Edson Fachin, que, respondendo a dois mandados de segurança impetrados pelo DEM e pela Rede, determinou que o Senado empregasse o voto aberto. A decisão de Fachin havia sido adotada minutos antes de os Senadores decidirem pela derrubada do voto secreto, e a notícia chegou ao conhecimento dos parlamentares durante a votação.⁶⁵⁰ Nas palavras de Calheiros: "não precisaria o Supremo decidir isso, como não nos cabe decidir sobre o regimento interno do

⁶⁴⁵ HAUBERT, Mariana; BRAGON, Ranier; CRUZ, Valdo. Plenário estabelece o voto aberto em análise de prisão de Delcídio. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711143-plenario-estabelece-o-voto-aberto-em-analise-de-prisao-de-delcidio.shtml>>. Acesso em: 1.º dez. 2015.

⁶⁴⁶ De acordo com a decisão do ministro Teori Zavascki, na Ação Cautelar 4039, depois mantida pela 2.ª Turma do STF, Delcídio era acusado de integrar uma organização criminoso, um crime permanente que a jurisprudência do Supremo reconhece como autônomo. O ministro citou um voto do ministro Gilmar Mendes que, em casos de crime permanente, o flagrante poderia ser feito a qualquer tempo.

⁶⁴⁷ LIMA, Daniela; HAUBERT, Mariana. Oposição quer voto aberto na sessão que decidirá sobre prisão de Delcídio. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1710843-oposicao-quer-voto-aberto-na-sessao-que-decidira-sobre-prisao-de-delcidio.shtml>>. Acesso em: 1.º dez. 2015.

⁶⁴⁸ Cite-se, por exemplo, a posição do Senador Jader Barbalho (PMDB-PA), que na sessão extraordinária para votar a prisão de Delcídio, subiu à tribuna para defender o voto secreto e aduziu o seguinte: "Me recuso a interpretar a Constituição subtraindo um poder que entendo seja do Senado. [...] O que está em jogo hoje não é o senador Delcídio do Amaral, que eu creio todos nós lamentamos o fato ocorrido com ele, o que está em jogo é o Senado da República. [...] E eu não preciso ser neste momento fiscalizado, peitado, porque senão eu não serei capaz de exercer o meu dever neste momento de prestigiar o Supremo Tribunal Federal nas suas providências. Eu vou prestigiar o STF com o meu voto que, eu espero, seja o voto secreto, que é o voto da autonomia, é o voto da responsabilidade, neste momento". (HAUBERT; BRAGON; CRUZ, op. cit.).

⁶⁴⁹ Id. Por ampla maioria, Senado mantém Delcídio do Amaral preso. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711169-por-ampla-maioria-senado-mantem-delcidio-do-amaral-presos.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

⁶⁵⁰ Segundo notícia a Folha de S.Paulo: "a notícia sobre o despacho de Fachin chegou aos senadores durante a votação e, de acordo com alguns parlamentares, acabou influenciando a decisão de algumas bancadas" (HAUBERT, Mariana; BRAGON, Ranier; CRUZ, Valdo. Por ampla maioria, Senado mantém Delcídio do Amaral preso. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711169-por-ampla-maioria-senado-mantem-delcidio-do-amaral-presos.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015).

Supremo [...] o equilíbrio dos Poderes não permite a invasão permanente de um sobre o outro. Eu tenho que defender a prerrogativa do Congresso Nacional".⁶⁵¹

Apesar de todas essas *insatisfações declaradas*, o Senado acabou votando pela manutenção da decisão do STF que prendeu o parlamentar. Ao que se infere, o Senador José Agripino (DEM-RN) captou bem o sentimento dos Senadores na ocasião, ao afirmar: "Estamos votando contra o coração mas a favor da razão".⁶⁵² E é justamente aqui que se evidencia o fator mais inquietante a ser destacado neste estudo: quem chamava os senadores à razão? Sem dúvida alguma, a opinião pública, e, com ela, o receio de uma reação que pudesse acarretar perda eleitoral. E isso não apenas porque o Senado estaria – pelo menos sob a visão popular – *acobertando* um suspeito de corrupção, mas também porque estava passando por cima da decisão – e da autoridade – da *Justiça* (representada na figura do STF), que determinou, primeiro, a prisão do senador e, depois, que o Senado adotasse o voto aberto.

Essa posição é retratada por Cristóvam Buarque (PDT-DF) ao se referir ao episódio: "nós não temos mais gordura de credibilidade na opinião pública para usar o voto secreto aqui dentro, em nenhum aspecto, muito menos nesse, que toca em um colega nosso – volto a insistir, querido – e em um enfrentamento com a Justiça".⁶⁵³ Este episódio, portanto, de forma similar ao anterior, apresenta uma demonstração clara de que o custo político decorrente de certas ações dos parlamentares pode fazê-los recuar, mesmo quando descontentes com certas decisões/posições do Tribunal. Em suma, embora o caso em análise trate do exercício de uma prerrogativa constitucional do Congresso, o episódio também dá indicativos de que, se não fosse o risco de perda eleitoral, os parlamentares poderiam, *reunindo esforços*, aprovar medidas retaliatórias mais "grosseiras" quando insatisfeitos com os *custos* decorrentes da atuação judicial, e que, mesmo insatisfeitos, eles toleram o Tribunal (e seus membros) a contragosto, em razão do risco de perda eleitoral.

Outro caso interessante a ser destacado é o da PEC 37, que apesar de tratar-se de uma proposta que diminuía poderes do Ministério Público, e não do STF em si, é um bom exemplo

⁶⁵¹ HAUBERT, Mariana; BRAGON, Ranier; CRUZ, Valdo. Por ampla maioria, Senado mantém Delcídio do Amaral preso. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711169-por-ampla-maioria-senado-mantem-delcidio-do-amaral-presos.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

⁶⁵² HAUBERT; BRAGON; CRUZ, loc. cit.

⁶⁵³ Id. Plenário estabelece o voto aberto em análise de prisão de Delcídio. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711143-plenario-estabelece-o-voto-aberto-em-analise-de-prisao-de-delcidio.shtml>>. Acesso em: 1.º dez. 2015.

para demonstrar que partidos políticos e (ou) parlamentares temem a reação do público (*public backlash*), e, em geral, tendem a não avançar em propostas que possam provocar perda eleitoral. A PEC 37 retirava poderes de investigação criminal do Ministério Público e foi objeto de oposição nas manifestações de junho de 2013. Entendeu-se publicamente que ela beneficiava criminosos, chegando a ser rotulada de "PEC da Impunidade". Em razão da forte oposição pública que recebeu, e do receio dos parlamentares de perda eleitoral, logo após as manifestações de junho de 2013, ela acabou sendo rejeitada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, com 430 votos contrários e nove favoráveis, além de duas abstenções, o que confirma o fato de que o apoio público pode levar os atores políticos que prefeririam não estar sujeitos a controles institucionais a tolerá-los, ainda que a contragosto, em razão da ameaça que uma reação pública (*public backlash*) poderia representar em termos de *perda eleitoral*.⁶⁵⁴ Além disso, não é demais supor que a PEC 37 poderia ter tido outro destino caso o público não tivesse sido tão contrário à sua aprovação.

Outro episódio que, apesar de envolver o Ministério Público, também merece ser citado aqui, gira em torno da recondução do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot. Segundo notícia veiculada na Folha de S.Paulo existiam rumores no Senado de que o Presidente da Casa, Renan Calheiros (PMDB), pensava na possibilidade de retardar o processo de confirmação do nome para o cargo. A ideia seria, ainda que temporariamente, quebrar a linha de frente da operação Lava Jato, que investiga o envolvimento de políticos, empresários e dirigentes da Petrobras em crimes de corrupção. Como noticiado à época, caso o nome de Janot não fosse aprovado até o encerramento de seu mandato, ele voltaria ao cargo de subprocurador.⁶⁵⁵

Porém, segundo a Folha, com intuito de evitar especulações dessa ordem, Renan se inclinou a marcar as sessões de confirmação, porque, estando entre os investigados da Operação Lava Jato, sabia que qualquer protelação seria entendida como manobra deliberada em desfavor de Janot. Nada soaria mais suspeito do "que confrontar o procurador-geral, figura responsável por abrir ações penais contra os congressistas. Além disso, poucos gestos constituiriam maior afronta ao MPF do que retardar, para nem dizer rejeitar, sua

⁶⁵⁴ TRIBOLI, Pierre. Câmara rejeita PEC 37; texto será arquivado. Disponível em: *Câmara dos Deputados*, 25 jun. 2013. <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446071-CAMARA-REJEITA-PEC-37;-TEXTO-SERA-ARQUIVADO.html>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

⁶⁵⁵ JANOT se fortalece. *Folha de S.Paulo*, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/08/1666577-janot-se-fortalece.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2015.

recondução".⁶⁵⁶ Esse episódio, portanto, também demonstra que os atores políticos tendem a recuar diante do receio de um *backlash público* que culmine em perda eleitoral. Ao final, como é cediço, a Presidente Dilma Rousseff reconduziu o Procurador-Geral, o qual foi sabatinado, e, apesar da intensa pressão política, confirmado para o exercício do cargo.

Como retratado ao longo deste item, no pós-1988 o STF não está imune a afrontas institucionais. À medida que ele passa a decidir de forma persistente contra as maiorias políticas e (ou) em questões importantes aos seus interesses, mais os atores políticos se sentem motivados a afrontar a sua independência. Entretanto, essa motivação tende a ser mitigada pelos *limitadores* "fragmentação do poder" e "apoio público difuso". Como visto, em âmbito nacional há uma tendência em se manter um elevado grau de fragmentação política, mas, ainda que isso ocorra, crê-se que a manutenção da independência também depende de que o *limitador* "apoio público difuso" seja preservado. Isso porque, por mais que exista a fragmentação do poder, quando o apoio público (difuso) *diminui*, os atores políticos podem conseguir mais facilmente reunir esforços para aprovar legislações e (ou) levar adiante outras medidas hostis contra o Tribunal (e seus membros). Considerando o apoio público um fator determinante para a manutenção da independência do STF no pós-1988, procurou-se demonstrar, com exemplos, mais ou menos explícitos, que os parlamentares temem a perda eleitoral e que tendem a recuar quando notam que isso possa vir a ocorrer, e, se não fosse o risco de perda eleitoral, eles poderiam – *reunindo esforços* – avançar em ações políticas hostis quando insatisfeitos com os *custos* decorrentes da atuação judicial.

3.4 O STF em meio à crise institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo

Neste item reputou-se necessário analisar, por sua relevância, dois casos amplamente discutidos recentemente: (i) a aprovação da PEC 457 ("PEC da Bengala"); e (ii) a proposta que tramita na Câmara dos Deputados para alterar a forma de indicação de ministros ao STF. Esses episódios tiveram grande visibilidade, e apontam para um cenário que poderia ser entendido – à primeira vista – como afronta à independência. Entende-se, porém, que esses

⁶⁵⁶ JANOT se fortalece. *Folha de S.Paulo*, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2015/08/1666577-janot-se-fortalece.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2015.

dois casos, mais do que uma tentativa de interferir na arena judicial como uma forma de influência/subordinação judicial, caracterizam-se antes como uma ação – inoportuna – do Legislativo, voltada a reduzir os poderes da atual Presidente, Dilma Rousseff. Apesar disso, os casos serão abordados ao longo deste item, porque reforçam o pressuposto seguido neste estudo de que o Tribunal e seus membros permanecem muito vulneráveis aos atores políticos em detalhes importantes, os quais podem, em tese, ser empregados para ameaçar a independência judicial e tornar o Judiciário mais flexível.

Como amplamente divulgado pela mídia, a PEC 457/2005 (que se tornou a Emenda Constitucional 88/2015) estava em trâmite na Câmara dos Deputados há dez anos, tendo sido aprovada apenas em 07 de maio de 2015. A proposta teve por objetivo adiar a aposentadoria compulsória dos ministros dos tribunais superiores de 70 para 75 anos de idade, tendo como justificativa trazer economia aos cofres públicos (ao evitar a reposição obrigatória de ministros com mais de 70 anos de idade). Além disso, argumentava-se que aposentar magistrados com essa idade seria "desperdiçar experiência" e entregar "talento" para a iniciativa privada.⁶⁵⁷ Entretanto, o real motivo para a aprovação da PEC foi outro: retirar da Presidente Dilma Rousseff o direito de indicar cinco novos magistrados para o STF até o final do seu segundo mandato⁶⁵⁸, em uma espécie de "*demonstração de força*". Essa medida foi aprovada principalmente pelo esforço do então Presidente da Câmara dos Deputados, e investigado na Operação Lava Jato, Eduardo Cunha, que culpava o governo pelos vazamentos de informações envolvendo o seu nome.⁶⁵⁹ A sua articulação política, somada à fragilidade do governo junto ao Congresso, levou a presidência a sofrer sucessivas derrotas, dentre as quais a PEC da Bengala.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ PASSARINHO, Nathalia. Em sessão com ministros do STF, Congresso promulga PEC da Bengala. *Globo*, 05 maio 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/camara-conclui-votacao-em-segundo-turno-da-pec-da-bengala.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁶⁵⁸ Até 2018, completariam 70 anos os ministros: Celso de Mello (novembro de 2015), Marco Aurélio Mello (julho de 2016), Ricardo Lewandowski (maio de 2018), Teori Zavascki (agosto de 2018) e Rosa Weber (outubro de 2018).

⁶⁵⁹ COSME, Marcelo. Deputado Eduardo Cunha anuncia rompimento com o governo. *Jornal Hoje*, 17 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2015/07/eduardo-cunha-anuncia-rompimento-com-o-governo-dilma.html>>. Acesso: 20 out. 2015.

⁶⁶⁰ CARDOSO, Daiene; CARVALHO, Daniel. Em mais uma derrota do governo, Câmara aprova PEC da Bengala em primeiro turno. *Estadão*, 04 mar. 2015. Disponível: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-mais-uma-derrota-do-governo-camara-aprova-pec-da-bengala-em-primeiro-turno,1644581>>. Acesso em: 21 out. 2015.

O que chama a atenção nesse caso não é o conteúdo material ou o efeito prático da PEC, que inclusive chegou a ser apoiada por vários Ministros do STF, mas o fato de que, embora o Congresso disponha da prerrogativa para alterar o funcionamento/ composição do STF, essa competência constitucional não foi desenvolvida para ser empregada como mecanismo de "barganha" e (ou) "demonstração de força", a variar de acordo com a conjuntura política e a relação mais ou menos "saudável" entre Executivo e Legislativo. Medidas dessa natureza precisam ter motivação institucional e consistência material para que sejam levadas adiante⁶⁶¹, representando sempre a "última saída"⁶⁶².

Reputa-se que a PEC da Bengala foi casuística, porque aplicada aos ministros em exercício. Além disso, tratou-se de uma PEC sem prognose, i. é, o legislador não trouxe razões convincentes para explicar por que era indispensável alterar o padrão normativo.⁶⁶³ Por fim, a sua justificativa era precária, já que, se o Legislador quisesse de fato "economizar", poderia propor outras medidas mais eficientes com esse propósito, como, por exemplo, não pagar algumas vantagens que ultrapassam o teto, auxílios de vários tipos, extinguir cargos e funções sobrepostas e (ou) inúteis, carros oficiais, adicionais por tempo de serviço etc.⁶⁶⁴ Portanto,

⁶⁶¹ APROVAÇÃO da PEC da bengala não é boa para o país, diz Luis Roberto Barroso. *Consultor Jurídico*, 03 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-03/aprovacao-pec-bengala-nao-boa-pais-barroso>>. Acesso em: 27 out. 2015.

⁶⁶² Como sintetizou o jurista Joaquim Falcão: "se não é um golpe branco na forma, é na substância. É uso inconstitucional da forma constitucional" (FALCÃO, Joaquim. *Tempos de mudanças no Supremo*. Disponível em: <<http://www.joaquimfalcao.com.br/tempos-de-mudancas-no-supremo/>>. Acesso em: 25 out. 2015).

⁶⁶³ Lênio Streck aponta quatro razões para explicar por que a PEC da Bengala é impertinente e inoportuna. Segundo o jurista: (i) para que seja aprovada uma emenda desse jaez é preciso um amplo debate no plano do serviço público do país, o que não ocorreu. Além disso, o Legislativo poderia propor outras medidas caso quisesse realmente "economizar" (como, por exemplo, extinguir tribunais militares, tribunais de contas do município, algumas procuradorias estatais, passando para a advocacia pública, não pagando algumas vantagens que ultrapassam o teto, auxílios de vários tipos, extinguir cargos e funções sobrepostas e (ou) inúteis, carros oficiais, adicionais por tempo de serviço etc.); (ii) se alterada a idade máxima de aposentaria compulsória, a emenda não deveria atingir os atuais componentes atuais dos tribunais. Para o autor, os atuais detentores de cargos não podem se beneficiar de uma alteração quando eles mesmos, por exemplo, os ministros do STF, teriam que apreciar eventual discussão sobre a inconstitucionalidade da proposta; (iii) a PEC foi aprovada sem uma prognose, i. é, o legislador não trouxe razões convincentes para explicar por que é indispensável alterar o padrão normativo (o que é extremamente importante, por alterar o futuro das carreiras jurídicas e da funcionalidade das instituições); (iv) se trata de uma proposta de alteração constitucional de "conveniência" (já que teve como propósito primário tirar da presidente Dilma Rousseff o direito de indicar cinco novos magistrados para o STF até o final do seu segundo mandato), o que a torna inconstitucional. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *A PEC da Bengala e/ou "O curioso caso da PEC Benjamin Button"*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-12/senso-incomum-pec-bengala-eou-curioso-pec-benjamin-button>>. Acesso em: 21 out. 2015.

⁶⁶⁴ STRECK, loc. cit.

entende-se que essa ação política feriu a estabilidade da Constituição e das instituições, o que é temerário em uma democracia que se diz consolidada, pois se espera que em um país com esse atributo, nem a Constituição, nem as instituições estejam vulneráveis a conjunturas políticas. Na mesma linha aqui abordada, o Ministro Marco Aurélio – favorável a conteúdo material da PEC – declarou publicamente que "não se avança culturalmente dessa forma".⁶⁶⁵

Apesar de considerar a PEC inoportuna, compreende-se que é difícil falar que ela caracterizou uma *afronta* à independência/autonomia judicial, porque ela não constituiu uma tentativa de influência/subordinação do Tribunal (e de seus ministros) ao Legislativo.⁶⁶⁶ Basta ver, por exemplo, que a medida não teve por escopo "punir" nenhum ministro do Tribunal (como ocorrera em 1937, quando a chamada Constituição "Polaca" reduziu o limite de idade de aposentadoria de 75 para 68 anos, para que Vargas "se livrasse" de alguns ministros que adotavam posições que o contrariavam⁶⁶⁷). Além disso, é improvável imaginar que os agentes eleitos esperassem ter "influência" sobre os julgamentos futuros do Tribunal com a adoção dessa medida, especialmente após a atuação do Tribunal (e seus ministros) no caso "Mensalão".

⁶⁶⁵ Segundo o Ministro Marco Aurélio Mello, a PEC da Bengala teria sido aprovada em um clima de "retaliação". Em suas palavras: "eu só lamento o sabor, isso que paira no ar, que tudo tenha resultado de uma retaliação. Não se avança culturalmente dessa forma". (PRAZERES, Leandro. Ministro do STF diz que PEC da Bengala foi aprovada em clima de retaliação. *Uol Notícias*, 06 maio 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/05/06/ministro-do-stf-diz-que-pec-da-bengala-foi-aprovada-em-clima-de-retaliacao.htm>>. Acesso em: 25 out. 2015).

⁶⁶⁶ A PEC foi elogiada, e talvez até estimulada, por ministros do STF, que chegaram a alertar para o risco de "bolivarianismo" no Brasil (tendo em vista a possibilidade de governos do Partido dos Trabalhadores terem nomeado 10 de seus 11 membros a partir de 2016). Em entrevista à Folha de S.Paulo, publicada em 03 de novembro de 2014, o Ministro Gilmar Mendes declarou o seguinte: "Não tenho bola de cristal, é importante que [o STF] não se converta numa corte bolivariana. Isto tem de ser avisado e denunciado". Segundo a Folha: "a expressão bolivarianismo serve para designar as políticas intervencionistas em todas as esferas públicas preconizadas por Hugo Chávez (1954-2013) na Venezuela e por aliados seus, como Cristina Kirchner, na Argentina". O jornal noticia, ainda, que o Ministro declarou temer que, "a exemplo do que ocorre na Venezuela, o STF perca o papel de contrapeso institucional e passe a "cumprir e chancelar" vontades do Executivo". (CRUZ, Valdo; MOTTA, Severino. STF não pode se converter em uma 'corte bolivariana', defende Gilmar. *Folha de S.Paulo*, 03 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1542317-o-stf-nao-pode-se-converter-em-uma-corte-bolivariana.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2015). Posteriormente, em entrevista à Folha de S.Paulo, publicada em 06 de novembro de 2014, o Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, rebateu as críticas do Ministro Gilmar Mendes, ao aduzir: "Eu acho que é uma regra da Constituição [...] a história do STF não tem mostrado isso, tem mostrado total independência dos ministros. O STF se orgulha muito dessa independência enorme que os ministros têm com relação aos presidentes que os indicaram. Essa é a história do STF". (MOTTA, Severino. Presidente do STF rebate Gilmar Mendes e diz que Corte é independente. *Folha de S.Paulo*, 06 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1544130-presidente-do-stf-rebate-gilmar-mendes-e-diz-que-corte-e-independente.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2015).

