

Comportamento estratégico do STF nas questões de interesse governista: ativismo judicial ou prudência?

Strategic behavior of the Brazilian Supreme Court on issues of government concern: judicial activism or prudence?

Fabrcio Castagna Lunardi¹

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de investigar a efetiva atuação do STF nas questões de interesse governista no período compreendido desde o ano de 1985 (que marca a redemocratização) até 2018 (ano da última eleição presidencial), sobretudo na imple-

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Juiz de Direito da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios desde 2009. Professor de direito processual civil e de direito constitucional da UFSM no período de 2006 a 2007. É professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), da Escola de Formação Judiciária do TJDFT e dos cursos de Pós-Graduação 'Lato Sensu' do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Coordenador-Geral da Escola de Formação Judiciária do TJDFT. Coordenador da Linha de Pesquisa 'Direito Processual, Sistemas de Justiça e Inovação', da EFJ/TJDFT. Coordenador da Sub Linha de Pesquisa 'Direito Processual Civil, Inovação, Justiça e Sociedade' e da Sublinha 'Gestão de Processos' (EFJ/TJDFT). Autor dos livros 'Curso de Direito Processual Civil' (Saraiva, 2019), 'O STF na política e a política no STF' (Saraiva, 2020), dentre outros; coautor dos livros 'Curso de Sentença Cível' (Juspodivm, 2019) e 'Curso de Sentença Penal' (Juspodivm, 2020). ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9512-8394>

mentação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos, considerando os modelos de comportamento judicial, as análises comparativas com outros sistemas de justiça e as pesquisas empíricas sobre o tema. Para atingir os seus escopos, a pesquisa se desenvolve a partir de uma linha crítico-metodológica, com amparo nas teorias políticas e em análises comparativas, para além de questões puramente normativas, buscando-se analisar os problemas sobretudo do ponto de vista político-institucional e comportamental, considerando o padrão de atuação da Corte Constitucional brasileira. Conclui-se que o STF, nas questões de interesse governista, costuma atuar com prudência, ou seja, ser bastante cauteloso. Além disso, a Corte possui atuação tímida na proteção de direitos fundamentais, ao menos em termos quantitativos. No âmbito do arbitramento dos conflitos políticos, o STF comumente decide alocando poder ao órgão ou ente mais forte, a não ser que tal medida seja de inconstitucionalidade manifesta.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Comportamento estratégico. Direitos fundamentais. Conflitos políticos. Ativismo judicial.

Abstract: This paper aims to investigate the effective performance of the Brazilian Supreme Court in matters of governmental interest in the period from 1985 (which marks the re-democratization) to 2018 (year of the last presidential election), especially in the implementation of human rights and the arbitration of political conflicts, considering the models of judicial behavior, comparative analyzes with other justice systems and empirical researches. To reach its scopes, the research is developed from a critical-methodological line, based on political theories and comparative analyzes, beyond purely normative

questions, seeking to analyze the problems above all from the political-institutional and behavioral points of view, considering the performance pattern of the Brazilian Constitutional Court. It is concluded that the Brazilian Supreme Court, in matters of governmental interest, usually acts with caution, that is, being very cautious. In addition, the Court has a timid performance in protecting fundamental rights, at least in quantitative terms. In the context of the arbitration of political conflicts, Brazilian Supreme Court commonly decides by allocating power to the organ or stronger entity, unless such a measure is of manifest unconstitutionality.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Strategic behavior. Human rights. Political conflicts. Judicial activism.

1. Introdução

Diversos estudos têm sido realizados, em âmbito mundial, acerca dos modelos de comportamento judicial e da atuação das Cortes Constitucionais em questões de interesse governista, sobretudo no arbitramento de conflitos políticos e na implementação de direitos fundamentais. No entanto, no Brasil, comparativamente, ainda são escassos os estudos sobre a atuação do STF nessas searas, considerando os modelos de comportamento judicial e, do ponto de vista empírico, como tem efetivamente se comportado quando existe pressão do governo. Ao revés, é comum que sejam realizadas afirmações de que o STF tem sido ativista em questões de natureza política e na implementação de direitos fundamentais. Contudo, análises comparativas e pesquisas empíricas talvez mostrem uma outra realidade e coloquem em xeque tais afirmações.