⁶⁶⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. Aposentadoria de ministros do STF aos 75 terá reflexos em outros tribunais. *Consultor Jurídico*, 10 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/segunda-leitura-pec-bengala-magistrado-convocado-stj-disputar-cargo>>. Acesso em: 26 out. 2015.

Tampouco se pode falar que a medida impôs alguma modalidade de subordinação dos ministros ao Legislativo, a fim de que este último obtivesse algum benefício em particular.

O que ocorreu, na verdade, foi o avanço de uma proposta que discutia uma questão institucional importante ao STF – a qual vários ministros, inclusive, apoiavam – em um cenário político pouco favorável, com o propósito de "afronta institucional" à Presidência da República. Porém, isso não significa que esse episódio não tenha trazido um ensinamento valioso para os propósitos deste estudo. Ao contrário. Entende-se que ele é extremamente revelador ao demonstrar que o Tribunal e seus membros permanecem muito vulneráveis aos atores políticos em detalhes importantes (como mencionado no capítulo 1), e, embora neste episódio o emprego dos mecanismos de *checks and balances* – no caso, o poder de emenda – não tenha sido feito com o propósito de influência/subordinação do Tribunal (e de seus ministros), tais mecanismos poderiam ser eventualmente empregados com propósitos escusos, a fim de ameaçar a independência judicial e tornar o Judiciário mais flexível (o que, como se sustentou neste trabalho, tende a mais provavelmente ocorrer – se mantida a fragmentação do poder – especialmente em caso de *diminuição* do apoio público difuso ao Tribunal).

Além da PEC da Bengala, avança atualmente na Câmara dos Deputados a PEC 473/2001 (e anexas)⁶⁶⁸, com o propósito de: (i) alterar a forma de indicações dos ministros do STF, de forma alternada entre Executivo, Legislativo e Judiciário; (ii) estabelecer um mandato fixo de 12 anos aos Ministros; e (iii) acabar com a possibilidade de recondução do Procurador-Geral da República, vinculando a escolha presidencial à lista tríplice apresentada pelo Ministério Público. Neste caso, entende-se, também, que antes de caracterizar uma forma de "retaliação"/influência/ subordinação do Tribunal (e seus ministros) ao Legislativo – e, assim, uma afronta a independência –, o objetivo da referida PEC é mais uma vez atingir o Poder Executivo (pelo menos considerando o ambiente em que se buscou avançá-la na Câmara). Tanto é que, segundo o teor da proposta, as indicações de Ministros a serem efetuadas pelo Congresso Nacional seriam realizadas a partir de listas tríplices elaboradas, alternadamente, pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de evitar "excessiva politização de uma escolha que deve ser eminentemente técnica", o que indica que – pelo

⁶⁶⁸ O "projeto mãe" (PEC 473/01) abriga outras seis propostas: a PEC 566/2002 (assinada por Alceu Collares, do PDT), a PEC 484/2005 (João Campos, PSDB), a PEC 342/2009 (Flávio Dino, PCdoB), a PEC 393/2009 (Julião Amin, PDT), a PEC 434/2009 (Vieira da Cunha, PDT) e a PEC 441/2009 (Camilo Cola, PMDB).

menos a princípio – não parece existir uma intenção do Legislativo em ter grande influência sobre o processo de indicação de Ministros do STF.

A despeito de não haver uma intenção evidente de influencia/subordinação do Tribunal, vê-se que essa proposta padece do mesmo vício da PEC da Bengala: ainda que o Congresso disponha da prerrogativa constitucional para alterar o funcionamento/ composição do STF, esta atribuição não foi desenvolvida para ser empregada como mecanismo de "barganha" e (ou) "demonstração de poder", a variar de acordo com a conjuntura política e relação mais ou menos "saudável" entre Executivo e Legislativo. A forma atual de indicação de ministros do STF remonta a sua criação, em 1891, e não pode estar vulnerável a uma conjuntura político-partidária de antipatias e (ou) "crises" entre o Executivo e o atual Congresso (e seus líderes).

Tal mudança constitucional, quando vier, e se vier, deve trazer consigo uma discussão social e política ampla, pautada em estudos teóricos e empíricos consistentes. Uma mudança institucional tão importante não pode ocorrer a partir de uma discussão apressada, como vem ocorrendo com a PEC 473/2001 (e anexas), que, segundo notícias veiculadas nos principais meios de comunicação, tem sido tratada pelos líderes da Câmara como um tema que "precisa ter uma definição rápida".⁶⁶⁹ Tal *alvorço* é no mínimo abjeto quando se nota que a PEC em questão já tramita na Casa há cerca de quatorze anos. Ora: por que o tema precisaria de *definição rápida* senão para fins político-partidários? Alterações aceleradas de questões desse jaez podem levar a uma mudança irreversível no funcionamento de uma instituição que, a despeito de suas fraquezas, vem contribuindo muito para a proteção dos direitos das minorias e para a restrição do poder político.

Embora não seja o propósito deste estudo discutir o problema da indicação dos ministros, não se acredita que o Presidente atue sem restrições no processo de nomeação.

⁶⁶⁹ Em abril de 2015, os meios de comunicação divulgaram que, por determinação do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB), a Casa voltou a discutir uma proposta de emenda à Constituição que estabelece mandato para os ministros do STF, além e retirar da Presidente da República a exclusividade na indicação dos membros da Corte. Como existiam várias propostas nesse sentido junto à Câmara, o presidente da comissão especial instalada por Eduardo Cunha, deputado Arthur Maia (SD), afirmou ter recebido a recomendação para agilizar a discussão sobre uma proposta única sobre o tema. Em suas palavras: "o Eduardo Cunha me pediu, como presidente, para que nós não utilizássemos as 40 sessões que temos como prazo regimental para discutir e votar a propota. Ele gostaria muito que isso fosse feito num prazo menor. Eu vou buscar atende-lo trabalhando o mais rapidamente possível [...] Ele acha que é um tema que precisa ter uma definição rápida" (MATAIS, Andreza. Cunha tenta mudar modo de indicação de ministros. *Estadão*, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cunha-tenta-mudar-modo-de-indicacao-de-ministros,1677881>>. Acesso em: 21 out. 2015).

Parece natural e até mesmo inerente à lógica do sistema que exista uma inclinação para a escolha de ministros que compartilhem os mesmos valores básicos⁶⁷⁰, porém, isso não quer dizer que o Presidente é um ator sem restrições, que pode tomar decisões baseadas inteiramente em suas próprias preferências. Entende-se que o Presidente tem uma preocupação com a indicação que faz e busca deixar um legado duradouro para a nação na forma de juristas que continuarão a exercer influência sobre a lei depois que ele deixar o cargo.⁶⁷¹ Não obstante, há fortes restrições constitucionais e técnicas para a seleção dos ministros, que incluem rodadas de consultas a tribunais e organizações profissionais quando uma vaga abre. Além disso, e o mais importante, há indicativos de que a necessidade de confirmação do nome pelo Senado traz restrições importantes ao Presidente quando indica um candidato a Ministro.

Existem indicativos de que, em um governo de presidencialismo de coalizão, os Presidentes executam coalizões majoritárias, e, como resultado de uma atuação coordenada, tem as suas políticas/candidatos aprovados. Quanto mais homogênea uma coalizão presidencial, maiores as chances de o Presidente nomear um candidato próximo de suas preferências, porque estas estarão perto das preferências dos parceiros de coalizão. Ao contrário, quanto mais heterogêneas as coalizões, mais compromissos precisam se realizados e, como resultado, os Presidentes nomeiam candidatos que estão mais distantes do seu primeiro conjunto de escolhas.⁶⁷² Sob esse enfoque, infere-se que existe um processo de negociação entre os partidos que compõem a coalizão do governo até que um candidato chegue à sabatina no Senado. Daí que a impressão difundida de que o processo de confirmação no Senado é algo *pro forma* não parece de todo verdadeiro.⁶⁷³ Sob o raciocínio aqui em referência, pode-se supor que as tratativas entre Executivo-Legislativo para a aprovação de um nome

⁶⁷⁰ EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A. *Advice and consent: the politics of judicial appointments*. New York: Oxford University Press, 2005. p.48; NOVELINO, Marcelo. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. 2014. 418 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. 418 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p.333.

⁶⁷¹ EPSTEIN; SEGAL, op. cit., p.69-70.

⁶⁷² Cf. LEMOS, Leany Barreiro; LLANOS, Mariana. The Supreme Court nominations in Brazil (1985-2010): presidential or coalitional preferences? In: *V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*. Buenos Aires, 2010. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.aacademica.org/000-036/573.pdf>>. 03 nov. 2015.

⁶⁷³ Cf. PEGORARO, Joana Cristina. *A política na Corte: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. 2006. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p.97-101; PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seis ministros*. São Paulo: Método, 2012. p.135-139.

provavelmente são feitas antes do processo de sabatina, de modo que a resistência ao indicado se limita aos partidos oposição (que não fazem parte da coalizão do governo).

Esse processo revela que o Presidente não age sozinho, e, ao contrário do que comumente se difunde, a escolha de um ministro envolve um processo de negociação entre vários partidos, o que faz com que o Chefe do Executivo muitas vezes não escolha a sua primeira opção, mas a segunda, terceira, quarta etc. Embora se reconheça o fato de que esse sistema possa gerar distorções, especialmente quando a coalizão é homogênea, o quadro é bem menos grave do que comumente se aponta, pois, nem o Executivo atua em uma total discricionariedade no processo de indicação, nem o Legislativo é um ator que não oferece nenhuma restrição no processo de confirmação. Além disso, supõe-se que a ideia de "politização" dos ministros é muitas vezes supervalorizada em um contexto político-institucional de 28 partidos políticos com representação no Congresso Nacional.⁶⁷⁴

O objetivo aqui, certamente, não é qualificar/desqualificar uma proposta de mudança constitucional dessa natureza – o que exigiria uma análise mais aprofundada –, mas tão somente apontar que ela não pode ser pautada por condições político-institucionais transitórias. Embora não se verifique neste caso propriamente uma forma de afronta à independência, por não verificar – pelo menos a princípio – uma forma de influência/subordinação do Tribunal (e seus ministros) ao Legislativo (a fim de obter algum benefício particular), uma PEC dessa natureza seria inoportuna caso viesse a ser aprovada em um cenário de "embate" entre os poderes, e sem uma discussão suficientemente aprofundada.

Além disso, tal como se viu com a PEC da Bengala, também a PEC 473/2001 (e anexas) confirma que o Tribunal e seus membros permanecem muito vulneráveis aos atores políticos em detalhes importantes, e, embora neste caso não aparente – à primeira vista – uma forma de influenciar/subordinar o Tribunal (e seus membros), nada impede que esse mecanismo – a emenda constitucional – seja eventualmente empregado com propósitos de subordinar/influenciar o Tribunal (e seus ministros), o que demonstra que a manutenção da independência judicial é, de fato, um desafio permanente.

⁶⁷⁴ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. *Revista de Direito Administrativo*, v.255, p.115-143, 2010. E, para a visão oposta: TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo. FGV SB.* v.250, p.27-74, 2009.

3.5 O papel (estratégico) dos ministros na manutenção da independência judicial

Este item será dedicado a analisar o papel estratégico dos juízes na formação e manutenção do apoio público. Como se verificou no item 3.3, o apoio público (difuso) é um fator determinante para a manutenção da independência do STF na atualidade, e, se não fosse o risco de perda eleitoral, os parlamentares poderiam, *reunindo esforços*, aprovar medidas retaliatórias mais "grosseiras" quando insatisfeitos com os *custos* decorrentes da atuação judicial. No capítulo 2 viu-se que o apoio difuso é constituído/mantido pela satisfação dos cidadãos com os resultados das decisões/posições específicas da Corte ao longo do tempo. E, além disso, favorecido pela manutenção contínua da imagem das Cortes como instituições imparciais e apolíticas. Sob essa luz, verificou-se que uma Corte Constitucional que tenha o propósito de estabelecer/manter o apoio público (difuso) não pode afastar-se demais das preferências públicas (pelo menos não de forma reiterada, em uma série de casos) e tampouco descuidar de sua imagem institucional.

Como adiantado no item 3.2.3, o fato de o Tribunal, no contexto pós-1988 – período em que conquistou maior visibilidade e *conhecimento* institucional –, ter se mostrado preocupado com a sua imagem institucional e não ter se afastado demais da opinião pública contribuiu para a formação do apoio público (difuso) e vem colaborando também para a sua manutenção até a atualidade. Verificou-se, ainda, no capítulo anterior, que – ao contrário do que o conhecimento normativo poderia levar a supor – os magistrados são seres racionais e que costumam não estar alheios a esses fatores. Eles podem reconhecer que as suas decisões atuais têm implicações para o apoio futuro e que a manutenção de sua imagem institucional é importante para que a sua integridade seja preservada. Esse reconhecimento, juntamente com o desejo de estabelecer/manter ou mesmo aumentar o apoio da Corte, pode induzi-los a (estrategicamente) ser sensíveis à opinião pública⁶⁷⁵ e a preservar *o tanto quanto possível* a imagem da instituição.⁶⁷⁶ Como se procurará demonstrar no restante deste item existem fortes indícios de que o STF agiu – e age – estrategicamente para manter o apoio público (difuso), o

⁶⁷⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 377.

⁶⁷⁶ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.51-52.

que pode ter contribuído para o estabelecimento e para a preservação de sua independência até a atualidade. Primeiro se analisará a tendência do Tribunal em ser sensível à opinião pública, e, na sequência, se procurará demonstrar que ele também busca manter preservada a sua imagem de instituição imparcial/apolítica.

Quanto ao primeiro ponto, pode-se dizer que em âmbito nacional não existem pesquisas empíricas que revelam uma correspondência precisa entre as decisões proferidas e a opinião pública. Apesar disso, entende-se haver uma tendência do STF em se alinhar ao sentimento social. Alguns casos são paradigmáticos nesse sentido, porque representaram a revisão de entendimentos anteriores que não correspondiam às demandas sociais, dentre os quais: (i) a limitação das hipóteses de foro de prerrogativa de função (cancelamento da súmula 394); (ii) a proibição do nepotismo (que passou a ser objeto de súmula vinculante); e (iii) a imposição de fidelidade partidária, penalizando a *troca-troca* de partidos depois das eleições.⁶⁷⁷ Em cada um desses casos, o Supremo desempenhou um papel especial, impondo limites aos decisores políticos, e, assim, protegendo valores sociais importantes.⁶⁷⁸ O mesmo aconteceu com a atuação do STF no caso *Mensalão*, em que o Tribunal procurou atuar como ferramenta capaz de impor limites aos decisores políticos, verbalizando um desejo social difuso de estender o sistema penal aos ricos e poderosos.^{679,680}

Outro caso em que o STF se alinhou com ao sentimento popular foi quando decidiu pela constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).⁶⁸¹ Na ocasião, o relator do caso, o Ministro César Peluso, deixou expresso em seu voto as suas "reservas cívicas" e o seu

⁶⁷⁷ Recentemente, o STF decidiu que não se aplica aos cargos do sistema majoritário de eleição (prefeito, governador, senador e presidente da república) a regra de perda do mandato em favor do partido, por infidelidade partidária, referente aos cargos do sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais). Ver: ADI 5081, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/05/2015, DJ. 19/08/2015.

⁶⁷⁸ Os exemplos são explorados por: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v.12, n.96, p.38-40, 2010.

⁶⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Consultor Jurídico*, 03 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

⁶⁸⁰ José Augusto Garcia de Souza, em trabalho intitulado "*as vozes do Supremo e a sociedade*", destaca a sensibilidade de ministros (e a do Tribunal) com os clamores da sociedade. Cf. SOUSA, José Augusto Garcia de. *As vozes do Supremo e a sociedade*. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento* (Supremo, mídia e opinião pública). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.39.

⁶⁸¹ ADI 3367/DF, Min. Rel. Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ. 17/03/2006.

desconforto "pré-jurídico" quanto "à extensão e à heterogeneidade da composição do Conselho"⁶⁸², porém, acabou reconhecendo a sua constitucionalidade, no que foi acompanhado pela maioria dos ministros.⁶⁸³ Em outra ocasião, quando o STF apreciou os poderes de investigação do CNJ⁶⁸⁴, também existiu um alinhamento do Tribunal com a opinião pública. A questão sob debate era se o Conselho teria competência subsidiária ou concorrente em relação aos Tribunais de Justiça para o exercício do poder disciplinar. A posição pública prevalecente era no sentido do reconhecimento da competência concorrente do CNJ. Na ocasião do julgamento, a cobertura midiática era imensa, especialmente por conta das declarações dadas à imprensa por integrantes do CNJ, o que levou o julgamento a ser adiado por várias vezes, a fim de acalmar os ânimos sociais e midiáticos. Ao final, o Tribunal acabou acolhendo a posição prevalecente.^{685,686}

Além desses casos, em diversas outras decisões relevantes também existem evidências do alinhamento do Tribunal com a opinião pública, ou, pelo menos, com um quantitativo significativo dela. Veja-se que:

⁶⁸² Veja-se trecho do voto do ministro Peluso: "eu próprio jamais escondi oposição viva, menos à necessidade da ressurreição ou criação de um órgão incumbido do controle nacional da magistratura, do que ao perfil que se projetava ao Conselho e às prioridades de uma reforma que, a meu sentir, andava ao largo das duas mais candentes frustrações do sistema, a marginalização histórica das classes desfavorecidas no acesso à Jurisdição e a morosidade atávica dos processos. Não renuncio às minhas reservas cívicas, nem me retrato das críticas pré-jurídicas à extensão e à heterogeneidade da composição do Conselho. Mas isso não podia impedir-me, como meus sentimentos e predileções pessoais não me impediriam nunca, em quatro lustros de ofício jurisdicional, de, atento à velha observação de CARDOZO, ter 'aberto os ouvidos sacerdotais ao apelo de outras vozes', ciente de que 'as palavras mágicas e as encantações são tão fatais à nossa ciência quanto a quaisquer outras'. Julgo a causa perante a Constituição da República" (ADI 3367, p.207).

⁶⁸³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 2014. 469 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p.396-397.

⁶⁸⁴ ADI 4638, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/20/2012, DJ. 30/10/2014.

⁶⁸⁵ Segundo Jane Reis, o episódio foi emblemático, na medida em que induziu à reflexão sobre se a Corte julgaria daquela forma se não tivesse sofrendo pressão pública. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. *Os Constitucionalistas*, 31 out. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaia>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

⁶⁸⁶ Mais tarde, ao se afastar do STF, o Ministro Cezar Peluso reconheceu que a opinião pública influenciou no julgamento do caso. (BASILE, Juliano. Peluso propõe esforço concentrado para julgar mensalão neste ano. *Valor*, 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.asmetro.org.br/arquivosHTML/pdfs/clipping2012/OministroCezarPelusodoSTF.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.).

- (i) no caso das "células tronco embrionárias"⁶⁸⁷, uma pesquisa realizada pelo Ibope em todo o Brasil, em janeiro de 2008, mostrou que 75% da população concordava totalmente com o uso de células-tronco embrionárias para o tratamento e recuperação de pessoas com doenças graves;
- (ii) no caso do "aborto de fetos anencéfalos"⁶⁸⁸, uma pesquisa desenvolvida pelo Ibope em todo o Brasil, em setembro de 2008, mostrou que 70,5% da população concordava que a mulher grávida de um feto anencéfalo poderia escolher se interrompia ou não a gestação⁶⁸⁹;
- (iii) no caso das "cotas étnico-raciais"⁶⁹⁰ e das "cotas socioeconômicas"⁶⁹¹, pesquisa do Ibope em todo o Brasil, em janeiro de 2013, mostrou que 62% da população aprovava simultaneamente a reserva de vagas em universidades públicas para estudantes negros, de baixa renda e da rede pública de ensino⁶⁹²;
- (iv) no caso do "financiamento empresarial às campanhas eleitorais"⁶⁹³, uma pesquisa realizada pelo Datafolha, em todo o Brasil, no mês de julho de 2015, indicou que 74% das pessoas entrevistadas eram contra o financiamento de campanhas políticas por empresas privadas.⁶⁹⁴

⁶⁸⁷ ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJ. 28/05/2010.

⁶⁸⁸ ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJ. 30/04/2013.

⁶⁸⁹ Este e outros dados sobre a pesquisa estão disponíveis em: IBOPE. *Maioria dos católicos do país concorda que a mulher pode ter o direito de escolha*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Maioria%20dos%20cat%C3%B3licos%20do%20pa%C3%ADs%20concorda%20que%20a%20mulher%20pode%20ter%20o%20direito%20de%20escolha.aspx>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁶⁹⁰ ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012, DJ. 17/10/2014.

⁶⁹¹ ADI 3330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 03/05/2012, DJ. 22/03/2013; RE 597.285/RS, Rel. Min. Eduardo Lewandowski, j. 09/05/2012, DJ. 18/03/2014.

⁶⁹² IBOPE. *62% dos brasileiros são favoráveis às cotas em universidades públicas*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/62-dos-brasileiros-sao-favoraveis-as-cotas-em-universidades-publicas.aspx>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

⁶⁹³ ADI 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015.

⁶⁹⁴ SOUZA, André de. *Datafolha: três em cada quatro brasileiros são contra o financiamento de campanha por empresas privadas*. *O Globo*, 06 jul. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-tres-em-cada-quatro-brasileiros-sao-contra-financiamento-de-campanha-por-empresas-privadas-16672767>>. Acesso em: 28 out. 2015.

(v) no caso das "uniões homoafetivas"⁶⁹⁵, embora a posição da opinião pública seja mais dividida, a decisão do STF se respaldou em um quantitativo significativo dela. Em pesquisa realizada pelo Ibope, em julho de 2011, constatou-se que 55% dos brasileiros eram contrários à decisão do STF e 45% favoráveis. A pesquisa identificou, porém, que pessoas menos incomodadas com o tema eram as mulheres, os mais jovens, os mais escolarizados e as classes mais altas. Regionalmente, Norte/Centro-Oeste e Nordeste se destacam como as áreas do país com mais resistência a questões que envolvem o assunto (60%). No Sul, 54% das pessoas eram contra e, no Sudeste, o índice caía para 51%⁶⁹⁶ (pesquisa realizada pela FGV mostra que 56% dos entrevistados nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo declararam ser favoráveis à decisão).⁶⁹⁷

Como se destacou no capítulo anterior, porém, o fato de o Tribunal ter uma tendência a alinhar-se a opinião pública em assuntos relevantes – porque reconhece a necessidade de estabelecer/manter o apoio público – não quer dizer que os juízes estão julgando com base em enquetes de opinião ou que em certas ocasiões eles não vão proferir decisões impopulares. Ao contrário, o STF tem uma função contramajoritária e algumas vezes precisa decidir contra a opinião pública. Isso aconteceu, por exemplo, no caso da "Marcha da Maconha"⁶⁹⁸, a qual foi liberada pelo Tribunal apesar da desaprovação popular. Embora a decisão, nesse caso, não tenha tido a pretensão – evidentemente – de estimular o consumo de drogas ilícitas, mas sim de proteger os direitos fundamentais de liberdade de reunião e livre manifestação de pensamento⁶⁹⁹, não se pode desprezar o fato de que ela foi tomada em um contexto em que

⁶⁹⁵ ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJ. 14/10/2011.

⁶⁹⁶ IBOPE. *Casamento gay divide brasileiros*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Casamento%20gay%20divide%20brasileiros.aspx>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

⁶⁹⁷ FGV. DIREITO RIO. *Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_Publica.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2015.

⁶⁹⁸ ADPF 187/DG, j. 15/11/2011, DJ. 29/05/2014, Rel. Min. Celso de Mello; e ADI 4274/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23/11/2011, DJ. 02 mai. 2012.

⁶⁹⁹ Apesar de decidir "contra os anseios sociais", o Tribunal deixou claro, nas palavras do relator, Min. Celso de Mello, que "a denominada 'Marcha da Maconha', longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica", ideias sobre a legalização do consumo de drogas, "amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição" (ADPF 187/DG, j. 15/11/2011, DJ. 29/05/2014, Rel. Min. Celso de Mello).

79% da população era contrária à legalização da maconha, conforme revelou pesquisa do Ibope.⁷⁰⁰ Além desse percentual bastante revelador, uma pesquisa da FGV apontou a contramajoritariedade da decisão em si.⁷⁰¹

Outro caso em que há indícios de que o STF atuou contramajoritariamente foi quando da aceitação dos embargos infringentes no caso Mensalão. Nesse caso, pesquisa do Datafolha indicou que 55% dos entrevistados da cidade de São Paulo – localidade a que a pesquisa se restringiu – eram contra a admissibilidade dos Embargos Infringentes. Embora a pesquisa tenha sido limitada a uma única localidade, ela apresenta indicativos de que a decisão não agradou o público, o que é reforçado pelas fortes reações à decisão.⁷⁰² É notório, portanto, que decisões como a da aceitação dos embargos infringentes e da "marcha da Maconha", apesar de sua contramajoritariedade, por óbvio, não deixaram de ser proferidas pelo Tribunal (e seus membros), o que reforça a ideia aqui em discussão, de que os juízes tendem a se alinhar ao sentimento social, mas, apesar disso, dispõem de uma 'quota' de decisões contramajoritárias que podem usar antes que o apoio público difuso venha a ser comprometido.

Os juízes, como seres racionais, estão conscientes de que o apoio que eles desfrutam é importante e que pode ser gasto rapidamente se muitas decisões são proferidas persistentemente em contrariedade com a opinião pública. Por exemplo, em entrevista a um site jurídico, em maio de 2010⁷⁰³, o então Min. Luís Roberto Barroso, afirmou que o Supremo pode e deve em certos casos tomar uma decisão que é contrária à demanda social, mas, em suas palavras: "se ele proferir uma decisão contrária ao sentimento social e depois uma segunda, uma terceira, uma quarta, você vai ver um Tribunal que começa a perder a sua identidade com a sociedade e, progressivamente, a sua legitimidade"⁷⁰⁴

⁷⁰⁰ Resultados sobre a legalização da maconha e outros temas disponíveis em: IBOPE. *83% da população é a favor da redução da maioria penal*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁷⁰¹ FGV: Direito Rio. *Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_Publica.pdf>. Acesso em 08 mar. 2015.

⁷⁰² CRISTALDO, Heloisa. Manifestantes protestam contra embargos infringentes. *EBC*, 18 set. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/09/do-lado-de-fora-do-stf-manifestantes-protestam-contra-embargos-infringentes>>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁷⁰³ Neste período o Min. Luís Roberto Barroso ainda não havia sido indicado a ocupar o cargo de Ministros do STF.

⁷⁰⁴ CONVERSAS acadêmicas: Luís Roberto Barroso (I). *Os Constitucionalistas*, 24 maio 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

A preocupação com a perda de legitimidade/apoio difuso também parece ficar evidente quando, em 2012, o ex-presidente do STF, o Ministro Carlos Ayres Britto, manifestou o seu desejo de julgar semanalmente um caso relevante até a data de sua aposentadoria no STF. Na ocasião, segundo a Folha de S.Paulo, um ministro teria dito que "não é prudente colocar na pauta uma final de Copa por semana"⁷⁰⁵, indicando que decisões (reiteradas) dessa natureza podem trazer um "ônus" muito grande ao Tribunal. Esse episódio indica a consciência dos ministros de que, à medida que o Tribunal se afasta de forma persistente e reiterada das preferências da opinião pública – especialmente em casos de grande relevância, que costumam não passar despercebidos pelo público em geral –, ele pode estar desgastando o apoio difuso, e, conseqüentemente, comprometendo a sua própria independência.⁷⁰⁶

Como destacado anteriormente, porém, além da satisfação com decisões particulares ao longo do tempo, a manutenção da imagem do Tribunal como uma instituição imparcial e apolítica também lhe garante certa quantidade de apoio público (difuso). Como mencionado, a percepção de que a essa imagem contribui para a formação desse apoio "maior à instituição" leva à expectativa de que os ministros estarão preocupados em manter a aparência de imparcialidade e consistência, ao mesmo tempo em que serão sensíveis ao prevalecimento da opinião pública. Em pesquisa realizada por Fabiana Luci de Oliveira, em tese de doutorado, na qual a analisou 300 ADIs, decididas entre os anos de 1988 e 2003, a autora constatou que em várias dessas ADIs os ministros demonstravam preocupação com a imagem do Tribunal. Oliveira cita como exemplo a ADI 234, na qual o Min. Marco Aurélio verbalizou preocupação com a imagem do STF perante a opinião pública, ao aduzir o seguinte:

⁷⁰⁵ SELIGMAN, Felipe. STF resiste à pressão de Ayres no mensalão. *Folha de S.Paulo*, 04 jun. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/46766-stf-resiste-a-pressao-de-ayres-no-mensalao.shtml>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁷⁰⁶ Entende-se que algumas propostas de emenda constitucional e alguns pedidos de *impeachment* vistos no país no contexto pós-1988 têm mais o propósito obter "crédito" junto aos seus eleitores do que propriamente afrontar o Tribunal (e seus membros). Em um estudo sobre as legislações de restrição aos poderes do Tribunal (legislação *court-curbing*) propostas no Congresso dos Estados Unidos, e em entrevistas realizadas com parlamentares daquele país, Tom Clark constatou que muitas vezes os próprios parlamentares sabiam que as suas propostas dificilmente iriam prosperar, mas, ainda assim, as apresentaram como forma de obter "crédito" junto aos seus eleitores. Não se está sugerindo aqui, porém, que medidas dessa natureza não possam representar um perigo à independência judicial. Como sugere Tom Clark, os parlamentares têm uma conexão eleitoral com os anseios sociais, e, à medida que propostas dessa natureza crescem, isso pode demonstrar que o apoio público à Corte está em declínio. Com o tempo, o acúmulo de propostas *court-curbing* e um baixo apoio público ao Tribunal podem facilitar "afrontas institucionais". (CLARK, Tom. *The Public and Judicial Independence*. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.138 et seq.).

amanhã, julgada improcedente esta ação, os veículos de comunicação noticiarão que o Supremo é contra a privatização, porque, repito, provimento no sentido da improcedência do que requerido na inicial, implicará peias muito fortes à privatização.⁷⁰⁷

Outro exemplo citado pela autora é a votação da ADI 830, na qual o Min. Moreira Alves defendeu o Tribunal de críticas que estariam sendo veiculadas na mídia. A ação em referência foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a decisão do Congresso de antecipar o plebiscito que decidiria a forma e o sistema de governo do país. É apropriada a transcrição do pronunciamento do Min. Moreira Alves:

Senhor Presidente, antes de proferir meu voto, gostaria de fazer ligeiras considerações, tendo em vista a campanha injuriosa que se tem feito contra esta Corte. A Emenda Constitucional n.º 2 foi publicada no Diário Oficial da União de 12 de setembro de 1992. Só quase cinco meses após sua publicação é que, em meados de janeiro e no início de fevereiro de 1993, foram propostas estas três ações. Em contrapartida, este Tribunal em menos de dois meses julgou a medida liminar, julgamento em que houve, inclusive, pedido de vista que deu margem a extenso voto. Posteriormente vieram as informações, voltaram os autos à Advocacia-Geral da União para manifestar-se em face delas, e houve vista à Procuradoria-Geral da República que emitiu, com extrema rapidez, parecer sobre a arguição de inconstitucionalidade. No dia 30 de março próximo passado, elaborei o relatório e pedi dia para julgamento, cuja realização só está sendo possível nesta data por força do disposto em nosso Regimento Interno. Esta Corte, com a máxima presteza, cumpriu a tramitação legal, mas apesar disso, sem que ninguém saliente que quase cinco meses se passaram sem que houvessem sido estas ações propostas, tem ela sido criticada por julgá-las em data próxima à marcada para a realização do plebiscito, como se isso decorresse de negligência sua, e não da demora na referida propositura e na necessidade da observância da tramitação imposta pela Lei. **Espero, Senhor Presidente, que os nossos meios de comunicação divulguem esses fatos como o fizeram com as críticas infundadas a este Tribunal.**⁷⁰⁸

A partir da análise dos argumentos utilizados pelos ministros nas decisões das ADIs referenciadas, Oliveira conclui que "os ministros do STF desempenham um papel importante na política, e por causa disso *eles se preocupam com a manutenção da imagem de autoridade e de legitimidade da instituição*, reconhecendo a necessidade de se distinguirem dos demais atores políticos".⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ ADI 234/RJ, j. 22/06/1995, DJ. 15/09/1995, Rel. Min. Néri da Silveira.

⁷⁰⁸ ADI 830/DF, j. 14/04/1993, DJ. 14/04/1993, Rel. Min. Moreira Alves.

⁷⁰⁹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. p.179 (*grifo nosso*).

A preocupação dos ministros em explicar a sua posição e justificar as decisões do Tribunal como "apolíticas" também ficou evidente quando eles "responderam" diversas alegações da imprensa durante uma sessão de julgamento no caso Mensalão (AP 470). Em trabalho publicado por ocasião do julgamento, intitulado "*o julgamento e a opinião pública*", Ivar A. Hartmann retrata o episódio de forma bastante ilustrativa e sintética, e, por isso, merece destaque aqui:

Existe uma discussão sobre se os ministros do Supremo deveriam dar atenção à opinião pública durante o julgamento do mensalão. **Na sessão dessa quinta-feira, eles mesmos tomaram partido nessa polêmica: responderam diversas alegações da imprensa durante o proferimento de seus votos em plenário. O ministro Gilmar Mendes começou seu voto afirmando que o Tribunal não tem flexibilizado as garantias do devido processo penal, ao contrário do que tem sido afirmado na mídia. O presidente da Corte, ministro Ayres Britto, seguiu a mesma linha, fazendo menção a tais manifestações na imprensa e assegurando que são equivocadas, pois os ministros estariam protegendo os direitos individuais nesse julgamento da mesma maneira que sempre o fizeram. O ministro Joaquim Barbosa, que sequer iria votar nessa sessão, tomou a palavra para repudiar artigo, publicado na imprensa nacional, que teria acusado-o de conduzir o processo de forma autoritária e secreta. O relator do mensalão não revelou o autor do texto, apenas mencionou ser um juiz aposentado que atualmente é comerciante.** A polêmica do papel da opinião pública no julgamento ganhou, portanto, um elemento decisivo. Parece sem sentido perguntar se os ministros deveriam ouvir a opinião pública quando eles já estão inclusive respondendo. Mais pertinente agora é o questionamento: eles precisam responder durante seus votos ou podem fazer isso em entrevistas para a imprensa, ou inclusive nas redes sociais?⁷¹⁰

Também durante o julgamento do caso Mensalão, o Ministro Marco Aurélio demonstrou preocupação com os episódios de "bate-boca" entre os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que culminaram em acusações de "politização" e "favorecimentos" aos acusados.⁷¹¹ Em declaração à imprensa, Marco Aurélio aduziu que o episódio era algo "ruim"

⁷¹⁰ HARTMANN, Ivar A. O julgamento e a opinião pública. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento* (Supremo, mídia e opinião pública). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.40. (grifo nosso).

⁷¹¹ Em sessão em que analisavam os embargos de declaração de condenados no processo do "Mensalão", os Ministros Joaquim Barbosa e Lewandowski discutiram acerca do pedido do ex-deputado federal Bispo Rodrigues para que tivesse a pena de prisão reduzida. Em meio ao debate sobre o recurso do ex-parlamentar, Barbosa acusou Lewandowski de fazer "chicana", que no jargão jurídico significa empregar manobra para dificultar o andamento do processo. Isso ocorreu porque Lewandowski havia sugerido interromper a discussão sobre o assunto para reiniciá-la na próxima semana, mas Barbosa foi contra. Lewandowski pediu a Barbosa que se retratasse, mas este último se recusou e encerrou a sessão. (OLIVEIRA, Mariana; PASSARINHO, Nathalia. Presidente do Supremo já deve estar 'arrepentido', diz Marco Aurélio. *Globo*, 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/08/presidente-do-supremo-ja-deve-estar-arrepentido-diz-marco-aurelio.html>>. Acesso 03 dez. 2015).

ao Tribunal, porque comprometia o que ele chamou de "credibilidade" da instituição.⁷¹² Talvez não à toa, o STF mudou o seu regimento interno para deixar de julgar políticos com foro privilegiado, no Plenário do Tribunal, em sessões televisionadas. A justificativa da mudança foi a celeridade, porém, conforme notícias divulgadas na imprensa, fontes que frequentam os bastidores do Supremo garantem que uma maior discricção das deliberações pesou para o Tribunal realizar a mudança.⁷¹³ Se essa posição estiver correta, há aqui uma ação (estratégica) – e talvez forçosa – para evitar desgastes desnecessários da imagem do Tribunal no julgamento do novo conjunto de casos ligados à operação Lava Jato.

Outro caso recente em que fica evidente a ação (estratégica) do Tribunal em preservar a sua imagem de instituição imparcial e apolítica ocorreu no já citado caso da prisão do Senador Delcídio do Amaral. Como aduzido anteriormente, Delcídio foi preso porque tentava atrapalhar as investigações da Operação Lava Jato. Nos autos do caso constou que teriam havido tratativas entre Bernardo Cerveró (filho de Nestor Cerveró), o Senador Delcídio, o assessor parlamentar Diogo Ferreira, o advogado Edson Robeiro e o banqueiro André Esteves. Nessas tratativas, o Senador Delcídio vinha empreendendo esforços para dissuadir o ex-diretor da Petrobras, Nestor Cerveró, de firmar um acordo de colaboração junto ao Ministério Público Federal nas investigações da Operação Lava Jato.

Os envolvidos propunham ajuda financeira no valor de R\$ 50 mil mensais à família de Cerveró e o pagamento de R\$ 4 milhões em honorários ao advogado Edson Ribeiro por parte do banqueiro André Esteves, além da promessa de suposta influência junto ao Poder Judiciário para a concessão de liberdade a Cerveró, de forma a facilitar eventual fuga do ex-diretor da Petrobras para a Espanha, país do qual também tem cidadania.⁷¹⁴ Na conversa gravada por Bernardo Cerveró (filho de Nestor Cerveró) e entregue à Procuradoria-Geral, Delcídio do Amaral fala expressamente que teria conversado com os ministros Dias Toffoli e

⁷¹² Vejam-se as palavras do ministro: "É ruim em termos de credibilidade da instituição, é ruim em termos de entendimento que deve haver no colegiado. Não podemos deixar que a discussão descambe para o plano pessoal." (OLIVEIRA, Mariana; PASSARINHO, Nathalia. Presidente do Supremo já deve estar 'arrependido', diz Marco Aurélio. *Globo*, 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/08/presidente-do-supremo-ja-deve-estar-arrependido-diz-marco-aurelio.html>>. Acesso 03 dez. 2015).

⁷¹³ BORGES, Rodolfo. Supremo se fecha após desgastes e traumas do julgamento mensalão. *El País*, 14 jan. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122_202920.html>. Acesso em: 04 dez. 2015.

⁷¹⁴ AC 4039, Rel. min. Teori Zavascki, j. 25/11/2015.

Teori Zavascki (relator da Lava Jato) sobre o *habeas corpus* para Nestor Cerveró. O parlamentar aponta, ainda, a firme intenção de conversar com o Ministro Edson Fachin, bem como discute "estratégias de convencimento" do ministro Gilmar Mendes, indicando que pediria ao Vice-Presidente da República, Michel Temer, e ao Presidente do Senado, Renan Calheiros, que conversassem com Gilmar.⁷¹⁵

Ao analisar o pedido da Procuradoria-Geral, o Ministro Teori Zavascki decretou a prisão dos investigados⁷¹⁶, sob o fundamento de que era necessário preservar a integridade das investigações, decisão que posteriormente foi referendada, em sessão extraordinária, pelos demais membros da 2.^a Turma do STF. Muitos congressistas e juristas, no entanto, consideram a decisão inconstitucional, uma vez que o Tribunal não poderia decretar a prisão de um parlamentar no exercício do mandato, fora de situação de flagrante por crime inafiançável (art. 53, § 2.^o, CF). Porém, o relator observou que o caso em questão caracterizava um estado de crime permanente, a partir de formação de associação criminosa, com o objetivo de atrapalhar as investigações. Esse estado de permanência, segundo o Ministro Zavascki, mantinha a caracterização do flagrante para fins de prisão cautelar.

Apesar de ser difícil afirmar – como sugerem alguns – que a decisão poderia ter sido mais *branda* caso o nome do Supremo e de alguns de seus ministros não tivessem sido mencionados por Delcídio no imbróglio, pode-se dizer, pelo menos, que o "tom" empregado pelos ministros que compõem a 2.^a Turma do STF, ao confirmar a decisão proferida pelo Ministro Zavascki, fugiu do usual. Os Ministros fizeram duros discursos contra as práticas criminosas dos agentes políticos, aduziram que a imunidade parlamentar não representava "impunidade", e, em forma de "aviso", apontaram que os criminosos não passariam por cima

⁷¹⁵ Em suas razões, o Procurador-Geral, Rodrigo Janot, assim informou o STF sobre as tratativas em discussão: "Essas tratativas veicularam-se em vários encontros entre Bernardo Cerveró e os demais interlocutores mencionados. Dentre esses encontros, destaca-se – tanto por seu conteúdo quanto por ter sido gravado por Bernardo Cerveró – reunião havida em Brasília/DF, em suíte do Hotel Royal Tulip, em 4/11/2015 entre ele, o Senador Delcídio Amaral, o Chefe de Gabinete deste, Diogo Ferreira, e o advogado Edson Ribeiro. Nesse encontro, o primeiro assunto foram as possibilidades de que Nestor Cerveró viesse a ser posto em liberdade por meio de *habeas corpus*. O Senador Delcídio Amaral relatou a sua atuação – espúria ante o fato de não ser advogado e do patente conflito de interesses, mas em linha com sua promessa reiterada de interceder junto ao Poder Judiciário – perante Ministros do STF em favor de Nestor Cerveró, informando haver conversado com Vossa excelência [referindo-se a Teori] e com o Ministro Dias Toffoli. Revela, ainda, a firme intenção de conversar com o Ministro Edson Fachin, bem como promover interlocução do Senador Renan Calheiros e do Vice-Presidente Michel Temer com o Ministro Gilmar Mendes" (AC 4039, p.166).