Assim, a presente pesquisa se torna importante na medida em que, embora vários autores já tenham desenvolvido diversas teorias defendendo o ativismo judicial ou autocontenção, há carência de uma investigação crítico-reflexiva, teórica e empírica sobre a efetiva atuação do STF nas questões de interesse governista, que considere os modelos de comportamento judicial, as análises comparativas com outros sistemas de justiça e as pesquisas empíricas sobre o tema.

As possíveis respostas para o problema não podem ser buscadas apenas analisando-se as disposições constitucionais ou alguns acórdãos da Corte Constitucional brasileira, senão a partir de uma análise mais profunda, que leve em conta a sua produção global, em certo espaço de tempo e contexto, na sua inter-relação com o Poder Executivo e considerando o comportamento dos diversos atores no cenário político. É exatamente nesse intervalo ainda pouco explorado que se concentra esta pesquisa, para além das investigações convencionais.

Para atingir os seus escopos, este artigo se desenvolve com base na opção de uma linha crítico-metodológica, com amparo nas teorias políticas e de direito constitucional comparado, para além de questões puramente normativas, buscando-se analisar os problemas sobretudo do ponto de vista político-institucional e comportamental, considerando o padrão de atuação da Corte Constitucional brasileira.

A fim de se realizar essa investigação, serão analisadas diversas pesquisas empíricas sobre a atuação do STF a partir do ano de 1985, que marca a redemocratização no Brasil e a partir de quando surgem diversas reformas estruturais no país, as quais serão questionadas na Corte Constitucional brasileira. A pesquisa se estende até a crise política de 2013 a 2018 (ano da última eleição presidencial)², onde a atuação

2 De 2013 a 2018, houve mais de duas dezenas de manifestações populares

do Supremo ganhou novos contornos, diante do julgamento de ações envolvendo autoridades da República e políticos influentes.

Portanto, é imprescindível investigar como o comportamento judicial é impactado quando as decisões do STF tendem a afetar interesses do governo, bem como quais são as estratégias de que se utiliza para efetivar direitos fundamentais e arbitrar conflitos políticos.

2. A atuação das cortes constitucionais na implementação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos: obstáculos e estratégias

As pesquisas sobre comportamento judicial adotam, isolada ou conjuntamente, três modelos de abordagem, quais sejam, o jurídico, o atitudinal e o estratégico. Esses modelos tentam explicar, basicamente, o que motiva ou constrange os juízes a tomar suas decisões.

Os juízes que se comportam de acordo com o modelo jurídico tradicional são os que procuram simplesmente seguir o direito (leis em sentido amplo, jurisprudência etc.), de modo que as motivações e as restrições estão basicamente no sistema jurídico. Os julgadores que seguem o modelo atitudinal de comportamento³ tomam decisões políticas sem maiores restrições e de acordo com as suas preferências políticas ou ideológicas individuais.⁴ Os estratégicos, por fim,

pelo país contra elites políticas, algumas delas com mais de 2 milhões de pessoas participando (LUNARDI, 2019, pp. 83/84).

3 Este modelo foi mais desenvolvido e ganhou notoriedade pelo trabalho de Jeffrey Segal e Harold Spaeth (1993).

4 MELLO, 2015, p. 287.

são os que tomam decisões políticas, mas são limitados por outros atores, como os demais juízes da corte constitucional, os outros órgãos políticos e/ou estatais e a opinião pública.⁵

Segundo diversos autores que estudam o comportamento judicial, como Gretchen Helmke e Julio Ríos-Figueroa, o modelo estratégico é o que tem mais influência no estudo sobre a tomadas de decisões pelas cortes constitucionais latino-americanas, comparativamente às demais abordagens.⁶ Entretanto, sobretudo quando se analisa o contexto brasileiro, observa-se que, ao contrário disso, na grande massa de casos que são submetidos ao STF, o julgamento com base no direito é a regra.⁷ É comparativamente menor o quantitativo de casos em que a ideologia, o interesse ou a pessoa envolvida pode mudar esse curso. Todavia, são exatamente esses os casos que geram grande impacto sobre o poder judicial e a independência da Corte, e que podem

5 HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 13/14.

6 "The rapid evolution of the subfield of Latin American judicial politics in the 1990s serves, in many ways, as a mirror image to the theoretical trajectory followed in the U.S. judicial politics literature. Thus far, the strategic model has had more influence on the study of judicial decision making in the region than either of the other two approaches (Iaryczower et al. 2002; Helmke 2002, 2005; Chávez 2004; Scribner 2004; Staton 2002; Ríos-Figueroa 2007; Staton 2010). One reason is that this was where most of the cutting-edge theoretical work was taking place in broader disciplines at the time (Epstein and Knight 2000), but also it certainly made good practical sense to turn to models that gave pride of place to the enormous political pressures that Latin American judges notoriously face. As this volume attests, the 'strategic revolution' is still very much underway for judicial politics in Latin America, but many of our authors are also reconfiguring and, in some instances, challenging it in a variety of ways" (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, p. 14).