⁷¹⁶ AC 4039, Rel. min. Teori Zavascki, j. 25/11/2015 e AC 4036, Rel. min. Teori Zavascki, j. 25/11/2015.

da Justiça e das instituições. Por exemplo, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que as prisões eram necessárias para o resguardo do Estado de Direito, e aduziu, categoricamente, que:

Na história recente da nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós, brasileiros, acreditou no mote segundo o qual uma esperança tinha vencido o medo. Depois, nos deparamos com a Ação Penal 470 e descobrimos que o cinismo tinha vencido aquela esperança. Agora parece se constatar que o escárnio venceu o cinismo. O crime não vencerá a Justiça. Aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e das iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade, impunidade e corrupção. Não passarão sobre os juízes e as juízas do Brasil. Não passarão sobre novas esperanças do povo brasileiro, porque a decepção não pode estancar a vontade de acertar no espaço público. Não passarão sobre a Constituição do Brasil.⁷¹⁷

O Ministro Gilmar Mendes destacou que estavam preenchidos os requisitos previstos no texto constitucional para a prisão em flagrante de parlamentar: "estamos diante de um caso de crime inafiançável e também caracterizada a flagrância técnica, tendo em vista que se trata de crime permanente".⁷¹⁸ Além disso, por ter sido citado como "alvo de influência" por Delcídio, o Ministro esclareceu não ter recebido qualquer "referência" ou "apelo" para ajudar Cerveró:

Não tive oportunidade de receber qualquer referência em relação a esse fato. Nós, a toda hora, conversamos, temos contato com parlamentares, é uma marca da convivência em Brasília. Conversamos sobre o quadro político, é natural que isso ocorra. Não recebi nem de parte do Presidente do Congresso ou do vice-presidente qualquer referência ou apelo em relação a esse ou a outro caso em tramitação na Corte.⁷¹⁹

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, destacou que, sob o Estado Democrático de Direito, "absolutamente ninguém está acima das leis, nem mesmo os mais poderosos agentes

⁷¹⁷ RICHTER, André; CANES, Michèlle. "Crime não vencerá a Justiça", diz ministra Cármen Lúcia. *EBC*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2015-11/crime-nao-vencera-justica-diz-ministra-carmen-lucia>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

⁷¹⁸ NOTÍCIAS STF. 2.^a turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados. *Supremo Tribunal Federal*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

⁷¹⁹ RAMALHO, Renan. STF confirma ordens para prender Delcídio Amaral e André Esteves. *Globo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/11/stf-confirma-ordens-para-prender-delcidio-amaral-e-andre-estev.es.html>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

políticos governamentais".⁷²⁰ Segundo sustentou, a ordem jurídica não pode permanecer indiferente a:

condutas acintosas de membros do Congresso Nacional, como o próprio líder do governo no Senado ou de quaisquer outras autoridades da República que hajam incidindo em censuráveis desvios éticos e reprováveis transgressões alegadamente criminosas, no desempenho de sua elevada função de representação política do povo brasileiro [...] Quem transgride tais mandamentos, não importando sua posição estamental, se patrícios ou plebeus, governantes ou governados, expõem-se à severidade das leis penais e por tais atos devem ser punidos exemplarmente na forma da lei. Imunidade parlamentar não constitui manto protetor de supostos comportamentos criminosos.⁷²¹

Por fim, o Ministro Dias Toffoli também aduziu que "o que o juiz tem que fazer é decidir de acordo com o *rule of law* (Estado de Direito), [...] Precisamos incorporar esse padrão do *rule of law* à cultura brasileira, que não pode mais ser a cultura do 'jeitinho', das tratativas ou das relações pessoais".⁷²² Como o seu nome também foi citado nas gravações, o Ministro esclareceu: "[...] jamais tive qualquer tratativa com este Senador a respeito do tema específico em que ele se *gabava* de ter tido algum tipo de conversa".⁷²³ Além disso, em entrevista ao final da sessão, quando questionado sobre a citação do nome de ministros do STF no episódio, Toffoli afirmou:

infelizmente estamos sujeitos a esse tipo de situação, pessoas que vendem ilusões. Mensageiros que tentam dizer conversei com fulano e sicrano, vou resolver sua situação. Infelizmente são situações que ocorrem. Não é a primeira vez que isso ocorre. O que importa é o seguinte: o Supremo Tribunal Federal não vai aceitar nenhum tipo de intrusão nas investigações que estão em curso e é isso que ficou bem claro na tomada dessa decisão unânime e colegiada,⁷²⁴

⁷²⁰ RAMALHO, Renan. STF confirma ordens para prender Delcídio Amaral e André Esteves. *Globo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/11/stf-confirma-ordens-para-prender-delcidio-amaral-e-andre-estebes.html>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

⁷²¹ RAMALHO, loc. cit.

⁷²² NOTÍCIAS STF. 2.^a turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados. *Supremo Tribunal Federal*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

⁷²³ NOTÍCIAS STF, loc. cit.

⁷²⁴ RAMALHO, op. cit.

Essa sucessão de eventos revela um Tribunal preocupado com a preservação de sua imagem institucional. Se não é possível afirmar que a decisão poderia ter sido mais *branda* caso o nome do Supremo e de alguns de seus ministros não tivessem sido envolvidos, as outras providências adotadas pelo Tribunal, como, por exemplo, a designação de uma sessão extraordinária para a confirmação da decisão do Ministro Zavascki, na primeira hora da manhã, adotada de forma *unânime*, tendo os ministros apresentado *justificativas* e *críticas* aos acontecimentos, em um *tom de assertividade*, sem sombra de dúvidas, mostram um Tribunal que, consciente de que situações dessa natureza podem contribuir para a redução do apoio público (difuso) – e, assim, colaborar para colocar em xeque a sua integridade institucional – atuou (estrategicamente), de forma a evitar desgastes à sua imagem.

Diante das evidências abordadas ao longo deste item, pode-se concluir que o STF vem apresentando uma tendência em se alinhar (estrategicamente) ao sentimento social no pós-1988, assim como uma preocupação em preservar a sua imagem institucional, e, por isso, pode-se afirmar que ele colaborou para a formação e vem contribuindo para manutenção do apoio público (difuso). E, assim o fazendo, conseqüentemente, ele também colabora para a preservação de sua própria independência ao longo do tempo, uma vez que, como visto, o apoio público (difuso) representa um *limitador* importante às ações políticas hostis. No entanto, toma-se como pressuposto o fato de que essa ação estratégica representa um desafio permanente ao Tribunal, que precisa ter sensibilidade constante em mantê-lo.

3.6 O problema da (não) implementação das decisões judiciais em âmbito nacional

Como se demonstrou até aqui, os atores políticos analisam os custos e os benefícios que a atuação judicial é capaz de proporcionar, assim como os *limitadores* existentes à sua ação, antes de ameaçar a independência judicial. Também se demonstrou que os juízes possuem um importante papel na preservação de sua própria independência. Entretanto, como visto no capítulo 2, *punir* os tribunais por meio de afrontas institucionais é algo grosseiro, e, por isso, os atores políticos podem se envolver em uma *resistência dirigida*, contornando ou contrariando decisões ocasionais, sem *atacar* a estrutura institucional das Cortes ou os juízes em si. Como resultado, até mesmo aqueles políticos que entendem relevante a existência de

um sistema judicial independente podem ser tentados a resistir a certas decisões.⁷²⁵ Este item será dedicado a analisar os *incentivos* que atores políticos levam em conta quando avaliam o custo-benefício de envolver-se (ou não) em uma *resistência dirigida*, o que tornará possível compreender quando há maior risco de descumprimento de decisões em âmbito nacional.

Pois bem. A história institucional do STF no pré-1988 conta com exemplos de desafios abertos às *decisões do Tribunal*, como ocorreu, por exemplo, quando o Ministro da Guerra encaminhou ofício ao STF dizendo que *não poderia soltar* Wanderkolk e parte de sua tripulação, porque o cumprimento da decisão era contrário às leis e aos estilos militares⁷²⁶; ou quando o governo publicou decreto de expulsão de estrangeiros com *data retroativa*, mesmo tendo o STF decidido que o Executivo não tinha o direito de deportar estrangeiros em tempos de paz.⁷²⁷ Há também os diversos casos de descumprimento de decisões judiciais ocorridos durante o período em que predominou a "Política dos Governadores".⁷²⁸

Contemporaneamente, porém, "*desafios abertos*" às decisões judiciais não são mais facilmente vistos e entende-se que isso está relacionado aos fatores já descritos no item 3.2.3. O maior grau de apoio público que o STF passou a desfrutar conferiu-lhe um "escudo" de proteção não apenas contra afrontas institucionais, mas também contra o descumprimento de suas decisões, uma vez que os atores políticos passaram a temer mais uma reação por parte do público (*public backlash*), que pode presentemente vir a se opor àqueles que ameaçam o Tribunal e (ou) descumprem suas decisões.

Como antes elucidado, à medida que os cidadãos valorizam a independência judicial e consideram o respeito às suas decisões como algo importante, a decisão dos agentes eleitos em resistir a uma decisão judicial pode resultar em uma perda de apoio público, e o medo de uma reação contrária (*public backlash*) pode ser um forte incentivo para que esses agentes

⁷²⁵ VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.113.

⁷²⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1. p.51.

⁷²⁷ COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.27-28.

⁷²⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.3. p.29 et seq.; e também: COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001. p.45 et seq.

sejam levados a implementar fielmente as decisões judiciais.⁷²⁹ Isso não quer dizer, porém, que não existam hoje "riscos" à implementação das decisões, mas apenas que, se um descumprimento ocorrer, ele *difícilmente assumirá uma condição de "desafio aberto"*.

Além de existir um apoio público ao Tribunal, que torne a evasão pouco atraente, deve ser suficientemente provável que os cidadãos se tornarão conscientes de uma tentativa de evasão, de modo a fazer com que a ameaça de perda eleitoral impeça *de fato* o descumprimento. Em geral, os atores políticos tenderão a evadir as decisões em situações em que eles verificam que *não existe transparência suficiente* (i. é, quando eles percebem que dificilmente serão "pegos" em uma tentativa de evasão). Sob essa luz, a "transparência" deve ser considerada um fator central para o cumprimento das decisões no pós-1988.

Existem atualmente notáveis vantagens na questão da transparência em relação ao passado, mas também algumas "fragilidades". Dentre os fatores que favorecem a transparência está a estrutura institucional da Constituição de 1988, com diversas oportunidades de escrutínio, tanto horizontalmente (entre os três poderes), como verticalmente (União, Estados e Municípios), o que permite maior monitoramento das respostas que os mais diversos atores podem dar às decisões do STF.

Outro fator que favorece a transparência das decisões do Tribunal, sem dúvida, é o aumento do número de partidos políticos. Como mencionado no capítulo anterior, em um ambiente de competição eleitoral, os partidos políticos de oposição têm interesse em chamar a atenção para evasão de decisões judiciais por parte de seus "adversários políticos", colaborando, dessa forma, para maior transparência em seu ambiente institucional.

O mesmo ocorre com o despertar dos grupos organizados, que ganharam força em âmbito nacional a partir da década de 1980. De acordo com Leonardo Avritzer, até os anos 80, o país teve uma *"baixa propensão participativa, fenômeno ligado às formas verticais de organização da sociedade política, tais como a concentração de poder na propriedade da terra e a proliferação do clientelismo no interior do sistema político na maior parte do século 20"*.⁷³⁰ Como aduzido anteriormente, grupos organizados favorecem a transparência mediante a

⁷²⁹ VANBERG, Georg. Legislative-Judicial relations: a game-theoretic approach to constitutional review. *American Journal of Political Science*, v.45, n.2, p.346-361, 2001.

⁷³⁰ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e participação no Brasil democrático. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.405-420.

sensibilização sobre uma dada questão, chamando a atenção para tentativas de descumprimento de decisões.

Outro fator que favorece a transparência das decisões judiciais atualmente é o aumento de sua publicização na mídia em geral, na TV e Rádio Justiça e por meio dos acessos ao site do STF na *internet*. Entretanto, se por um lado essa publicização é muito melhor do que foi no passado, por outro, também é certo que o conhecimento das decisões pelo público em geral é intermediado pela imprensa, e, naturalmente, só uma pequena parte das decisões gera mídia.⁷³¹ Tal circunstância leva a concluir que ainda hoje a maior parte das decisões do Tribunal não recebe (ampla) divulgação, o que constitui um fator que *pode favorecer* a resistência política ao cumprimento das decisões, e constitui, portanto, uma "fragilidade" (embora não sejam visualizados "meios" de como isso poderia – ou deveria – ser diferente).

Como visto, porém, a transparência não depende apenas do ambiente institucional e das ações de agentes externos, mas também das características do problema em mãos. Algumas decisões são simples e, por isso, o seu cumprimento é mais fácil de constatar; por outro lado, é mais difícil inferir se uma decisão judicial foi fielmente implementada em áreas mais complexas. Tratando da questão da implementação das decisões judiciais em âmbito nacional, o professor Rodrigo Brandão cita um exemplo interessante, que merece menção aqui.⁷³² Trata-se do julgamento do RE 401.953/RJ, em que o STF julgou inconstitucional a Lei n.º 2.664/1996, do Estado do Rio de Janeiro. Ao regulamentar o repasse de um quarto, dos vinte por cento, do produto do ICMS devido aos Municípios, segundo o art. 158, § único, II, da Constituição, a referida lei definiu como critérios norteadores do repasse a população, a área geográfica, receita própria, cota mínima e ajuste econômico. No entanto, ao se referir à cota destinada ao Município do Rio de Janeiro, a lei simplesmente ignorou a situação do Município, atribuindo-lhe valores "zero" para os critérios demográfico (habitantes), geográfico (área) e receita, de modo que ao referido Município não cabia qualquer participação no produto arrecadado.

Apesar da irrazoabilidade da lei, para Brandão, o que merece atenção nesse caso é que – conforme consta do acórdão – o cumprimento da decisão do STF dependia da edição de lei estadual que *viesses a normatizar o recálculo e a transferência ao Recorrente [Município do Estado do Rio de Janeiro] dos créditos pertinentes aos períodos passados, devendo prever,*

⁷³¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.265.

⁷³² *Ibid.*, p.238-239.

*ainda, compensação e parcelamento em condições tais que não implicassem aniquilamento das parcelas futuras devidas aos demais municípios.*⁷³³ Além da evidente dificuldade que a aprovação de uma lei dessa natureza apresenta (especialmente em razão do impacto orçamentário aos outros Municípios), também é certo que se trata de uma decisão mais difícil de monitorar, o que facilita a evasão por parte dos atores políticos.

Além disso, como suscitado no capítulo anterior, os decisores políticos e os juízes têm alguma influência sobre quão fácil ou difícil será o cumprimento de uma decisão. De modo especial, os juízes podem tentar aumentar a sua "clareza", pois, assim, mais difícil será aos atores políticos evadirem a ordem judicial.⁷³⁴ No entanto, Lawrence Baum afirma que a "clareza" às vezes pode não ser suficiente, já que a implementação pode ser dificultada por fatores alheios à vontade dos juízes.⁷³⁵ Entende-se que algumas características citadas por Baum podem trazer alguns problemas à implementação das decisões em âmbito nacional, dentre as quais:

- (i) *o sistema de deliberação da Corte pode gerar ambiguidades às decisões:* no modelo de deliberação externa presente em âmbito nacional, os juízes não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra. O trabalho é individual e isolado, de modo que eles já estão com o seu convencimento formado quando comparecem às sessões de julgamento, tornando mais difícil que sejam feitas concessões e (ou) adotada uma "decisão única, institucional, clara, objetiva e de consenso".⁷³⁶ Além disso, tendo em vista que apenas o dispositivo da decisão faz coisa julgada (art. 469, CPC), não são colhidos votos em relação aos fundamentos das decisões, daí ser "difícil extrair a tese jurídica perfilhada pela composição majoritária do Tribunal a partir dos diversos votos acostados no processo".⁷³⁷ Conforme sintetiza Conrado Hübner Mendes: "se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem

⁷³³ RE 401.953/RJ, j. 16/05/2007, DJ. 21/09/2007, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁷³⁴ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005. p.47-48.

⁷³⁵ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisversitária, 1987. p.314.

⁷³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.265-266.

⁷³⁷ BRANDÃO, loc. cit.

resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros"⁷³⁸;

- (ii) *as decisões incongruentes que a Corte profere ao longo do tempo podem gerar confusões*: tal característica pode ser um fator capaz de gerar problemas de implementação de decisões judiciais, especialmente em âmbito nacional, em que – conforme sustentam Adriana Vojvodic e outras – nem sempre há por parte dos ministros do STF uma preocupação com precedentes anteriores. Para as autoras, isso ocorre, sobretudo, em temas politicamente relevantes, pois, em causas simples e em demandadas repetitivas essa preocupação é mais evidente⁷³⁹;
- (iii) *a comunicação das decisões pode falhar*: é comum presumirmos que as autoridades (ou o público) que são afetadas pelas decisões do STF se tornam automaticamente cientes delas. Apesar de ter havido um aumento da publicização das decisões do Tribunal, porém, entende-se que nem todas chegam ao conhecimento de algumas autoridades (e do público). Além disso, os meios de comunicação podem muitas vezes não compreender exatamente o seu conteúdo, e (ou) informar erroneamente o seu teor, trazendo alguma dificuldade na sua implementação.

Apesar desses fatores, em geral, pode-se dizer que a dinâmica destricta por Vanberg é também verificável em âmbito nacional. O apoio público demonstra ser um incentivo-chave para fazer com que os atores políticos cumpram as decisões judiciais, desde que seja provável que os cidadãos se tornarão conscientes de uma eventual tentativa de evasão (i. é, desde que o ambiente político seja suficientemente transparente). Em geral, é possível notar que: (i) em casos em que *não há* grande conscientização pública (e (ou) interesse) sobre uma questão, há maior espaço para que os atores políticos busquem evadir as decisões que consideram desagradáveis; (ii) em casos em que *há* grande conscientização pública (e (ou) interesse), comportamentos evasivos são mais improváveis de acontecer (e, quando ocorrem, confirmando a teoria de

⁷³⁸ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de S.Paulo*, 1.º fev. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

⁷³⁹ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.5, n.1, p.21-44, jan./jun. 2009.

Vanberg, analisada no capítulo anterior, geralmente estão relacionados a questões orçamentárias e (ou) políticas centrais aos interesses dos agentes eleitos).

Um caso em que não havia grande conscientização, e que, por isso, a evasão restou facilitada, ocorreu com a decisão limitar do Ministro Marco Aurélio no RE 30.357.⁷⁴⁰ Antes que o STF se posicionasse definitivamente sobre a quem pertenciam as vagas abertas na Câmara, pelo afastamento dos seus titulares, no caso de vacância, renúncia, ou licença do candidato eleito, i. é, se as vagas deveriam ser preenchidas pelos suplentes do partido ou da coligação⁷⁴¹, o Ministro Marco Aurélio, em decisão liminar, determinou a posse do suplente do partido. Porém, a Câmara não cumpriu a decisão, resistindo em dar posse aos suplentes do partido, o que fez com que o Ministro encaminhasse pedido de providências ao presidente da Corte e ao Ministério Público Federal. Neste caso, não havia grande conscientização (e (ou) interesse público), e, ao que se infere, isso "facilitou" a evasão.

É interessante nesse episódio a crítica pública feita pelo Ministro Marco Aurélio à postura da Câmara, a qual merece destaque aqui:

Nunca vi isso. A Câmara resiste em cumprir uma decisão do STF. Qual o norte para o cidadão comum? Isso é algo preocupante. **Não temos tanques para colocar lá e fazer cumprir a decisão. Agora, não pode ficar com essa desmoralização.**⁷⁴²

Além desse caso, existem outros diversos episódios de descumprimento de decisões do STF, que envolveram menor conscientização (e (ou) interesse público), os quais também

⁷⁴⁰ MS 30.357/DF, j. 12/02/2011, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷⁴¹ Como é de conhecimento cediço, o STF reconheceu a "infidelidade partidária", garantindo aos partidos políticos o direito de preservar a vaga do candidato eleito sob a sua legenda, no caso de sua desfiliação e transferência para outro partido (ADI 3.999/DF, j. 12/11/2008, DJ. 17/04/2009, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Posteriormente, o STF foi instado a dizer se, no caso de vacância, renúncia, ou licença do candidato eleito, a vaga pertence ao partido ou a coligação partidária formada nas eleições. Em um primeiro momento, e em sede cautelar, o STF decidiu que a vaga deveria ser preenchida pelo suplente pertencente ao partido político do parlamentar afastado (MC em MS 29.988/DF, j. 09/12/2010, DJ. 07/06/2011, Rel. Min. Gilmar Mendes). Porém, depois disso, e de forma definitiva, o Tribunal entendeu que a vaga deveria ser do suplente dentro da coligação partidária formada (MS 30.260/DF, j. 27/04/2011, DJ. 30/08/2011, Rel. Min. Cármen Lúcia). Recentemente, o STF decidiu que não se aplica aos cargos do sistema majoritário de eleição (prefeito, governador, senador e presidente da república) a regra de perda do mandato em favor do partido, por infidelidade partidária, referente aos cargos do sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais). (Ver: ADI 5081, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/05/2015, DJ. 19/08/2015).

⁷⁴² FALCÃO, Márcio. *Ministro do STF pede providência contra resistência da Câmara. Folha de S.Paulo*, 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/890577-ministro-do-stf-pede-providencia-contra-resistencia-da-camara.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

tiveram a evasão "facilitada". Citem-se, por exemplo, o caso da ADI 3.853⁷⁴³ e também da ADI 4.843⁷⁴⁴.

Por outro lado, em casos de grande conscientização pública (e (ou) interesse), comportamentos evasivos *são mais improváveis de acontecer*, e, quando ocorrem – confirmando a teoria de Vanberg –, geralmente estão ligados a questões que envolvem altos custos aos agentes políticos, normalmente relacionados a questões orçamentárias e políticas (centrais aos interesses das maiorias eleitas). Nesses casos, porém, é possível notar que os juízes não estão alheios à possibilidade de evasão, e, muitas vezes, tentam reduzir os custos das decisões: (i) permitindo, por exemplo, a continuidade de uma lei específica até que uma lei nova seja elaborada pelo legislador; (ii) estabelecendo, por exemplo, um prazo para que uma dada lei seja revista (o que aumenta a transparência e a pressão sobre a maioria eleita) etc.

Em âmbito nacional, dois exemplos podem ser citados nesse sentido. O primeiro é o caso da "*criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios*". Em razão da omissão legislativa em elaborar a Lei Complementar exigida pela Constituição (com alterações da EC 15), para a criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, o STF estipulou o prazo de 18 meses para que o Congresso editasse a lei complementar. Neste

⁷⁴³ Esse caso é citado por Rodrigo Brandão, e, segundo sintetiza o autor, a ADI 3.853 foi "proposta em face da Emenda n. 35 à Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, que instituiria *subsídio mensal e vitalício aos ex-Governadores daquele Estado, de natureza idêntica ao percebido pelo atual chefe do Poder Executivo estadual e pensão ao cônjuge supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo titular*. A fixação de pensões a ex-governadores e a seus parentes, sem a estipulação de um tempo mínimo de contribuição para o sistema previdenciário dos servidores estaduais ou mesmo de um período razoável de permanência no cargo, pareceu ao STF afrontar *o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos, visto que no vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios*. Todavia, as manchetes dos principais jornais brasileiros nos dão notícia de que, apesar de o STF ter proferido tal decisão em 2007, atualmente se mantêm proventos e pensões em favor de ex-governadores e parentes, inclusive em favor de indivíduos que ocuparam o cargo por período ínfimo de tempo, em substituição eventual ao titular do cargo" (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.265; ver também notícia: CARNEIRO, Luiz Orlando. OAB ajuíza terceira ação no STF contra pensões para ex-governadores. *Jornal do Brasil*, 1.º fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/02/01/oab-ajuiza-terceira-acao-no-stf-contra-pensoes-para-ex-governadores-2/>>. Acesso em: 29 abr. 2015).

⁷⁴⁴ Na ADI 4843, o Ministro Celso Mello havia suspendido, em caráter cautelar, dispositivos da Lei Estadual nº 8.186/2007, que atribuía a ocupantes de "cargo em comissão" o exercício das funções de representação judicial e de consultoria jurídica do governo estadual. Apesar da liminar na ADI 4843 ter sido concedida em dezembro de 2013 (e publicada em 03/02/2014), em 8/03/2014 e 4/04/2014, o Governador da Paraíba editou atos de nomeação a diversos servidores comissionados. A Associação Nacional dos Procuradores de Estado (ANAPE) ajuizou a Reclamação n.º 17601, com pedido liminar, perante o STF, contra os atos do Governador da Paraíba. Na ação, a ANAPE pede, além da suspensão dos atos de nomeação, que o Governador cumpra a decisão cautelar proferida na ADI 4843 (RCL 17601, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; e ADI 4843, Rel. Min. Celso Mello).

meio tempo, o Tribunal foi confrontado com várias ADI(s) sobre a mesma temática. Tomando como pressuposto o fato de que o Congresso cumpriria o prazo estabelecido, o Supremo declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais que criavam os Municípios, proclamando efeitos prospectivos para a declaração pelo prazo de 24 meses. O tempo fixado deveria ser suficiente para permitir que, editada a LC, cujo prazo era de 18 meses, o legislativo estadual se manifestasse e respeitasse o novo parâmetro constitucional. Ocorre que o Congresso não cumpriu o prazo de 18 meses fixado pelo STF, e, por não ter conseguido editar a lei complementar no referido lapso temporal, produziu uma emenda casuística (EC n. 57/08)⁷⁴⁵, convalidando uma série de leis que criaram Municípios.

O que deve ser destacado desse caso é que o Tribunal estava ciente do risco de evasão, tanto é que estabeleceu prazo para o cumprimento da ordem judicial, aumentando, assim, a transparência do caso. Como a questão envolvia um "alto custo" aos atores políticos (questão orçamentária), mesmo com os "cuidados" do Tribunal, esses atores acabaram não cumprindo com a determinação (a não ser pela edição da 57/08). Apesar de, em geral, o aumento da conscientização pública (ou interesse) diminuir as chances de descumprimento, tomando como base a teoria de Vanberg, quando o "custo" das decisões é muito "alto" aos atores políticos, a tendência é a de que eles estejam cada vez mais dispostos a resistir a essas ordens e participar de manobras evasivas. O "alto custo" fica evidente no caso em análise, pois até hoje não foi aprovada a LC exigida pela EC 15/96, alegando-se justamente o aumento das despesas públicas.⁷⁴⁶

Outro caso semelhante ocorreu no caso do "*Fundo de Participação dos Estados*". Em fevereiro de 2010, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 2.º, da LC 62/89, que definia critérios de rateio do fundo. O Tribunal decidiu que esses critérios só teriam efeito até

⁷⁴⁵ A Emenda Constitucional n.º 57, de 18 de dezembro de 2008, acrescentou o art. 96 ao ADCT, o qual aduz o seguinte: "ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação".

⁷⁴⁶ O projeto de LC foi proposto em 2008 pelo Senado, contudo, sofreu alterações na Câmara, e voltou ao Senado em 2013, tendo sido aprovado no mês de outubro do ano de 2013. Foi encaminhado para a sanção presidencial, mas foi integralmente vetado pela Presidente Dilma, que considerou que a medida oneraria os cofres públicos (com a criação de muitos municípios). Em 05 de agosto de 2014, o Congresso encaminhou novamente um projeto que estabelece novas regras para criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios para a sanção presidencial, porém, mais uma vez, em 27 de agosto de 2014, a Presidente Dilma vetou integralmente o projeto, novamente pelo motivo do aumento das despesas públicas. (JUNGBLUT, Cristiane. Dilma veta, pela segunda vez, proposta de criação de novos municípios. *O Globo*, 27 ago. 2014.

31 de dezembro de 2012, e que a partir dessa data outra lei, definindo novos critérios, deveria entrar em vigor.⁷⁴⁷ Mas, como se sabe, o prazo não foi observado pelo Congresso. Além da complexidade da matéria, notícias veiculadas nos meios de comunicação apontaram para o fato de que o descumprido do prazo fixado decorreu, em parte, porque muitos Senadores tinham o interesse em se candidatar para o cargo de governador nas eleições de 2014, e, visando montar seus programas eleitorais, vários parlamentares estariam lutando por maiores receitas nos seus Estados e não queriam ser responsáveis pela perda de rendimentos.⁷⁴⁸ Em razão do descumprimento do prazo pelo Congresso, em janeiro de 2013, uma nova ação foi ajuizada pelos governadores dos Estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco⁷⁴⁹, requerendo a manutenção dos critérios de distribuição do FPE fixados pela LC62/89, até que fossem adotadas providências pelo Congresso para disciplinar a matéria.

O então presidente em exercício do STF, o Min. Ricardo Lewandowski, determinou que o Congresso se manifestasse. Em resposta, o presidente do Congresso, José Sarney, afirmou que não houve 'omissão' do Legislativo e que não se justificava a 'intervenção' do Judiciário em atividades legislativas.⁷⁵⁰ Em face da situação de impasse, o Min. Lewandowski prorrogou o prazo por mais 150 dias. A omissão do Congresso foi amplamente noticiada na mídia, e, depois disso, o Congresso votou a questão de forma rápida (porém estabeleceu que os critérios de distribuição do Fundo permaneceriam os mesmos até 2015). O fato a ser destacado nesse episódio é que, mais uma vez, o descumprimento do prazo estabelecido se deu em uma questão orçamentária. Os ministros não estavam alheios à possibilidade de descumprimento, tanto é que estabeleceram – duas vezes seguidas – prazo para o cumprimento

Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/dilma-veta-pela-segunda-vez-proposta-de-criacao-de-novos-municipios-13746205>>. Acesso em: 30 abr. 2015).

⁷⁴⁷ A decisão foi provocada por quatro ADIs, ajuizadas pelo Rio Grande do Sul (ADI 875), Mato Grosso e Goiás (ADI 1987), Mato Grosso (ADI 3243) e Mato Grosso do Sul (ADI 2727).

⁷⁴⁸ MACHADO, Gustavo. "Interesses eleitorais impedem votação do FPE". diz senador. *Brasil Econômico*, 27 mar. 2013. Disponível em: <http://brasileconomico.ig.com.br/noticias/interesses-eleitorais-impedem-votacao-do-fpe-diz-senador_130292.html>. Acesso em: 09 nov. 2013.

⁷⁴⁹ Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 23, Distrito Federal.

⁷⁵⁰ Veja-se trecho do ofício encaminhado por José Sarney: "Não há omissão inconstitucional do Congresso Nacional como apontam os Requerentes, já que têm curso regular nas Casas Legislativas Projetos de Lei Complementar destinados a disciplinar a forma de distribuição dos recursos do FPE, não havendo, portanto, inércia do Poder Legislativo, a justificar qualquer intervenção do Poder Judiciário em suas atividades típicas, em atenção ao princípio da separação dos poderes" (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/BLOG/upload/pdf/2013/OFP038%20ADIO%2023.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2013).

da ordem (aumentando a transparência), o que certamente colaborou para dar transparência ao caso e para que a "implementação" fosse levada a cabo, ainda que de forma "tardia".

Por fim, cumpre analisar um último ponto: a análise estratégica a partir da perspectiva do Tribunal. Como destaca Vanberg, a evasão é cara às Cortes, e, por isso, quando elas verificam que a possibilidade de "evasão" é alta, elas tendem a ser menos "agressivas". Por outro lado, em situações em que elas antecipam que o apoio público e a transparência são altos, ainda que a possibilidade de evasão seja alta, as Cortes podem ser mais "agressivas". Essa tendência também parece se verificar em âmbito nacional. Por exemplo, o STF assumiu uma postura menos "agressiva" no caso do "Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade"⁷⁵¹, no qual sabia que a sua decisão poderia ter a *eficácia reduzida*. Tal atitude menos "agressiva" também costuma ocorrer, com certa frequência, nos pedidos de intervenção federal decorrentes do não pagamentos dos precatórios pelos Estados⁷⁵², porque o Tribunal sabe que a sua decisão pode ser simplesmente *desconsiderada*.

⁷⁵¹ Trata-se da ADI 4029, j. 08/03/2012, DJ. 27/06/2012. Em 07 de março de 2012, o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade parcial da lei que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). A referida ADI questionava o rito pelo qual foi aprovada a Medida Provisória (MP) que se transformou na Lei n.º 11.516/07, e que criou o Instituto. Durante o julgamento do caso, a Corte contava com 9 dos 11 Ministros, e por 8 votos contra 1, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, §1º e 2º, da Resolução 1/02 do Congresso, visto que tais dispositivos não respeitavam os termos exigidos pelo artigo 62, parágrafo 9.º da Constituição, que estabelece que: "cabará à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional". O acolhimento da ADI foi parcial porque a decisão não extinguiu o Instituto Chico Mendes. O STF utilizou-se do expediente da 'modulação dos efeitos da decisão' e concedeu 24 meses para que o Congresso regularizasse a situação. Evitou-se, desse modo, a destituição de um fato consumado, o qual poderia gerar insegurança jurídica. Porém, de forma surpreendente, no dia seguinte, por 7 votos contra 2, os Ministros acataram uma questão de ordem levantada pela Advocacia Geral da União (AGU) e voltaram atrás na decisão proferida no dia anterior, de modo que a lei que criou o instituto foi validada. Conforme o texto divulgado pelo STF em 08 de março de 2010, a declaração de inconstitucionalidade passou a ter 'eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia', ou seja, apenas dali para frente o Congresso deveria seguir o trâmite previsto na Constituição. O que provocou essa mudança de posicionamento foi a notícia trazida pela AGU – em questão de ordem – de que existiam à época cerca de 500 MPs convertidas em Lei de modo irregular, entre elas, a do "Bolsa Família" e da "Minha Casa, Minha Vida".

⁷⁵² Cite-se como exemplo o pedido de Intervenção Federal n.º 5101, do Estado do Rio Grande do Sul. O pedido em questão foi julgado improcedente, por maioria dos votos, em sessão plenária do Supremo, realizada em março de 2012. No julgamento do pedido, o Ministro relator Cezar Peluso votou por sua improcedência, considerando que as dificuldades financeiras enfrentadas pela administração pública do Estado do Rio Grande do Sul impediam, temporariamente, a quitação das suas dívidas. A maioria dos Ministros acompanhou o voto do relator. Alguns ministros deixaram clara a posição de que nada adiantaria a decretação da intervenção se o Estado não dispunha de 'dinheiro suficiente' para honrar as suas dívidas. O Min. Gilmar Mendes, aduziu: "decretar a intervenção federal nesse contexto, [...] é como tentar verificar se há gasolina no tanque com fósforo; porque nós vamos levar à explosão deste País. É disso que se cuida. Vamos mandar um interventor para o estado, sem dinheiro, para fazer pagamento a quem e em que condições?". O Min. Lewandowski também asseverou: "o orçamento é extremamente limitado, e uma intervenção no estado ou no município para que se pague um precatório compulsoriamente não é o instrumento adequado". E lançou uma reflexão:

Em contrapartida, quando o STF percebe que conta com apoio público e transparência, ainda que o risco de evasão seja alto, ele pode ser levado a enfrentar as maiorias. Isso parece ficar claro no caso da "cassação dos mandatos dos condenados do mensalão"⁷⁵³. Como amplamente divulgado pela mídia na ocasião, o Plenário decidiu que os deputados condenados na Ação Penal (AP) 470 que ainda tinham mandato⁷⁵⁴ perderiam os seus cargos com o trânsito em julgado do acórdão. A sessão de julgamento inicial, na qual o STF decidiu sobre a perda automática do mandato parlamentar, acabou em empate. Faltava, para a resolução da matéria, o voto do Min. Celso Melo, que não havia comparecido na sessão por motivos de saúde.

Nesse lapso de tempo em que a matéria permaneceu 'empitada', o então presidente da Câmara, o deputado Marco Maia (PT-RS), deu declarações públicas dizendo que a Casa poderia não cumprir a decisão caso o STF decidisse determinar a perda dos mandatos dos condenados no caso Mensalão.⁷⁵⁵ Não cedendo a pressões, porém, com o voto do Min. Celso de Melo⁷⁵⁶, o Supremo se posicionou definitivamente pela perda automática dos mandatos. Ou seja, mesmo em um contexto em que existia um risco (declarado) de descumprimento da decisão, o Tribunal enfrentou a "maioria" e posicionou-se de forma "impositiva". Entende-se que esta foi uma situação em que o apoio público e a transparência eram elevados, e, mesmo a possibilidade de evasão sendo alta, conforme as declarações públicas aludidas, o Tribunal decidiu mais "agressivamente", não recuando em determinar a cassação dos mandatos.

"Imagine [...] se decretássemos a intervenção no município, no caso, no Estado do Rio Grande do Sul. O que faria o interventor? O interventor estaria sujeito às mesmas limitações que está hoje o governador". Ainda nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia relembrou um caso ocorrido na década de 1950, quando houve a tentativa de 'greve' por parte dos professores (pelo menos 'ameaça' de greve, porque o direito não era constitucional). Segundo a Ministra: "foi-se dizer ao então governador de Minas, Milton Campos, se era o caso de mandar a polícia para acabar com aquela movimentação dos professores, ao que ele perguntou: 'Não era melhor mandar, ao invés do carro de polícia, o trem pagador?'. Após a sua alocução, Gilmar Mendes indagou: 'O trem pagador?'. E a Ministra concluiu: 'Porque a polícia não vai resolver o problema'".

⁷⁵³ Cf. NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p.306-307.

⁷⁵⁴ Valdemar Costa Neto (PR-SP), Pedro Henry (PP-MT), João Paulo Cunha (PT-SP) e José Genoino (PT).

⁷⁵⁵ MORA, Marcelo. Marco Maia diz que Câmara pode não cumprir decisão do Supremo. *Globo*, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/12/marco-maia-diz-que-camara-pode-nao-cumprir-decisao-do-supremo.html>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

⁷⁵⁶ Na ocasião, o Min. Celso Melo asseverou que reações corporativas ante decisões desfavoráveis são "intoleráveis e inadmissíveis", e que o STF tem a última palavra sobre a interpretação da Constituição. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226883>>. Acesso em: 11 nov. 2013).

Em suma, neste item constatou-se que, pelas mesmas razões descritas no item 3.2.3, isso é, em razão do maior apoio público, o STF passou a desfrutar de um "escudo" de proteção, não apenas em face de "afrentas institucionais", mas também do descumprimento de suas decisões. No pós-1988, o apoio público conquistado tem feito com que os atores políticos, que temem a "perda eleitoral", apenas levem adiante medidas dessa natureza em situações em que verificam que *não existe transparência suficiente*. Sob essa luz, a "transparência" passa a ser um fator central para a implementação das decisões judiciais no pós-1988.

A análise aqui desenvolvida constatou que existem hoje notáveis vantagens na questão da transparência em comparação ao quadro que se via no passado, mas também algumas "fragilidades". Verificou-se ainda que, em geral, a dinâmica descrita por Georg Vanberg é verificada em âmbito nacional, i. é, o apoio público é um incentivo-chave para fazer com que os atores políticos cumpram as decisões judiciais, mas desde que seja provável que os cidadãos se tornarão conscientes de que uma eventual tentativa de evasão será "pega". É possível constatar que: (i) nos casos que não envolvem grande conscientização pública (ou interesse) sobre uma questão, há maior espaço para que os atores políticos busquem evadir as decisões *desagradáveis*; e (ii) em casos de grande conscientização pública (ou interesse), comportamentos evasivos são mais improváveis de acontecer (e, quando ocorrem – confirmando a teoria de Vanberg –, geralmente estão relacionados a questões que envolvem "altos custos" aos agentes políticos).

3.7 Conclusões parciais

Neste capítulo buscou-se aplicar os pressupostos teóricos abordados no capítulo anterior à história institucional do STF, elucidando por que os atores políticos respeitaram (ou não respeitaram) a independência do Tribunal (e de seus ministros) em alguns momentos no tempo e em outros não, e por que eles vêm adotando uma postura geral de respeito no pós-1988.

Nos períodos de exceção, verificou-se que os líderes autoritários tiveram incentivos para manter o STF funcionando e conferir a ele certo grau de discricionariedade, a fim de que atuasse em assuntos de seu interesse. Porém, tais líderes não podiam conferir discricionariedade *ampla* ao Tribunal, uma vez que a sua atuação em assuntos sensíveis poderia levar ao enfraquecimento ou até mesmo à derrocada do regime. O fato de os ditadores

não poderem – e às vezes não quererem – aceitar a ação judicial independente em todos os assuntos, visando a autopreservação, em alguma medida explica o fato de a independência do STF e de seus membros não ter sido respeitada durante a Era Vargas e a Ditadura Militar, bem como confirma o pressuposto de que, nesse tipo de regime, a tendência geral *esperada* é a de que sempre existam interferências impróprias sobre a esfera judicial.

Embora necessária para que os atores políticos possam – ou estejam dispostos a – respeitar a independência judicial de uma *forma plena*, viu-se que a democracia em si não é suficiente para que a independência seja preservada *na prática*, pois, mesmo em períodos democráticos, o STF e seus membros foram desrespeitados em variados momentos. Como sustentado, além de estar ligada a questões afetas ao regime político, a ação dos atores políticos em respeitar (ou não) a independência do STF e de seus ministros, em regimes democráticos, está também ligada aos *custos* decorrentes da atuação judicial, à fragmentação do poder político e ao apoio público que o Tribunal desfruta em um dado momento político-institucional.

Constatou-se que, durante o período da República Velha, o STF assumiu uma postura proativa frente aos governos da ocasião, anulando uma série de políticas legislativas e (ou) decisões importantes. Tratou-se, portanto, de um período em que, em vários momentos, os *custos* da atuação judicial estavam "em alta" em relação aos *benefícios* que ela proporcionava. Neste ambiente, presumivelmente, os atores políticos se sentiram motivados a promover afrontas institucionais contra o Tribunal (e seus membros). Apesar de essas ações políticas poderem ser mitigadas pela existência de fragmentação política e (ou) de apoio público (difuso) ao Tribunal, a fragmentação do poder político era bastante escassa durante toda a República Velha, facilitando que fossem levadas adiante afrontas institucionais, o que foi reforçado pela ausência de um apoio público (difuso) ao Supremo. Não por acaso, nesse período existiram vários episódios de afrontas institucionais.

A seu turno, a República de 1946 foi o período histórico democrático em que o Tribunal mais assumiu uma postura autocontida. Como o STF não anulou de forma reiterada políticas legislativas e (ou) decisões importantes para o governo, mas, ao contrário, preservou-as, a República de 1946 constituiu um período em que os *benefícios* que a atuação judicial proporcionava aos atores políticos estavam "em alta" em relação aos *custos* dela decorrentes. Em um contexto com essas características os atores políticos, presumivelmente, não tiveram motivação para promover afrontas institucionais ao Tribunal (e seus membros). Isso porque: quando os atores políticos concluem que os *benefícios* que a atuação judicial proporciona são maiores do que os *custos* que ela impõe, a tendência geral esperada é a de que esses atores

respeitem o sistema judicial. Não à toa, não são relatadas afrontas institucionais graves ao STF (e aos seus membros) durante esse período.