7 No Judiciário dos EUA, com um sistema típico de *common law*, também há a constatação empírica de que, na grande maioria dos casos, o direito domina os julgamentos, sendo reduzido o percentual de casos em que a ideologia terá papel determinante, mesmo considerando divisão ideológica entre republicanos e democratas (ASHENFELTER; EISENBERG, 1995, p. 281).

colocar em xeque o Estado de Direito⁸ e a própria estabilidade das instituições democráticas.

Nos países da América Latina, é bastante comum a concentração de poderes na figura do presidente e no poder federal em detrimento do parlamento e de governos estaduais.⁹ Nesse contexto, analisar a disposição da corte constitucional para controlar ações ou inações governamentais é fundamental para medir a sua atuação na implementação das condições democráticas.¹⁰

A experiência latino-americana – assim como também ocorre em âmbito mundial – mostra que as cortes constitucionais podem ser atacadas pelo governo e por outros atores políticos, ainda quando se consideram as democracias mais desenvolvidas e estáveis. É claro que a democratização possui importância fundamental para a independência judicial e também para o Estado de Direito, mas, mesmo em regimes democráticos estáveis, os tribunais constitucionais podem

8 “O Estado de Direito consiste em limitar o poder estatal por meio da ordem jurídica [...] Conjuntamente, têm-se diversos princípios e instituições que perfazem o sistema do Estado de Direito constitucional, tais como: princípio da legalidade; princípio da superioridade hierárquica da constituição; divisão funcional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; a existência de direitos fundamentais, dentre outros” (MASSAÚ, 2019, p. 297).

9 LUNARDI, 2020.

10 “Thus we assume that Latin American presidents are more powerful than legislatures, albeit to varying degrees (e.g., Mainwaring and Shugart 1997), and that federal governments are more powerful than state and local governments (e.g., Gibson 2004). This enables us to address certain kinds of questions (e.g., Does the court check the power of the president? Does the court limit the power of the federal government?) that we believe are fundamentally important. Thus, in classifying the role of the court in a country like Brazil or Mexico, it matters not only that constitutional courts have the ability to adjudicate intergovernmental disputes but also that they sometimes use this capacity to rule against the national government and/or the president” (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 9/10).

sofrer ataques e ter a sua atuação bastante limitada.¹¹

Embora os juízes constitucionais possam ter suas preferências em relação a determinados resultados políticos, para não sofrer ataques, retaliações ou tentativas de descumprimento, as suas decisões precisam ser palatáveis aos outros atores, tais como o presidente, os congressistas, os atores políticos e o público¹². Além disso, quanto maior for a independência judicial, maior será, em tese, a possibilidade de os juízes constitucionais tomarem as suas decisões sinceramente. Ademais, quanto mais a decisão se distancia da expectativa desses atores políticos relevantes e do público, maior é o risco de que ela seja descumprida ou de que sejam impostas sanções à corte constitucional.

Se uma decisão da suprema corte ficar dentro de um intervalo que atende o congresso e o presidente, ainda que possa beneficiar mais um do que o outro, ela terá maior facilidade de aceitação. Caso essa decisão fique fora de deter-

11 "Scholars of judicial politics have developed an impressive array of theoretical arguments to account for why governments might ever create courts empowered to constrain the state and for why such courts might ever exercise their power in practice. There can be no question that we know a great deal more about how judicial power works than we did at the beginning of this process. There are good reasons to suspect that politicians empower courts to solve credible commitment problems and to insure themselves against future electoral losses. There is considerable evidence that fractionalized politics provides the political cover necessary for judges to constrain arbitrary state action, and there is evidence that public support empowers courts, that judges believe it, and that they care about influencing it. This work all suggests that democratization may have a powerful influence on judicial independence and the rule of law. Yet it also seems that courts can be quite constrained, even in a democracy. Indeed the Latin American experience not only suggests that courts under democracy can be constrained but also reminds us that courts under democracy can be openly attacked" (HELMKE; STATON, 2011, p. 326).