A seu turno, no período Pós-1988, o STF atuou (e ainda poderá a atuar) de forma proativa na restrição dos poderes políticos. Por isso, apesar dos benefícios que o Tribunal proporciona a esses atores, eles possivelmente se sentiram (e ainda poderão se sentir) motivados a afrontar a independência judicial, tendo em vista o eventual aumento dos *custos* que a atuação judicial pode representar em relação aos *benefícios* que ela proporciona. Porém, ainda que atores políticos tenham nutrido (ou venham a nutrir) ânimo para promover medidas de afronta à independência, eles encontraram (e ainda tenderão a encontrar) dificuldade para fazê-lo com algum êxito. Isso porque o contexto atual apresenta grande fragmentação política, dificultando que medidas de retaliação contra o STF sejam levadas adiante. Não obstante, o Tribunal desfruta atualmente de um grau reconhecido de apoio público (difuso), o qual tende a fazer com que atores políticos recuem diante de eventuais medidas hostis, tendo em vista o temor de perda eleitoral.

Analisados os *riscos e as possibilidades* à independência no pós-1988, averiguou-se que, quanto mais o Supremo decidir contra as maiorias políticas e (ou) em questões importantes aos seus interesses, mais os atores políticos se sentirão motivados a afrontar a sua independência. Entretanto, essa motivação tende a ser mitigada por dois *limitadores*: a fragmentação do poder e o apoio público (difuso). Como visto, em âmbito nacional há uma tendência em se manter um elevado grau de fragmentação política. Mas, ainda que isso ocorra, a manutenção da independência depende que o *limitador* "apoio público difuso" seja também preservado. Isso porque, por mais que exista a fragmentação do poder, quando o apoio público (difuso) *diminui*, os atores políticos podem conseguir mais facilmente *reunir esforços* para aprovar legislações e (ou) levar adiante outras medidas hostis contra o Tribunal (e seus membros). Concluiu-se, assim, que o apoio público (difuso) é um fator determinante para a manutenção da independência do STF no pós-1988, e, se não fosse o risco de perda eleitoral, os parlamentares poderiam – *reunindo esforços* – avançar em ações políticas invasivas quando insatisfeitos com os *custos* decorrentes da atuação judicial.

Além disso, constatou-se que, no pós-1988, o STF vem apresentando uma tendência em se alinhar (estrategicamente) ao sentimento social, assim como uma preocupação em preservar a sua imagem institucional, e, por isso, ele colaborou para a formação e vem contribuindo para manutenção do apoio público (difuso). E, assim o fazendo, conseqüentemente, também colabora para a preservação de sua própria independência, uma vez que, como é cediço, o apoio público (difuso) representa um *limitador* importante contra ações políticas

hostis. No entanto, essa ação estratégica representa um *desafio permanente* ao Tribunal (e a seus membros), que precisa ter a sensibilidade e o cuidado constantes com a manutenção desse apoio público, não se afastando demais e de forma reiterada das posições públicas e mantendo de forma incólume a sua imagem de instituição imparcial e apolítica.

Por fim, demonstrou-se que o maior apoio público conquistado pelo STF no pós-1988, além de colaborar para a preservação da sua integridade institucional e à ação livre de seus juízes, também contribui para a implementação de suas decisões. O apoio público conquistado tem feito com que os atores políticos, que temem a "perda eleitoral", apenas levem adiante medidas dessa natureza em situações em que eles verificam que *não existe transparência suficiente*. Sob essa luz, a "transparência" passa a ser um fator central para o cumprimento das decisões judiciais no pós-1988. Verificou-se que: (i) nos casos que não envolvem grande conscientização pública (ou interesse) sobre uma questão há maior espaço para que os atores políticos busquem evadir as decisões *desagradáveis*; e (ii) em casos de grande conscientização pública (ou interesse), comportamentos evasivos são mais *improváveis* de acontecer (e, quando ocorrem – confirmando a teoria desenvolvida por Georg Vanberg –, geralmente estão relacionados a questões que envolvem "altos custos" aos agentes políticos).

CONCLUSÃO

Proposições objetivas

À guisa de conclusão, apresenta-se uma breve síntese, a partir da ordem de disposição dos capítulos, dos objetivos, conceitos, ideias e proposições desenvolvidas neste estudo.

I

1. A independência judicial apresenta duas diferentes dimensões, as quais estão muitas vezes entrelaçadas, mas que são bastante discerníveis entre si. A primeira diz respeito à esfera do juiz individualmente e é caracterizada pela *ausência de vínculos entre os juízes e os titulares de cargo* (i. é, os juízes são independentes quando não estão influenciados por sanções, ameaças de sanção ou promessas de recompensa feitas por atores políticos em retorno às suas decisões/posições). Essa inexistência de vínculos é almejada para que juízes atuem com liberdade de critério e autonomia intelectual, a partir de suas convicções do que é devido e justo, e não a favor ou contra algum litigante ou interesse especial. Essa dimensão está fortemente relacionada ao conceito de imparcialidade judicial.
2. A segunda dimensão diz respeito à esfera do Poder Judiciário, como instituição, pois o princípio da independência judicial, além de um relativo insulamento funcional daqueles responsáveis pela administração da justiça, demanda uma verdadeira – ainda que relativa – separação de poderes. A independência, sob essa dimensão, é caracterizada pela *ausência de meios de subordinação entre os ramos*, de modo que cada ramo possa cumprir uma função própria, como um *autêntico poder político, dotado de força e autonomia*. Essa dimensão está relacionada à ideia de equilíbrio e difusão de poderes, característica que se procurou garantir quando, desde o século XVIII, foram idealizados três poderes diferenciados e autônomos/independentes.
3. A independência não é valorizada por si própria, mas é almejada no processo político para ser um instrumento capaz de garantir os valores centrais do constitucionalismo. O governo constitucional é um governo limitado, e acadêmicos têm igualmente considerado a *judicial review* um

mecanismo central para a restrição sobre o poder político e para a preservação dos princípios de justiça. Evidentemente, não faria sentido um contrapeso, uma força destinada a cuidar dos valores superiores estabelecidos na Constituição, se aquele que deveria controlar está, na verdade, sendo controlado, seja sobre a esfera individual ou institucional. Para ser eficaz, portanto, este mecanismo requer tanto juízes suficientemente independentes, que atuem a partir de suas posições do que é devido, quanto um Judiciário suficientemente autônomo, cuja estrutura, composição, atividades e decisões sejam preservadas/cumpridas. A independência, assim, é avaliada principalmente a partir dos limites que pode impôr sobre o poder político e como condição à preservação dos princípios de justiça.

4. Apurou-se que o respeito à independência do STF e de seus membros modificou-se ao longo do tempo. Durante a República Velha, Era Vargas e Ditadura Militar, a independência não foi respeitada em vários momentos. Antecipando ou reagindo à restrição de seus poderes, em diversas ocasiões os atores políticos ameaçaram, vilipendiaram e atacaram o Tribunal (e seus ministros), ou, quando não concordaram com as suas determinações, as desconsideraram. Por outro lado, durante a República de 1946 e no Pós-1988, a independência do STF e de seus ministros foi respeitada em maior grau (o que vem ocorrendo até o momento). No entanto, ao contrário do que ocorreu durante a República de 1946, em que o Tribunal não se voltou a restringir o governo em questões centrais ao seu interesse, no pós-1988 o Tribunal passou a fazê-lo com maior evidência.
5. Apesar de os atores políticos terem assumido uma postura geral de respeito à independência do STF (e de seus membros) no pós-1988, a manutenção desse instituto continuou representando um *desafio*. E o que torna a manutenção da independência judicial algo potencialmente problemático é o fato de que, como ocorre em diversos países, as Constituições tipicamente não podem especificar todos os aspectos da estrutura judicial. Como resultado, as majorias legislativas mantêm o controle sobre detalhes importantes dos tribunais (e de seus membros). Quando insatisfeitos com determinadas decisões, ou antecipando oposição judicial, elas podem empregar os meios “à sua disposição” com o propósito de punir o Judiciário (e seus juízes) por suas ações e reduzir sua independência.

6. Ainda que as interferências decorrentes dos *checks and balances* representem uma forma de limitação do poder político, com o propósito de conter o arbítrio, na linha como originalmente concebeu Montesquieu, elas também podem ser empregadas de maneira corrompida, como forma de influência/subordinação judicial, e, assim, acabam por caracterizar uma afronta à independência do Tribunal (e seus membros). Por exemplo: (i) o Senado pode “redefinir” o que constitui um crime passível de *impeachment* para incluir ações tomadas de “boa-fé”; (ii) o Congresso pode alterar a estrutura/funcionamento do Tribunal, com o propósito de evitar certas decisões, especialmente em casos sensíveis aos seus interesses imediatos; (iii.1.) o Congresso pode deixar de aumentar salários judiciais por um prolongado período de tempo, o que, na prática, teria o mesmo efeito de reduzi-los; (iii.2) o Congresso pode aprovar orçamento a menor do que a proposta encaminhada pelo Tribunal, em represália às suas decisões/posições; (iv) o Presidente pode omitir-se a indicar Ministros ou o Senado omitir-se a confirmá-los, gerando assim um prejuízo flagrante às atividades do Tribunal; (v) o Executivo e o Legislativo podem deixar de implementar as decisões com as quais não concordam etc.
7. Apesar de os atores políticos poderem – em tese – empregar esses mecanismos de forma imprópria contra o Tribunal e seus membros no pós-1988, como forma de influência/subordinação judicial, paradoxalmente, não é isso que vem se verificando na prática no pós-redemocratização. Em geral, maiorias políticas têm adotado uma posição de respeito à independência do Tribunal (e seus ministros) a partir de então.
8. Historicamente, a doutrina constitucional tradicional explicou o respeito à independência do Tribunal (e de seus membros) por meio das garantias constitucionais formais. Mas a história institucional do STF demonstra que tais garantias não conseguiram inviabilizar/barrar ações políticas hostis ao longo do tempo. Apesar de essas garantias formais indicarem à primeira vista – e a luz do conhecimento difundido pela doutrina constitucional tradicional – um alto grau de respeito à independência judicial, as práticas reais levadas a cabo pelos poderes políticos contra o Tribunal (e seus ministros) revelam que tais garantias foram ofuscadas, suprimidas ou indiretamente subvertidas pelo próprio governo, o que, por si só, demonstra

que – embora indubitavelmente importantes para um *design* institucional eficiente – elas foram frágeis/insuficientes frente a tarefa de inviabilizar/barrar as investidas políticas contra o Tribunal (e seus ministros), e, assim, assegurar a independência *na prática*.

9. Além disso, essas salvaguardas *não* inviabilizam/barram o emprego dos mecanismos que os atores políticos dispõem atualmente para afrontar a independência do STF (e de seus membros) no pós-1988. Basta notar que: (i) a vitaliciedade não impede que o Senado eventualmente venha a julgar o *impeachment* de ministros, abarcando ações de “boa-fé”, com finalidades de “punição”; (ii) a irredutibilidade de subsídios não obsta a omissão do Congresso em aumentar salários judiciais, o que na prática teria o mesmo efeito de reduzi-los; (iii) a autonomia financeira não impede o Congresso de aprovar orçamento a menor do que o apontado em proposta orçamentária, o que poderia ser usado para fins de “retaliação”; (iv) nenhuma das garantias parece “barrar” a ação dos poderes políticos em aprovar emenda à Constituição, alterando a estrutura/funcionamento do Tribunal, com propósitos políticos; atrasar a indicação ou a confirmação de ministros; descumprir decisões judiciais etc.
10. Diante disso, pode-se afirmar que não é satisfatória a resposta que a doutrina constitucional tradicional oferece para explicar o respeito à independência judicial dos tribunais em geral, incluindo a do STF e seus ministros. E se assim o é, então deve haver outra explicação para compreender o que leva os atores políticos a respeitar a independência do STF e seus membros (ou por que eles não fazem isso), ou seja, se as garantias formais não inviabilizam/barram as ações políticas hostis dos ramos políticos contra o Tribunal (e seus ministros), então devem existir outros fatores que as inviabilizam/barram. Ou seja, devem existir outros fatores que explicam melhor por que esses atores respeitam a independência em alguns momentos e em outros não e por que eles não empregam as ferramentas institucionais que dispõem contra o Supremo (e seus ministros) no pós-1988. Como destacado neste estudo, entender o que leva os atores políticos a respeitar a independência do STF (e seus membros) implica entender *os fatores reais* que explicam a independência do Tribunal e seus ministros *na prática*.

II

11. A partir da reunião das diferentes explicações, muitas vezes dispares, que a doutrina apresenta para explicar a independência judicial, especificaram-se neste estudo os principais pressupostos teóricos (ou teoria) que determinam o que *de fato* faz os atores políticos respeitarem (ou não) a independência dos tribunais (e de seus membros). O primeiro fator que influencia a *ação de respeito* (ou não) dos atores políticos à independência dos tribunais (e seus membros) está ligado ao regime político. Apenas em um regime democrático os atores políticos poderão – ou estarão dispostos a – respeitar a independência judicial de uma *forma plena*. Isso porque, embora ditadores tenham incentivos para manter as Cortes funcionando, e conferir a elas certo grau de discricionariedade, a fim de que possam viabilizar os benefícios almejados, eles não podem – e às vezes também não querem – conferir a elas discricionariedade *ampla*, pois a atuação judicial independente em assuntos sensíveis pode levar ao enfraquecimento ou até mesmo à derrocada do regime. Diante disso, *a tendência geral presumível é a de que sempre exista neste tipo de regime político a interferência imprópria desses atores sobre a esfera judicial*.
12. A democracia, portanto, demonstra ser uma característica necessária para a criação de um ambiente de *respeito* à independência judicial. Porém, ela por si só não basta para garantir que esse respeito ocorra *na prática*, já que não é incomum verificar situações em que os atores políticos, mesmo em regimes democráticos, atuem em desrespeito à independência dos Tribunais (e de seus membros). Como visto, em regimes democráticos os atores políticos tendem a analisar os *custos* e os *benefícios* que auferem a partir da atuação judicial antes de levar adiante ações políticas hostis. Quando os *benefícios* decorrentes da atuação judicial compensam os seus *custos*, os atores políticos tendem a respeitar a Corte e seus juízes, ainda que desaprovem decisões particulares ocasionais. Por outro lado, quando a Corte passa a decidir contra as maiorias políticas de forma persistente e (ou) em questões importantes aos seus interesses, levando-as a concluir que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, essas maiorias serão tentadas a ameaçar a independência judicial.

13. Entretanto, mesmo que atores políticos concluam que os *custos* da atuação judicial superam os *benefícios*, e se sintam, então, tentados a ameaçar a independência, isso não quer dizer que eles necessariamente irão fazê-lo. O propósito de levar adiante afrontas institucionais está associado a dois *limitadores*: a *fragmentação do poder político* e a existência de um *apoio público (difuso)* à Corte Constitucional. Isso implica dizer que em situações em que os atores políticos se sentem motivados a empregar alguma medida que afronte a independência judicial – porque os *custos* da sua atuação judicial são maiores que os *benefícios* que ela proporciona – eles estarão sujeitos, além disso, a esses *limitadores*. Os dois limitadores não se excluem entre si, mas antes, se reforçam mutuamente, em uma espécie de interação simbiótica.
14. Essa interação apresenta variáveis. Como examinado, em contextos em que não há fragmentação do poder político, os agentes eleitos têm mais facilidade em desrespeitar a independência das Cortes (e de seus juízes), porque eles conseguem com mais facilidade aprovar uma legislação ou levar adiante outra medida que afronte a independência das Cortes (como, por exemplo, *impeachment*, alteração da jurisdição, alteração do número de juízes, orçamento etc.). Porém, mesmo em um contexto em que não há fragmentação do poder político, não se descarta que o apoio público possa exercer um papel importante na preservação da independência. Duas possibilidades foram visualizadas em um contexto sem fragmentação do poder político:
 15. (i) *um contexto sem fragmentação e sem apoio público*: é o pior cenário que se pode esperar para o respeito (ou preservação) da independência judicial, pois além de os atores políticos conseguirem facilmente aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta institucional, em razão da ausência de fragmentação política, como não há apoio público à Corte – e, assim, esses atores, em princípio, também não temerão a perda eleitoral –, a tendência esperada é a de que atores políticos não se absterão de aprovar e (ou) levar adiante ações políticas hostis quando tentados a fazê-lo;
 16. (ii) *um contexto sem fragmentação e com apoio público*: os atores políticos também podem facilmente conseguir aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à Corte (e seus juízes), em razão da ausência de

fragmentação política. Porém, ao contrário do cenário anterior, a existência de apoio público pode representar uma barreira a essas afrontas, o que é tanto mais verdadeiro quanto menor é o período em que a ausência de fragmentação se impõe. Isso porque, em contextos em que a ausência de fragmentação política é longa, a tendência esperada é a de que a pressão política sobre o ramo judicante aumente. Além disso, uma situação de ausência de fragmentação prolongada, em um contexto *democrático*, costuma caracterizar um governo de partido dominante, que usualmente conta com amplo apoio popular, e, por isso, pode não contar com (tanta) oposição pública no caso de uma eventual ação hostil contra as Cortes (e seus juízes);

17. Por outro lado, em contextos em que há fragmentação do poder político, as autoridades públicas têm mais dificuldade em desrespeitar a independência das Cortes (e de seus juízes). Todavia, mesmo em um cenário com essa característica, não se descarta a possibilidade de os atores políticos conseguirem reunir esforços para afrontar a independência judicial, especialmente em situações em que o apoio público às Cortes (e seus juízes) não existe ou diminuiu substancialmente. Em um contexto com fragmentação do poder político, duas possibilidades foram visualizadas:
18. (i) *um contexto com fragmentação e sem apoio público*: os atores políticos têm mais dificuldade para conseguir aprovar e (ou) levar adiante medidas de afronta à Corte (e seus juízes), em razão da existência de fragmentação política. Porém, na medida em que o apoio público à instituição judicial (e seus membros) não existe, ou diminuiu, os atores políticos – em tese – podem conseguir mais facilmente *reunir esforços* para aprovar e (ou) levar adiante esse tipo de ação política hostil, já que não têm receio de perda eleitoral;
19. (ii) *contexto com fragmentação e com apoio público*: é o cenário ideal para o desenvolvimento da independência judicial. À medida que os atores políticos têm dificuldade em aprovar e (ou) levar adiante medidas em retaliação – em razão da fragmentação política – e, não obstante, temem a perda eleitoral – em razão da existência de apoio público (difuso) – não será comum verificar ações políticas hostis *na prática* contra os tribunais (e seus

membros). Porém, entende-se que, mantida a fragmentação política, o apoio público exige *manutenção* contínua.

20. Constatou-se, também, que os Tribunais têm um papel importante na preservação de sua própria independência. Considerando que o apoio público (difuso), que é um *limitador* importante a ações políticas hostis, é constituído pela satisfação dos cidadãos com os resultados das decisões/posições específicas ao longo do tempo, bem como favorecido pela manutenção da imagem das Cortes como instituições imparciais e apolíticas, se os juízes são sensíveis à opinião pública e mantêm incólume a imagem da instituição, eles colaboram para a formação/manutenção do apoio público (difuso), e, conseqüentemente, contribuem para a preservação de sua própria independência. Como visto, a doutrina estratégica aponta que magistrados são seres racionais e costumam não estar alheios a esses fatores. Reconhecendo que as suas decisões atuais têm implicações para o apoio futuro e que a manutenção de sua imagem institucional é importante para que a sua integridade seja preservada, esse reconhecimento, juntamente com o desejo de estabelecer/manter, ou mesmo aumentar o apoio da Corte, pode induzi-los a agir estrategicamente.
21. Atestou-se, ainda, que *punir* a Corte por meio “afrontas institucionais” é algo *grosseiro*, e que, por isso, os atores políticos podem se envolver em uma *resistência dirigida*, contornando ou contrariando decisões ocasionais, sem propriamente *atacar* o Judiciário ou seus juízes. Como verificado, o principal fator que leva os atores políticos a cumprir as decisões judiciais é o apoio público, tendo em vista o temor de uma repercussão eleitoral negativa. Porém, deve ser suficientemente provável que os cidadãos se tornarão conscientes de que uma tentativa de evasão ocorreu, a fim de que o referido temor se torne *real*. Tomando essas características em conta, os agentes eleitos e os juízes agem estrategicamente, avançando e recuando de acordo com o grau de apoio público e transparência que dispõem. No entanto, haverá maior tendência de os agentes eleitos descumprirem decisões judiciais com maiores *custos*, normalmente relacionadas a questões financeiras ou políticas centrais aos seus interesses. Nesses casos, porém, os juízes não estarão alheios e tendem a reduzir os *custos* das decisões.

III

22. Aplicaram-se neste estudo os pressupostos teóricos (ou teoria) até aqui sumarizados à história institucional do STF. Iniciando a análise pelos períodos de exceção, verificou-se que os líderes autoritários tiveram incentivos para manter o STF funcionando e conferir a ele certo grau de discricionariedade, a fim de que atuasse em assuntos de seu interesse. Porém, tais líderes não podiam conferir discricionariedade *ampla* ao Tribunal, uma vez que a sua atuação em assuntos sensíveis poderia levar ao enfraquecimento ou, em última análise, à derrocada do regime. Por diferentes meios, o Tribunal teve então a sua atuação neutralizada. O fato de os ditadores não poderem – e às vezes não quererem – aceitar uma ação judicial independente em todos os assuntos, visando a autopreservação, em alguma medida explica o fato de a independência do STF (e de seus membros) não ter sido respeitada durante a Era Vargas e a Ditadura Militar, bem como confirma o pressuposto sustentado neste estudo de que, nesse tipo de regime, a tendência geral *esperada* é a de que sempre existam interferências impróprias sobre a esfera judicial.
23. Confirmou-se, assim, que a democracia é um pressuposto necessário para que os atores políticos possam – ou estejam dispostos a – respeitar a independência judicial de uma *forma plena*. Contudo, viu-se que a democracia em si não é suficiente para que a independência seja preservada *na prática*, pois, mesmo em períodos democráticos, a independência do STF (e de seus membros) foi desrespeitada. Como sustentado, além de estar ligada a questões afetas ao regime político, a ação dos atores políticos em respeitar (ou não) a independência do STF e de seus membros – em regimes democráticos – está também ligada aos *custos* decorrentes da atuação judicial, à fragmentação do poder político e ao apoio público que o Tribunal desfruta em um dado momento político-institucional.
24. Notou-se que durante o período da República Velha o STF assumiu uma postura proativa ante os governos da ocasião, anulando uma série de políticas legislativas e (ou) decisões importantes. Tratou-se, portanto, de um período em que, em vários momentos, os *custos* da atuação judicial estavam “em alta” em relação aos *benefícios* que ela proporcionava. Nesse

ambiente, presumivelmente, os atores políticos se sentiram motivados a promover afrontas institucionais contra o Tribunal (e seus membros). Entretanto, conforme indicam os pressupostos teóricos abordados neste estudo, isso não indica que eles necessariamente o fariam, uma vez que essas ações poderiam ser mitigadas pela existência de uma oposição política forte (i. é, pela fragmentação política) e (ou) de apoio público (difuso) ao Tribunal. No entanto, como a fragmentação do poder político era bastante escassa durante toda a República Velha, e o apoio público (difuso) não se fazia presente, os atores políticos puderam promover as afrontas institucionais que reputaram mais eficazes para a satisfação de seus interesses. Não por acaso, nesse período existiram vários episódios de afrontas institucionais ao STF (e seus membros).

25. A seu turno, a República de 1946 foi o período democrático em que o Tribunal mais assumiu uma postura autocontida. Como o Tribunal não anulou de forma reiterada políticas legislativas e (ou) decisões importantes para o governo, mas, ao contrário, preservou-as, a República de 1946 constituiu um período em que os *benefícios* que a atuação judicial proporcionava aos atores políticos estavam “em alta” em relação aos *custos* dela decorrentes. Em um contexto com essas características os atores políticos, presumivelmente, não têm motivação para promover afrontas institucionais ao Tribunal (e seus membros). Quando os atores políticos concluem que os *benefícios* que a atuação judicial proporciona são maiores do que os *custos* que ela impõe, a tendência é a de que esses atores respeitem o sistema judicial. Não à toa, não são relatadas afrontas institucionais graves ao STF (e aos seus membros) durante esse período.
26. Por sua vez, no período pós-1988, o STF atuou (e ainda tenderá a atuar) de forma proativa na restrição dos poderes políticos. Por isso, apesar dos *benefícios* que o Tribunal proporciona a esses atores, eles possivelmente se sentiram (e ainda poderão se sentir) motivados a afrontar a independência judicial, tendo em vista o eventual aumento dos *custos* que a atuação judicial pode representar em relação aos *benefícios* que ela proporciona. Porém, ainda que atores políticos tenham nutrido (ou venham a nutrir) ânimo para promover medidas de afronta à independência, eles encontraram (e ainda tenderão a encontrar) dificuldade para fazê-lo com algum êxito.

Isso porque o contexto atual apresenta grande fragmentação política, dificultando que medidas de retaliação contra o STF sejam levadas adiante. Não obstante, o Tribunal desfruta atualmente de um grau reconhecido de apoio público (difuso), o qual tende a fazer com que atores políticos recuem diante de eventuais medidas hostis, tendo em vista o temor de perda eleitoral.

27. Analisados os *riscos e as possibilidades* à independência do Tribunal (e seus membros) no pós-1988, viu-se que, quanto mais o Supremo decidir de forma persistentemente contra as maiorias políticas e (ou) em questões importantes aos seus interesses, mais os atores políticos se sentirão motivados a afrontar a sua independência. Entretanto, essa motivação tende a ser mitigada pelos *limitadores* aqui em discussão. Em âmbito nacional há uma tendência em se manter um elevado grau de fragmentação política. Mas, ainda que isso ocorra, a manutenção da independência depende que o *limitador* “*apoio público (difuso)*” seja também preservado. Isso porque, por mais que exista a fragmentação do poder, quando o apoio público (difuso) *diminui*, os atores políticos podem conseguir mais facilmente *reunir esforços* para aprovar legislações e (ou) levar adiante outras medidas hostis contra o Tribunal (e seus membros). Constatou-se, assim, que o apoio público é um fator determinante para a manutenção da independência do STF no pós-1988, e, se não fosse o risco de perda eleitoral, os parlamentares poderiam – *reunindo esforços* – avançar em ações políticas hostis quando insatisfeitos com os *custos* decorrentes da atuação judicial.
28. Averiguou-se, ainda, que o STF no pós-1988 vem apresentando uma tendência em se alinhar (estrategicamente) ao sentimento social, assim como uma preocupação em preservar a sua imagem institucional, e, por isso, ele colaborou para a formação, e também vem contribuindo para manutenção do apoio público (difuso). E assim o fazendo, ele, conseqüentemente, também colabora para a preservação de sua própria independência, uma vez que, como demonstrado, o apoio público (difuso) representa um *limitador* importante contra ações políticas hostis. No entanto, concluiu-se que essa ação estratégica representa um *desafio permanente* ao Tribunal (e seus membros), que precisa ter a sensibilidade

e o cuidado constantes com a manutenção desse apoio público, não se afastando demais e de forma reiterada das posições públicas e mantendo de forma incólume a sua imagem de instituição imparcial e apolítica.

29. Por fim, constatou-se que o maior apoio público conquistado pelo STF no pós-1988, além de caracterizar um *escudo* contra ações políticas hostis, também passou a representar uma proteção e (ou) garantia de cumprimento de suas determinações. O apoio público conquistado tem feito com que os atores políticos, que temem a “perda eleitoral”, apenas busquem evadir decisões judiciais em situações em que eles verificam que *não existe transparência suficiente*. Sob essa luz, a “transparência” passa a ser um fator central para o cumprimento das decisões judiciais no pós-1988. Verificou-se que: (i) nos casos que não envolvem grande conscientização pública (ou interesse) sobre uma questão há maior espaço para que os atores políticos busquem evadir as decisões que lhes são *desagradáveis*; e (ii) em casos de grande conscientização pública (ou interesse), comportamentos evasivos são mais *improváveis* de acontecer (e, quando ocorrem – confirmando a teoria desenvolvida por Georg Vanberg –, geralmente estão relacionados a questões que envolvem “altos custos” aos agentes políticos).

Encerramento

Fala-se muito na contemporaneidade em judicialização, ativismo judicial etc., o que apenas reforça a ideia, já amplamente enraizada no universo acadêmico, de que o ramo judicial é pleno, forte e autônomo, e que, além de restringir os poderes políticos, é capaz de avançar em questões de larga repercussão política ou social, ou mesmo expandir, por sua própria escolha, o alcance e o sentido da Constituição. Embora essa linha de estudos esteja respaldada em bases teóricas muito sólidas, as suas premissas precisam ser encaradas com certa cautela, já que, como indica a ciência política, os tribunais parecem ser muito mais frágeis do que esses estudos comumente assumem.

Alexander Hamilton, já no século XVIII, falava da fragilidade do Judiciário perante os demais poderes. Em sua visão, o Judiciário era o mais frágil dos três ramos, e nunca poderia

“atacar” com êxito nenhum dos outros dois, mas, ao contrário, deveria adotar toda a precaução possível para conseguir defender-se dos *ataques* deles.⁷⁵⁷ Apesar de sua posição refletir o que de fato se viu ao longo da história institucional da Suprema Corte norte-americana – desde o caso *Marbury v. Madison* (1803) –, a visão que prevaleceu ao longo do tempo, até os dias atuais, foi a imagem de uma Corte forte e autônoma, capaz de restringir os demais atores políticos em situações de flagrante violação às determinações constitucionais e (ou) em circunstâncias em que é necessário preservar os princípios de justiça.

A história institucional do STF, por sua vez, também revela a fragilidade do ramo judicante. A análise empreendida neste estudo mostra uma instituição que teve a sua integridade institucional violada, as suas decisões descumpridas e seu processo decisório comprometido em vários momentos pela ação dos poderosos atores políticos. Como se procurou demonstrar, até mesmo no pós-1988 o Tribunal permanece vulnerável às maiorias políticas em detalhes importantes. Como resultado, quando insatisfeitas com determinadas decisões, ou antecipando oposição judicial, essas maiorias podem empregar os meios “à sua disposição” com o propósito de punir o Judiciário (e seus juízes) por suas ações e reduzir sua independência. Isso indica que o ramo judicante é *de fato* frágil e que a manutenção de sua independência caracteriza um *desafio* permanente.

E se o STF é *de fato* frágil, como revelam a sua história institucional e a sua condição institucional contemporânea, estudos nessa área são essenciais, pois apenas conhecendo os *fatores reais* que explicam a sua independência *na prática* é possível proteger esse importante instituto. Essa linha de estudos, porém, não tem sido comum, e isso não apenas nacionalmente. Há uma preocupação ainda nascente com esse fenômeno em âmbito mundial. Dada a complexidade da temática, bem como o crescente aprimoramento da doutrina na área

⁷⁵⁷ “Cualquiera que examine con atención los diferentes poderes observará que, en un gobierno en el que éstos se hallan separados entre sí, el judicial, por la naturaleza de sus funciones, siempre será el menos peligroso para los derechos que establece la Constitución, puesto que su capacidad para perturbarlos o menoscabarlos será menor. El ejecutivo no sólo concede los honores, sino que empuña la espada de la comunidad. El legislativo no sólo dispone del erario, sino que dicta las disposiciones por las que se regulan los derechos y obligaciones de todo ciudadano. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas ni sobre el dinero; no dirige ni la fuerza ni la riqueza de la sociedad y no puede adoptar ninguna resolución activa. En verdad, puede decirse que no tiene ni FUERZA NI VOLUNTAD, sino unicamente discernimiento; y en definitiva depende de la colaboración del brazo ejecutivo incluso para dotar de eficacia a sus fallos. Esta sencilla visión del problema sugere algunas consecuencias importantes. Demuestra sin lugar a dudas que el judicial es, incomparablemente, el más débil de los três poderes; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos; y que ha de adoptarse toda precaución posible para permitirle defenderse de los ataques de éstos.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002. Artigo 78, p.196-197).

em questão, compreende-se que esta pesquisa já cumpriu o seu objetivo se conseguiu, em um primeiro conjunto de esforços, explicar, de uma forma mais aceitável do que faz a doutrina constitucional tradicional, a independência do STF (e de seus membros) *na prática*. Porém, reconhece-se que os estudos nesse campo podem ainda avançar e surtir novos e importantes resultados.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ABRAHAM, Henry J. The pillars and politics of judicial Independence in the United States. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M. (Ed.). *Judicial Independence in the age of democracy: critical perspective from around the world*. The University Press of Virginia, 2001. p.25-36.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.31, n.1, p.5-34, 1988.

AFONSO, Orlando Viegas Martins. *Poder judicial: Independencia In Dependencia*. Coimbra: Almedina, 2004.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEGRETTI, Laís. Oposição pede ao Supremo votação aberta para analisar prisão de Delcídio. *Globo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/oposicao-vai-ao-stf-por-votacao-aberta-sobre-prisao-de-delcidio.html>>. Acesso em: 1.º dez. 2015.

ALONSO, Augusto Hortal. La independencia del juez y la esfera de la justicia. In: YÁÑEZ, Miguel Grande (Coord.). *Independencia judicial: problemática ética*. Madrid: Dykinson S. L., 2010. p.39-54.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

APROVAÇÃO da PEC da bengala não é boa para o país, diz Luis Roberto Barroso. *Consultor Jurídico*, 03 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-03/aprovacao-pec-bengala-nao-boa-pais-barroso>>. Acesso em: 27 out. 2015.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. *Jurisdição constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus (UniCEUB Law Journal)*, v.25, n.1, p.25-45, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. *Revista de Direito Administrativo*, v.255, p.115-143, 2010.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no *civil law*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, BA, n.27, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-ANA-PAULA-OLIVEIRA-AVILA.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2015.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e participação no Brasil democrático. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.405-420.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Cláudia Maria. Algunos aspectos de la independencia del poder judicial en Brasil. In: BURGOS, Germán (Org). *Independencia Judicial en América Latina. ¿De qué? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa, 2003, p. 417-437.

BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal na Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separations-of-powers doctrine. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making Law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p.35-50.

_____. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. Stanford: Stanford University Press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III. p.61-77.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, n.16, p.1-32, maio/ago. 2007.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, Brasília, OAB, n. 4, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 10/02/2013.

_____. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.27-63.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v.12, n.96, p.5-43, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. A efetividade das normas constitucionais – por que não uma Constituição para valer? In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.57-96.

_____. Anencefalia: o direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.331-367.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.187-235.

_____. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.421-445.

_____. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/325583/mod_resource/content/1/reforma%20politica_projeto_ideias.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Consultor Jurídico*, 03 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

BASILE, Juliano. Peluso propõe esforço concentrado para julgar mensalão neste ano. *Valor*, 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.asmetro.org.br/arquivosHTML/pdfs/clipping2012/OministroCezarPelusodoSTF.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Unisersitária, 1987.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n.26, maio/jun./jul. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2015.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários a Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORGES, Rodolfo. Supremo se fecha após desgastes e traumas do julgamento mensalão. *El País*, 14 jan. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122_202920.html>. Acesso em: 04 dez. 2015.

BOUDREAUX, Donald J.; PRITCHARD; A. C. Reassessing the role of the independent judiciary in enforcing interest-group bargains. *Constitutional Political Economy*, v.5, n.1, p.1-21, 1994.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

BRASIL. Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

BRASIL. Ato Institucional n.º 3, de 5 de fevereiro de 1966. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 05 mar. 2014.

BRASIL. Ato Institucional n.º 4, de 7 de dezembro de 1966. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em: 05 mar. 2014.

BRASIL. Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 06 mar. 2014.

BRASIL. Ato Institucional n.º 6, de 1.º de fevereiro de 1969. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm>. Acesso em: 07 mar. 2014.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 03 abr. 2014.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05 abr. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Decreto n.º 19.398 de 11 de novembro de 1930. Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm>. Acesso em: 03 fev. 2014.

BRASIL. Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931. Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

BRASIL. Decreto n.º 19.711, de 18 de Fevereiro de 1931. Aposenta ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19711-18-fevereiro-1931-517595-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

BRASIL. Decreto n.º 20.106, de 13 de junho de 1931. Modifica e completa a reorganização provisória do Supremo Tribunal Federal e estabelece várias providências sobre o processo na Justiça Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20106-13-junho-1931-504626-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n.º 88, de 20 de dezembro de 1937. Modifica a Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

BRASIL. Decreto n.º 229, de 11 de julho de 1935. Ordena o fechamento, em todo o território nacional, dos núcleos da "Aliança Nacional Libertadora". Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-229-11-julho-1935-518037-norma-pe.html>>. Acesso em: 11 fev. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.770, de 11 de novembro de 1940. Dispõe sobre a nomeação do Presidente e Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2770-11-novembro-1940-412733-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n.º 1.077, de 26 de janeiro de 1970. Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8.º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1077.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 16, de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Lei n.º 38, de 04 de abril de 1935. Define crimes contra a ordem política e social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0038.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

BRASIL. Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936. Institue, como órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional, que funcionará no Distrito Federal sempre que fôr decretado o estado de guerra e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-244-11-setembro-1936-503407-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953. Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1802.htm>. Acesso em: 22 fev. 2014.

BRASIL. Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 23 fev. 2014.

BRASIL. Lei Complementar n.º 62, de 28 de dezembro de 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp62.htm>. Acesso em: 02 mai. 2014..

BRESCIANI, Eduardo; GALLUCCI, Mariângela. Submeter decisões do STF ao Congresso 'fragiliza' a democracia. *Estadão*, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,submeter-decisoes-do-stf-ao-congresso-fragiliza-a-democracia-diz-barbosa,1025609>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

BRÍGIDO, Carolina. Ministros do STF criticam PEC que submete decisões ao Congresso. *O Globo*, 24 abr. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ministros-do-stf-criticam-pec-que-submete-decisoes-ao-congresso-8201539>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

BULLA, Beatriz; FERNANDES, Talita. Para Renan, ministros devem passar por nova sabatina para ficar no STF até 75 anos. *Estadão*, 07 maio 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-renan-ministros-devem-passar-por-nova-sabatina-para-ficar-no-stf-ate-75-anos,1683441>>. Acesso em: 21 out. 2015.

BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry. Reconsidering Judicial Independence. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Ed.). *Judicial Independence at the crossroads: an interdisciplinary approach*. California: Sage, 2002. p.9-42.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v.36, n.3, p.635-664, Aug. 1992.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. *Dossiê Judiciário*, n.21, p.116-125, mar./maio 1994.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. 377 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Disponível: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARDOSO, Daiene; CARVALHO, Daniel. Em mais uma derrota do governo, Câmara aprova PEC da Bengala em primeiro turno. *Estadão*, 04 mar. 2015. Disponível: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-mais-uma-derrota-do-governo-camara-aprova-pec-da-bengala-em-primeiro-turno,1644581>>. Acesso em: 21 out. 2015.

CARNEIRO, Luiz Orlando. OAB ajuíza terceira ação no STF contra pensões para ex-governadores. *Jornal do Brasil*, 1.º fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/02/01/oab-ajuiza-terceira-acao-no-stf-contra-pensoes-para-ex-governadores-2/>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

CARRERES, Joaquín Almuquera. La legitimidad de la función judicial: independencia y imparcialidad. In: YÁÑEZ, Miguel Grande. *Independencia judicial: problemática ética*. Madrid: Dykinson S. L., 2010. p.55-81.

CASTAGNOLA, Andrea; LIÑAN, Aníbal Pérez. Bolivia: el ascenso (y caída) del control constitucional. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.473-514.

CASTILLEJOS-ARAGÓN, Mónica. The transformation of the mexican supreme court into an arena for political contestation. In: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A (Ed.). *Consequential Courts: judicial roles in global perspective*. New York: Cambridge University Press, 2013. p.138-160.

CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CHAVEZ, Rebecca Bill. The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System. *Journal of Latin American Studies*, v.36, p.451-478, 2004.

_____. The rule of law and courts in democratizing regimes. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.63-80.

CHÁVEZ, Rebeca Bill; FERREJOHN, John A.; WAINGAST, Barry R. Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina. In: FIGUEROA, Julio Ríos; HELMKE, Gretchen (Coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Mexico: Poder Judicial de la Federación, 2010. p.373-418.

CLARK, Tom. The Public and Judicial Independence. In: PEABODY, Bruce (Ed.). *The politics of judicial independence: courts, politics, and public*. United States: the Johns Hopkins University Press, 2011. p.123-146.

_____. *The limits of judicial Independence*. New York: Cambridge, 2011.

CLAYTON, Cornell W. The Supreme Court and Political Jurisprudence: new and old institutionalism. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.15-41.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONVERSAS acadêmicas: Luís Roberto Barroso (I). *Os Constitucionalistas*, 24 maio 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-robotto-barroso-i>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

COOTER, Robert. D.; GINSBURG, Tom. Comparative Judicial Discretion: an empirical test of economic models. *International Review of Law and Economics*, v.16, p.295-313, 1996.

COSME, Marcelo. Deputado Eduardo Cunha anuncia rompimento com o governo. *Jornal Hoje*, 17 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2015/07/eduardo-cunha-anuncia-rompimento-com-o-governo-dilma.html>>. Acesso: 20 out. 2015.

COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1892-1925*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.1.

_____. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1929-1948*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.2.

_____. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1947-1955*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.3.

_____. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1957-1962*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. v.4.

_____. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: 1963-1966*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967. v.5.

COSTA, Emilia Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.

CRISTALDO, Heloisa. Manifestantes protestam contra embargos infringentes. *EBC*, 18 set. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/09/do-lado-de-fora-do-stf-manifestantes-protestam-contra-embargos-infringentes>>. Acesso em: 12 set. 2015.

CRISTÓBAL, Rosario Serra. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

CROSS, Frank. Judicial Independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.557-575.

CRUZ, Valdo; MOTTA, Severino. STF não pode se converter em uma 'corte bolivariana', defende Gilmar. *Folha de S.Paulo*, 03 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1542317-o-stf-nao-pode-se-converter-em-uma-corte-bolivariana.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2015.

DATAFOLHA. *Intenção de voto presidente 2014 e avaliação das instituições*. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/int_voto_presidente2014_avaliacao_inst_14122012.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1.

DURR, Robert H. Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v.44, n.4, p.768-776, 2000.

EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*. Madrid: Inap, 2003.

EPP, Charles R. *La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. On the Struggle for Judicial Supremacy. *Law & Society Review*, v.30, n.1, p.87-120, 1996.

_____. *The choices Justices make*. USA: CQ Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. Constitutional Interpretation from a Strategic Perspective. In: MILLER, Mark; BARNES, Jeb. *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington: Georgetown University Press, 2004. p.170-188.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional Courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, v.35, n.1, p.117-164, 2001.

EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A. *Advice and consent: the politics of judicial appointments*. New York: Oxford University Press, 2005.

ESKRIDGE JR., William N. Overriding Supreme Court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v.101, n.2, p.331-455, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. As funções políticas do Supremo Tribunal Federal. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. p.49-59.

FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento (Supremo, mídia e opinião pública)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. *Tempos de mudanças no Supremo*. Disponível em: <<http://www.joaquimfalcao.com.br/tempos-de-mudancas-no-supremo/>>. Acesso em: 25 out. 2015.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.87, p.429-469, 2012.