12 Nesse contexto, há diversos outros atores que atuam politicamente em cada contexto, "partidos políticos, organizações religiosas, organizações sociais, instituições, famílias e outras". Aliás, "decorrem necessariamente disso os limites do exercício desse poder" (ZIMBICO, 2020, p. 363).

minados limites aceitáveis pelo presidente e pelo congresso, haverá menor possibilidade de aceitação e, por conseguinte, maior dificuldade de cumprimento, com mais probabilidade de retaliação.

Além disso, a aceitação ou não do público (ser ou não a decisão impopular) é um fator importante que pode ajudar ou não a corte a sustentar a sua decisão.¹³

Desse modo, é preciso considerar que, embora os juízes constitucionais possam, estrategicamente, tomar decisões de não interferência¹⁴ ou ser deferentes ao governo e aos políticos para evitar ataques a curto prazo, o povo estará ciente do que está acontecendo, de modo que isso pode prejudicar os índices de apoio popular ao Judiciário e a legitimidade da Corte a longo prazo.¹⁵

Com isso, não se pretende afirmar que os tribunais constitucionais são sempre subservientes. Embora o modelo estratégico seja útil para explicar o comportamento judicial em determinadas situações, há evidências de que, em diversos casos, juízes constitucionais latino-americanos se engajaram em tomar decisões arriscadas e corajosas, sabendo e sofrendo as consequências disso.¹⁶ Há pesquisas empíricas que apontam que, em vários países da América Latina, juízes das cortes constitucionais tomaram decisões de acordo com suas preferências sinceras e desafiaram autoridades políticas poderosas, sofrendo diversos ataques.¹⁷

De qualquer forma, também há estudos empíricos que mostram que a probabilidade de efetivação das suas deci-

13 HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 14/15.

14 FONTANA, 2011, p. 636.

15 HELMKE, 2010, pp. 409/410.

16 HELMKE, 2010, p. 410.

17 HELMKE; STATON, 2011, p. 326.

sões entra no cálculo estratégico dos juízes constitucionais.¹⁸ Embora se possa defender a existência de um paradigma jurídico ou atitudinal, é necessário, ao menos, considerar que há evidências de que os juízes de tribunais constitucionais agem estrategicamente. A probabilidade de cumprimento ou efetivação da decisão judicial comumente entra no cálculo estratégico dos juízes ao proferirem a decisão, o que, naturalmente, afeta a sua autonomia/independência, pois uma decisão judicial descumprida certamente impacta na credibilidade de todo o Judiciário, com graves consequências para a democracia e para o próprio Estado de Direito¹⁹.

Do ponto de vista da análise estratégica, ao se depararem com questões que tocam diretamente em interesses do governo e das elites políticas, os tribunais constitucionais podem ser extremamente prudentes ou cautelosos (não decidindo contra esses atores), e correm o risco de se tornarem irrelevantes, ou, ao serem agressivos e decidirem de acordo com suas preferências sinceras, arriscarem sofrer fortes represálias.²⁰

No caso brasileiro, a abordagem estratégica ganha ainda mais relevância quando se observa que o STF possui competência amplificada, de modo que praticamente qualquer ação pode chegar a ele, seja por meio do controle concentrado, seja pelo controle difuso, através do recurso extraordinário. Considerando a amplitude de competências do Supremo, o extenso rol de legitimados para a revisão judicial e os vários instrumentos para se chegar à Corte brasileira, tem-se uma arquitetura institucional que maximiza as possibilidades e complexifica as estratégias dos diversos atores.

18 BRINKS, 2011, p. 132.

19 BRINKS, 2011, p. 132.

20 HELMKE; STATON, 2011, p. 326.

Daniel Brinks, em estudo comparativo entre cortes constitucionais da América Latina, conclui que o STF resta enfraquecido pela sua falta de controle de entrada (*docket control*), o que acaba por inundar o Tribunal de demandas triviais e repetitivas.²¹ Contudo, tal afirmação é, no mínimo, questionável. Em primeiro lugar, porque o extenso rol de competências do Supremo amplifica o seu poder. O fato de qualquer ação poder chegar ao STF, pela via originária ou recursal, desde que questionada a aplicação de dispositivo constitucional, permite que ele possa ter o controle sobre toda e qualquer demanda que ingressar no Judiciário brasileiro, e decidir sobre ela em última instância. Em segundo lugar, porque, fazendo um controle de entrada, o Supremo pode escolher quais causas ou recursos admitirá para julgamento e quais não admitirá. Em terceiro, porque isso torna possível, ao menos em tese, que a Corte Constitucional brasileira julgue, em última instância, questões que não seriam propriamente constitucionais, mas que envolvem interesses do governo ou de poderosos atores políticos, fazendo que tenha um supercontrole sobre as demais instâncias judiciais.

Nesse contexto, para se aferir a capacidade institucional de o STF implementar direitos fundamentais e arbitrar conflitos políticos – duas situações em que comumente é admitida a revisão judicial²² –, é preciso considerar o que ele tem feito nessas searas. Assim como ocorre com as demais constituições latino-americanas, a Constituição brasileira possui uma parte orgânica, que estabelece as diferentes funções, competências e poderes entre os diversos órgãos estatais, e uma parte normativa, que trata dos direitos fundamentais.²³ No entanto, essas previsões formais, embora

21 BRINKS, 2011, p. 136.

22 MELLO, 2017, p. 408.

23 “To provide a common starting point for the volume, we begin with a

sejam pressupostos importantes para a atuação das cortes constitucionais, não indicam, por si só, que elas assumirão uma postura mais ativa na implementação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos.²⁴

Com base nessas premissas, é imprescindível investigar se e em que medida o STF está disposto a efetivar direitos fundamentais, bem como a arbitrar conflitos e distribuir poder entre órgãos políticos, decidindo contra o governo, partidos ou atores políticos poderosos.²⁵ Além disso, também é importante analisar como a Corte Constitucional brasileira tem atuado na efetivação de direitos fundamentais e no arbitramento de conflitos políticos, como exerce o seu poder jurídico, quais interesses privilegia, quais são as suas estratégias e quais os riscos que enfrenta ou busca minimizar.

simple conceptualization of the role of constitutional courts based on the organization of modern constitutions. Structurally, constitutions are divided into an 'organic' part that establishes the different branches of government, their powers, and their reciprocal relationships and a 'normative' part that deals with individual rights. These two elements were prefigured by Montesquieu (1997, Book XII, 216), who distinguished between the 'political liberty as relative to the constitution', that is, 'formed by a certain distribution of the three powers', and the 'political liberty of the subject' that defines the relationship between the state and its citizens. Classic twentieth-century constitutional theorists Hans Kelsen and Carl Schmitt also refer to the two parts of modern constitutions: the former in his discussion of the 'material' and 'formal' understanding of the constitution, the latter distinguishing between the 'principle of distribution' (basic rights) and the 'organizational principle' (separation of powers) of modern constitutions" (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 7/8).

- 24 Com efeito, por diversas questões contextuais, é possível que exista previsão constitucional de revisão judicial pela Corte Constitucional, mas não haja, efetivamente, controle sobre a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.
- 25 Essa métrica também é utilizada por Gretchen Helmke e Julio Ríos-Figueroa (2011, pp. 8/9).

3. O comportamento estratégico do STF e a proteção de direitos fundamentais: análises empíricas e comparativas

Estabelecer no texto constitucional um rol de direitos fundamentais e conferir à corte constitucional a missão de lhes garantir efetividade – embora seja um fator relevante – não é condição suficiente para a sua implementação. Com efeito, diversas são as circunstâncias e contextos que podem fazer com que os direitos fundamentais ocupem (ou não) a centralidade da pauta das cortes constitucionais.

Em pesquisa empírica, Helmke e Ríos-Figueroa observaram que, após 1988, a Corte Constitucional brasileira passou a atuar amplamente no arbitramento de conflitos intergovernamentais, distribuindo poder e fixando competências entre órgãos políticos, nos diversos níveis (federal, estadual e municipal).²⁶ De outro lado, os mesmos autores apontam que a atuação do Tribunal Constitucional brasileiro ainda é tímida em relação à proteção de direitos fundamentais, sobretudo em relação aos direitos de segunda e terceira geração.²⁷

26 Além disso, essa mesma pesquisa demonstrou que existe tendência de o Supremo Tribunal Federal arbitrar os conflitos intergovernamentais em favor do Poder Executivo e do governo federal.