FALCÃO, Márcio. *Ministro do STF pede providência contra resistência da Câmara*. *Folha de S.Paulo*, 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/890577-ministro-do-stf-pede-providencia-contr-resistencia-da-camara.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

FALCÃO, Márcio; BRAGON, Ranier. Na 2.^a chance, Câmara cassa mandato de Natan Donadon. *Folha de S.Paulo*, 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/02/1411424-donadon-e-o-primeiro-deputado-a-perder-o-mandato-em-votacao-aberta.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2015.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. *Revista de Estudos Avançados*, v.18, n.51, p.103-125, maio/ago. 2004.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

FEREJOHN, John. Independent Judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, v.72, p.353-384, jan./mar. 1999.

FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A positive theory of statutory interpretation. *International Review of Law and Economics*, v.12, n.2, p.263-279, 1992.

FERNANDES, Lorenzo del Río. Independencia judicial y poder político. In. YÁÑEZ, Miguel Grande (Coord.). *Independencia judicial: problemática ética*. Madrid: Dykinson S. L., 2010. p.107-134.

FERREIRA, Pedro Fernando de Almeida Nery. *Como decidem os ministros do STF: pontos ideais e dimensões de preferências*. 2013. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação - FACR, Brasília, 2013.

FGV. DIREITO RIO. *Decisões do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_Publica.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2015.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições Políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.147-198.

FIGUEROA, Ríos Julio Antonio. El surgimento de un poder judicial efectivo en México: gobierno dividido y toma de decisiones en la Suprema Corte de Justicia, 1994-2002. In: *Ensayos: el Poder Judicial en la transición y consolidación democrática en México*. México: Instituto Federal Electoral, 2004. p.11-36.

FINKEL, Jodi. Judicial reform as insurance policy: Mexico in the 1990s. *Latin American and Society*, v.47, n.1, p.87-113, 2005.

_____. *Judicial reform as political insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. Indiana: University of the Notre Dame Press, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. New Jersey: Princeton University Press, 1988.

FONTE, Felipe de Melo. Votos do STF cada vez mais para o grande público. *Consultor Jurídico*, 20 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

FREITAS, Vladimir Passos de. TV Justiça e a exibição dos julgamentos do Supremo. *Consultor Jurídico*, 26 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/segunda-leitura-tv-justica-exibicao-julgamentos-supremo>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

_____. Crimes da operação "lava jato" mudam a Justiça Penal no Brasil". *Consultor Jurídico*, 30 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/crimes-operacao-lava-jato-mudam-justica-penal-brasil>>. Acesso em: 17 set. 2015.

_____. Aposentadoria de ministros do STF ao 75 terá reflexos em outros tribunais. *Consultor Jurídico*, 10 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/segunda-leitura-pec-bengala-magistrado-convocado-stj-disputar-cargo>>. Acesso em: 26 out. 2015.

FRIEDMAN, Barry. 'Things forgotten' in the debate over judicial independence. *Georgia State University Law Review*, v.14, p.737-766, 1998.

_____. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, v.101, p.2595-2632, 2003.

_____. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v.84, n.2, p.257-337, 2005.

_____. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

GALVÃO JR., João Carlos Galvão. *Rui Barbosa e a doutrina brasileira do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GEYH, Charles G. Judicial independence, judicial accountability, and the role of constitutional norms in congressional regulation of the courts. *Indiana Law Journal*, v.78, p.153-221, 2003.

_____. *When Courts & Congress Collide: the struggle for control of America's Judicial System*. The university of Michigan Press, 2008.

GIBSON, James. Understandings of Justice: Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Political Tolerance. *Law and Society Review*, v.23, n.3, p.469-496, 1989.

_____. Institutional Legitimacy, Procedural Justice, and Compliance with Supreme Court Decisions: a question of causality. *Law and Society Review*, v.25, p.631-635, 1991.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the Legitimacy of National High Courts. *American Political Science Review*, v.92, n.2, p.343-358, 1998.

GIBSON, James; CALDEIRA, Gregory A.; SPENCE, Lester Kenyatta. The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise? *British Journal of Political Science*, v.33, p.535-556, 2003.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. Beyond Judicial Attitudes: institutional approaches to Supreme Court decision-making. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.1-12.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003.

_____. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.81-98.

GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. Introduction. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Ed.). *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.1-22.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG. Why do countries adopt constitutional review? *Journal of Law, Economics and Organization*, v.30, p.587-622, 2014.

GÓIS, Fábio. Jornais: Congresso reage a STF e acirra crise entre poderes. Congresso em Foco, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/jornais-28/>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary. *Studies in American Political Development*, n.7, p.35-73, 1993.

_____. Naked Land Transfers and American Constitutional Development. *Vanderbilt Law Review*, v.53, p.73-121, 2000.

GUERREIRO, Gabriela. Renan recua e descarta segunda sabatina para ministros. *Folha de S.Paulo*, 13 maio 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1628716-renan-recua-e-descarta-segunda-sabatina-para-ministros.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2015.

GUERREIRO, Gabriela; MASCARENHAS, Gabriel. Ministro pode precisar de 2.^a sabatina no Senado para trabalhar até 75 anos. *Folha de S.Paulo*, 07 maio 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1626290-ministro-pode-precisar-de-2-sabatina-no-senado-para-trabalhar-ate-75-anos.shtml>>. Acesso em: 21 out. 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

_____. *O federalista*. Campinas: Russell, 2005.

HARTMANN, Ivar A. O julgamento e a opinião pública. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento (Supremo, mídia e opinião pública)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.40-41.

HAUBERT, Mariana; BRAGON, Ranier; CRUZ, Valdo. Plenário estabelece o voto aberto em análise de prisão de Delcídio. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711143-plenario-estabelece-o-voto-aberto-em-analise-de-prisao-de-delcidio.shtml>>. Acesso em: 1.º dez. 2015.

_____. Por ampla maioria, Senado mantém Delcídio do Amaral preso. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1711169-por-ampla-maioria-senado-mantem-delcidio-do-amaral-preso.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

HELMKE, Gretchen. The logic strategic defection: court-executive relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. *The American Political Science Review*, v.96, n.2, p.291-303, jun. 2002.

HELMKE, Gretchen; ROSENBLUTH, Frances. Regimes and the rule of law: judicial Independence in comparative perspective. *Annual Review of Political Science*, v.12, p.345-366, 2009.

HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions. *Law & Social Inquiry*, v.25, n.1, p.91-149, winter 2000.

IARYCZOWER, Matías; SPILLER, Pablo T.; Tommasi, Mariano. Judicial decision making in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science*, v.46, p.699-716, 2002.

IBOPE. *62% dos brasileiros são favoráveis às cotas em universidades públicas*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/62-dos-brasileiros-sao-favoraveis-as-cotas-em-universidades-publicas.aspx>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

_____. *83% da população é a favor da redução da maioria penal*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. *Casamento gay divide brasileiros*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Casamento%20gay%20divide%20brasileiros.aspx>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

_____. *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na justiça*. Disponível em: <<http://www.ibope.com/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. *Maioria dos católicos do país concorda que a mulher pode ter o direito de escolha*. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Maioria%20dos%20cat%C3%B3licos%20do%20pa%C3%ADs%20concorda%20que%20a%20mulher%20pode%20ter%20o%20direito%20de%20escolha.aspx>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

IGLESIAS, Francisco. *História política de Brasil (1500-1964)*. Madrid: Mafre, 1992.

JANOT se fortalece. *Folha de S.Paulo*, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/08/1666577-janot-se-fortalece.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2015.

JUNGBLUT, Cristiane. Dilma veta, pela segunda vez, proposta de criação de novos municípios. *O Globo*, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/dilma-veta-pela-segunda-vez-proposta-de-criacao-de-novos-municipios-13746205>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. Introduction. In: _____ (Ed.). *Consequential Courts: judicial roles in global perspective*. New York: Cambridge University Press, 2013. p.1-41.

KINZO, Maria D'Alva Gil. *Oposição e autoritarismo: gênese e trajetória do MDB (1966-1979)*. São Paulo: Vértice, 1988.

KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The independent judiciary in a interest-group perspective. *Jornal of Law and Economics*, v.18, n.3, p.875-901, Dec. 1975.

LEMOS, Leany Barreiro; LLANOS, Mariana. The Supreme Court nominations in Brazil (1985-2010): presidential or coalitional preferences? In: *V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*. Buenos Aires, 2010. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.academica.org/000-036/573.pdf>>. 03 nov. 2015.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Ministro Carlos Thompson Flores: centenário do seu nascimento. *Revista de Doutrina da 4.^a Região*, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/carlos_lenz.html> Acesso em: 12 mai. 2015.

LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do 'princípio da simetria'. *Consultor Jurídico*, 24 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v.1.

LIMA, Daniela; HAUBERT, Mariana. Oposição quer voto aberto na sessão que decidirá sobre prisão de Delcídio. *Folha de S.Paulo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1710843-oposicao-quer-voto-aberto-na-sessao-que-decidira-sobre-prisao-de-delcidio.shtml>>. Acesso em: 1.º dez. 2015.

LINARES, Sebastián. La independencia judicial: conceptualización y medición. In: BURGOS, Germán (Org). *Independencia Judicial en América Latina. ¿De qué? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa, 2003. p.107-166.

LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. La función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: comentário en torno al caso Baker v. Carr. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, p.5-39, 1954.

MACHADO, Gustavo. "Interesses eleitorais impedem votação do FPE". diz senador. *Brasil Econômico*, 27 mar. 2013. Disponível em: <http://brasileconomico.ig.com.br/noticias/interesses-eleitorais-impedem-votacao-do-fpe-diz-senador_130292.html>. Acesso em: 09 nov. 2013.

MAIORIA dos paulistando quer prisão imediata de condenados no mensalão. *Datafolha*, 18 set. 2013. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/09/1343679-maioria-dos-paulistanos-quer-prisao-imediata-de-condenados-no-mensalao.shtml>>. Acesso em: 28 out. 2015.

MAIORIA quer réus do mensalão presos, mas prevê absolvição. *Datafolha*, 10 ago. 2012. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2012/08/1204844-maioria-quer-reus-do-mensalao-presos-mas-preve-absolvicao.shtml>>. Acesso em: 27 out. 2015.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. Strategy and Judicial Choice: new institutionalist approaches to Supreme Court Decision-Making. In: CLAYTON Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.43-63.

MARINHO, Raul. *Prática na teoria: aplicação da teoria dos jogos e da evolução aos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Daniela. CCJ aprova proposta que autoriza Congresso a derrubar atos do STF. *Uol Notícias*, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/valor/2012/04/25/ccj-aprova-proposta-que-autoriza-congresso-a-derrubar-atos-do-stf.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

MATAIS, Andreza. Cunha tenta mudar modo de indicação de ministros. *Estadão*, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cunha-tenta-mudar-modo-de-indicacao-de-ministros,1677881>>. Acesso em: 21 out. 2015.

MELLO, Marco Aurélio. *A publicidade das decisões judiciais*. Disponível em: <<http://www.palavradaamatra8.jex.com.br/jornal+on-ine+da+amatra+8/a+publicidade+das+decisoes+judiciais>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. In: FELLETT, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p.359-386.

_____. *Nos bastidores do supremo tribunal federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 2014. 469 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.237-265.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de S.Paulo*, 1.º fev. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, v.32, n.126, p.87-102, abr/jun. 1995.

_____. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.9-10.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILLER, Mark C. The view of the Courts from the hill: a neo institutional perspective. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Whashington, DC: Georgetown University Press, 2004. p.53-71.

_____. *The view of the Courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Virgínia: University of Virginia Press, 2009.

MONDAK, Jeffrey. Institutional Legitimacy, Policy Legitimacy, and the Supreme Court. *American Politics Quarterly*, v.20, p.457-477, 1992.

MONTEIRO, Hamilton M. *Brasil República*. São Paulo: Editora Ática, 1986.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORA, Marcelo. Marco Maia diz que Câmara pode não cumprir decisão do Supremo. *Globo*, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/12/marco-maia-diz-que-camara-pode-nao-cumprir-decisao-do-supremo.html>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/232.htm>>. Acesso em: 18 set. 2015.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

MOTTA, Severino. Presidente do STF rebate Gilmar Mendes e diz que corte é independente. *Folha de S.Paulo*, 06 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1544130-presidente-do-stf-rebate-gilmar-mendes-e-diz-que-corte-e-independente.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2015.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry R. Constitutions and Commitment: the evolution of institutions governing public choice in seventeenth-century England. *The Journal of Economic History*, v.49, n.4, p.803-832, Dec. 1989.

NOTÍCIAS STF. 2.^a turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados. *Supremo Tribunal Federal*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p.265-328.

_____. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. 2014. 418 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

_____. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, Mariana. Senadores chamam proposta que limita STF de 'revide' por mensalão. *Globo*, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/senadores-chamam-proposta-que-limita-stf-de-revide-por-mensalao.html>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

OLIVEIRA, Mariana; PASSARINHO, Nathalia. Para Mendes, houve 'interesse e corporativismo' no caso de Donadon. *Globo*, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/para-mendes-houve-interesse-e-corporativismo-no-caso-de-donadon.html>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

_____. Presidente do Supremo já deve estar 'arrependido', diz Marco Aurélio. *Globo*, 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/08/presidente-do-supremo-ja-deve-estar-arrependido-diz-marco-aurelio.html>>. Acesso 03 dez. 2015.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre Estados e União. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.78, p.223-250, 2009.

OLSON, Mancur. Dictatorship, democracy, and development. *American Political Science Review*, v.87, n.3, p.567-576, sep. 1993.

PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.^a reimpressão, 2011.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PASSARINHO, Nathalia. Em sessão com ministros do STF, Congresso promulga PEC da Bengala. *Globo*, 05 maio 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/camara-conclui-votacao-em-segundo-turno-da-pec-da-bengala.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

PASSARINHO, Nathalia; RAMALHO, Renan. Veja quais deputados não votaram na sessão que livrou Donadon. *Globo*, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/veja-quais-deputados-nao-registraram-voto-na-sessao-do-caso-donadon.html>>. Acesso em: 13 out. 2013.

PEGORARO, Joana Cristina. *A política na Corte: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. 2006. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seis ministros*. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e na Argentina*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. *Os Constitucionalistas*, 31 out. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opinio-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.23, n.68, p.53-72, out. 2008.

PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PRAZERES, Leandro. Ministro do STF diz que PEC da Bengala foi aprovada em clima de retaliação. *Uol Notícias*, 06 maio 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/05/06/ministro-do-stf-diz-que-pec-da-bengala-foi-aprovada-em-clima-de-retaliacao.htm>>. Acesso em: 25 out. 2015.

PRESIDENTE da Câmara suspende tramitação da PEC que submeteria STF ao Congresso. *Uol Notícias*, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/25/presidente-da-camara-suspende-comissao-da-pec-que-submeteria-stf-ao-congresso.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RAMALHO, Renan. PEC da Bengala exige de ministros do STF nova sabatina, interpreta Renan. *Globo*, 08 maio 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/pec-da-bengala-exige-de-ministros-do-stf-nova-sabatina-interpreta-renan.html>>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. STF confirma ordens para prender Delcídio Amaral e André Esteves. *Globo*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/11/stf-confirma-ordens-para-prender-delcidio-amaral-e-andre-esteves.html>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

RAMSEYER, Mark. The puzzling (in)dependence of courts: a comparative approach. *Journal of Legal Studies*, v.23, p.721-747, jun. 1994.

RAMSEYER, Mark; RASMUSEN, Eric B. Judicial Independence in a Civil Law Regime: the evidence from Japan. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v.13, n.2, p.259-286, 1997.

REGLA, Josep Aguiló. De nuevo sobre 'independencia e imparcialidade de los jueces y argumentación jurídica'. In: BURGOS, Germán (Org). *Independencia Judicial en América Latina. ¿De qué? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa, 2003. p.65-81.

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. *A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias*. 2014. 327 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

RICHTER, André; CANES, Michèlle. "Crime não vencerá a Justiça", diz ministra Cármen Lúcia. *EBC*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-11/crime-nao-vencera-justica-diz-ministra-carmen-lucia>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

RINCÓN, Luis Esteban Delgado del. *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.2.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.3.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v.4.

ROGERS, James. Information and Judicial Review: a signaling game of legislative-judicial interaction. *Journal of Political Science*, v.45, n.1, p.84-99, jan. 2001.

ROGERS, James R.; URA, Joseph Daniel. *The majoritarian basis of judicial countermajoritarianism*. Apresentado no Western Political Science Association, Portland, Oregon, 2012, p.4. Disponível em: <<http://wpsa.research.pdx.edu/meet/2012/rogersandura.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

RUANO, Alberto. *El poder judicial en las democracias: los procesos políticos en Argentina y Venezuela y la independencia judicial*. Editorial Académica Española, 2013.

RUSSEL, Peter H. Toward a General Theory of Judicial Independence. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M. (Ed.). *Judicial Independence in the age of democracy: critical perspective from around the world*. The University Press of Virginia, 2001. p.1-24.

SALDANHA, Nelson. *O Estado e a separação de poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALZBERGER, Eli M. A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why do we have an Independent Judiciary? *International Review of Law and Economics*, v.13, p.349-379, 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da mesma moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.113-148.

_____. Trajetória constitucional brasileira. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.3-78.

SCHMITT, Rogério. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SELIGMAN, Felipe. STF resiste à pressão de Ayres no mensalão. *Folha de S.Paulo*, 04 jun. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/46766-stf-resiste-a-pressao-de-ayres-no-mensalao.shtml>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

SHETREET, Shimon. *Judicial Independence: the contemporary debate*. United States: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. *Entre a transparência e o populismo judicial*. *Folha de S.Paulo*, 11 maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, José Augusto Garcia de. As vozes do Supremo e a sociedade. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento* (Supremo, mídia e opinião pública). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 39-40.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, André de. *Datafolha: três em cada quatro brasileiros são contra o financiamento de campanha por empresas privadas*. *O Globo*, 06 jul. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-tres-em-cada-quatro-brasileiros-sao-contr-financiamento-de-campanha-por-empresas-privadas-16672767>>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. *Renan afirma que ministros do STF terão que passar por nova sabatina e provoca reação de Marco Aurélio*. *O Globo*, 07 maio 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/renan-afirma-que-ministros-do-stf-terao-que-passar-por-nova-sabatina-provoca-reacao-de-marco-aurelio-16092235>>. Acesso em: 21 out. 2015.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the atitudinal model*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____. *The Supreme Court and the atitudinal model revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SPELLER, Pablo T.; GELY, Rafael. Strategic Judicial Decision-making. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.34-45.

STATON, Jeffrey K. Constitutional Review and the selective promotion of case results. *American Journal of Political Science*, v.50, n.1, p.98-112, 2006.

STEPHENSON, Matthew C. 'When the devil turns': the political foundations of independent judicial review. *Journal of Legal Studies*, v.32, p.59-89, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *A PEC da Bengala e/ou "O curioso caso da PEC Benjamin Button"*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-12/senso-incomum-pec-bengala-eou-curioso-pec-benjamin-button>>. Acesso em: 21 out. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.11-18.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo Tribunal Federal: 150 anos*. Brasília: Secretaria do Supremo Tribunal Federal, 1978.

TATE, C. Neal. Courts and Crisis Regimes: a theory sketch with Asian Case Studies. *Political Research Quarterly*, v.46, n.2, p.311-338, 1993.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.51, n.4, p.825-864, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.189, p.9-52, nov. 2010.

TOHARIA, José J. Judicial Independence in an authoritarian regime: the case of contemporary Spain. *Law & Society*, n.3, p.475-496, 1975.

TRIBOLI, Pierre. Câmara rejeita PEC 37; texto será arquivado. Disponível em: *Câmara dos Deputados*, 25 jun. 2013. <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446071-CAMARA-REJEITA-PEC-37;-TEXTO-SERA-ARQUIVADO.html>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

TROCHEV, Alexei. Less Democracy, more courts: a puzzle of judicial review in Russia. *Law & Society Review*, v.38, n.3, p.513-548, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

TÜRNER, Cláudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo. FGV SB*. v.250, p.27-74, 2009.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O valor da Constituição: separação de poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade na origem do Estado Liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1975. 209f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1975.

_____. O Supremo Tribunal no Império e na República. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto. *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. p.7-24.

VALÉRIO, Otávio L.S. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)*. 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VANBERG, Georg. Establishing judicial Independence in West Germany: the impact of opinion leadership and separation of powers. *Comparative Politics*, n.32, p.333-353, Apr. 2000.

_____. Legislative-Judicial relations: a game-theoretic approach to constitutional review. *American Journal of Political Science*, v.45, n.2, p.346-361, 2001.

_____. *The politics of constitutional review in Germany*. USA: Cambridge University Press, 2005.

_____. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Ed.). *The Oxford handbook of Law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p.99-118.

_____. Constitutional Courts in Comparative Perspective: a theoretical Assessment. *Annual Review of Political Science*, v.18, p.167-185, 2015.

VENANCIO FILHO, Alberto. Juízes e tribunais: perspectivas da história da justiça no Brasil – o STF na República Velha. *Revista de Direito Público*, v.8, n.41, p.191-217, set./out. 2001.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paulos Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v.19, n.2, p.39-85, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha Melo; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p.441-463, jul./dez. 2008.

VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

VILLA, Marco Antonio. *O nascimento da república no Brasil: a primeira década do novo regime*. São Paulo: Ática, 1997.

VILLA, Marco Antonio. *História das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011.

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

WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v.1, n.3, p.446-474, 2003.

WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your friendly hand: political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v.99, n.4, p.583-596, nov. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.