27 Após apresentar gráfico com tais dados na página 9, Helmke e Ríos-Figueroa assim descrevem a sua análise: “Contemporary Brazil and Mexico are best located, albeit imperfectly, in the second cell. To date, the Brazilian Supremo Tribunal Federal has gained recognition for its role arbitrating numerous intergovernmental disputes, ranging from the impeachment of former president Collor and the constitutionality of presidential decrees to deciding federal-state disputes over election rules and fiscal responsibility (see Chapter 6). But the Brazilian court has generally shied away from protecting social and economic rights or so-called second- or third-generation rights. This is the general portrait that comes out of the two chapters on Brazil by Kapiszewski (Chapter 6)

Em termos comparativos, observa-se que o STF está à frente da maioria dos tribunais latino-americanos no que se refere à sua interferência no campo do arbitramento de conflitos intergovernamentais e da proteção de direitos fundamentais, mas, em relação a ambos os aspectos, o Tribunal Constitucional da Costa Rica (pós-1989), por exemplo, teve um papel bem mais significativo.²⁸

Em pesquisa empírica realizada no Brasil, verificou-se que apenas 11% das decisões de procedência em sede de ações diretas de inconstitucionalidade mencionaram como fundamento a proteção de direitos fundamentais. Além disso, constatou-se que 60% desses julgamentos “com base” em direitos fundamentais foram, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos, como aponta Juliano Zaiden Benvindo.²⁹ Tais dados demonstram empiricamente que a

and Brinks (Chapter 5), respectively. Yet it is important to note that both these authors also qualify this characterization. Chapter 5, for instance, emphasizes that despite the Supremo Tribunal Federal’s capacity and willingness to arbitrate interbranch conflicts, it tends to rule in favor of the executive branch or the federal government. Thus, at least by the second outcome-oriented criterion we laid out earlier, the Brazilian court clearly falls short of our ideal type. At the same time, Kapiszewski and Brinks both note that the Supremo Tribunal Federal has done a fairly good job in protecting first-generation rights. For both these reasons, we situate the Brazilian case in the bottom left portion of the cell. A similarly nuanced picture emerges in Sánchez, Magaloni, and Magar’s excellent chapter on the Mexican Supreme Court. Although the recently reformed court has cut its teeth mainly as an arbiter of federal disputes, a string of recent decisions regarding due process rights, the privacy rights of transsexuals, and the right to terminate a pregnancy perhaps signal a future jurisprudence of rights enforcement” (HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 12/13).

28 Nesse sentido, o gráfico que retrata a pesquisa empírica realizada por Helmke e Ríos-Figueroa (2011, pp. 12/13).

29 “Na verdade, houve um total de apenas setenta e duas ADIs julgadas procedentes nesse tema dentro do espectro examinado, demonstrando que o tema dos ‘direitos fundamentais’ não tem sido efetivamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No âmbito das ADIs contra legislação federal, verifica-se que, com pequenas

salvaguarda dos direitos fundamentais não tem sido exatamente o foco do controle concentrado de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional brasileira. Além disso, talvez os direitos fundamentais estejam sendo usados desvirtuadamente como fundamento para defesa de outros interesses. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro, não se pode idolatrar a revisão judicial realizada pelo STF como sendo o grande remédio para a proteção dos direitos fundamentais.

No Brasil, os juízes de primeira instância e tribunais inferiores são mais ativos em deferir demandas baseadas no direito à vida, à saúde, à educação, entre outros, mas a concessão desses direitos diminui à medida que se passa para a análise a atuação dos tribunais superiores e do STF. Conforme Daniel Brinks, nas demandas em que o STF decidiu a favor da expansão desses direitos, protegeu direitos da classe média e reivindicações *mainstream*, muitas vezes,

flutuações, as decisões de procedência relativas a direitos fundamentais não ultrapassaram 11% dos casos e, no caso das ADIs contra legislação estadual, somente se alcançou o índice de 11% no ano atípico de 2012, mais devido a uma retração do número global de julgamentos do que a um incremento de decisões nesse campo. Entre todos os casos enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, constatou-se que 1/4 das decisões referia-se aos direitos de igualdade e proporcionalidade (indicando falta de razoabilidade de certas leis e garantias ao processo judicial); 10% aos clássicos direitos de primeira geração, tais como irretroatividade das leis e direitos de liberdade; e menos de 5% à proteção de direitos difusos e direitos da ordem social. Porém, mesmo nessa esfera de direitos fundamentais, percebe-se que parte relevante desse montante está relacionado à defesa de interesses corporativos - eis a razão para se ter uma prevalência de questões sobre isonomia e garantias processuais -, com poucos casos mais diretamente relacionados a temas de direitos voltados para um espectro mais geral da sociedade. Prevalece, sim, um certo controle corporativo de constitucionalidade, muito mais do que um controle que se volta a defender os direitos e garantias dos cidadãos em geral. Aliás, no âmbito das ADIs contra legislação federal, pode-se dizer que 60% das decisões sobre direitos fundamentais são, na verdade, decisões em prol de interesses corporativos" (BENVINDO, 2014).

ao capacitar o governo a agir no controle de instituições privadas, em vez de exigir ação adicional do governo.³⁰

Segundo Diana Kapiszewski, estudos empíricos mostram que (ao menos até 2005, último ano da sua pesquisa) o STF não desempenhou um papel de destaque na proteção de direitos. Além disso, embora vários ministros do STF enfatizem o papel da Corte em relação aos direitos fundamentais de primeira geração (sobretudo no âmbito do direito penal), nenhum deles consegue citar um caso significativo de proteção de direitos socioeconômicos (direitos fundamentais de segunda geração).³¹

Isso talvez possa ser explicado pelo fato de que, dada a estrutura do Judiciário brasileiro, com poucos mecanismos para reivindicar direitos fundamentais diretamente no STF – comparativamente a outros países, como Costa Rica –, os juízes de primeira instância e os tribunais de segunda instância tratam mais frequentemente desses direitos que a Corte Constitucional brasileira.³²

Naturalmente, se a proteção efetiva de direitos fundamentais ocorre já nas instâncias inferiores – na primeira e na segunda instância –, diante da incorporação da cultura constitucional nesses juízos, talvez o STF não seja tão de-

30 BRINKS, 2011, pp. 142/143.

31 KAPISZEWSKI, 2011, p. 161.

32 “As noted earlier, given the structure of the Brazilian judiciary and the few mechanisms available to vindicate rights directly before the STF, we might expect that lower federal courts, and even state courts, would deal more frequently with rights cases than would the STF – and thus the explanation is in part institutional. Yet if lower courts were ruling on the extraordinary numbers of rights cases the constitutional opportunity structure would appear to encourage, we would expect to see more cases regarding rights of all types in the STF, given Brazil’s permissive judicial appeals structure. Instead, a look on the ground suggests that socioeconomic rights adjudication in particular has been somewhat slow to develop at all levels of the Brazilian court system – compromising the STF’s ability to assume an active role in rights adjudication” (KAPISZEWSKI, 2011, p. 171).

mandado nessas questões. Mas não é só isso. As principais decisões progressistas em termos de proteção direitos fundamentais tiveram início na primeira instância e nos tribunais de segunda instância.

Quando se comenta a atuação da Corte Constitucional brasileira em matéria de proteção de direitos fundamentais, citam-se comumente questões como o direito ao aborto de feto anencefálico³³ e o reconhecimento de união estável entre casais homoafetivos³⁴. Ainda que não se possa negar a importância de tais decisões, os mesmos direitos já eram garantidos por decisões de primeira e segunda instância há mais de dez anos antes.³⁵

De outro lado, como já mencionado, é possível observar que o STF tem sido bem mais atuante no arbitramento de conflitos políticos. Aliás, há estudos empíricos que mostram que o grau de atuação do STF nesta seara raramente encontra paralelo nas cortes constitucionais latino-americanas,³⁶ como adiante se mostrará.

4. O comportamento estratégico do STF no arbitramento de conflitos políticos: entre a timidez e a prudência

Diante da vagueza do texto constitucional de 1988, houve incentivos para o STF definir a distribuição de poder entre os diversos órgãos dos governos federal, estadual e

33 STF, ADPF n.º 54, 2012.

34 STF, ADI n.º 4277, 2011; STF, ADPF n.º 132, 2011.

35 Em relação ao reconhecimento de união estável homoafetiva, por exemplo: TJRS, Apelação Cível n.º 598362655, 2000. No tocante à autorização de aborto de feto com anencefalia: TJRS, Apelação Crime n.º 70005037072, 2002.

36 TAYLOR, 2014, p. 163.

municipal, bem como decidir sobre a extensão e os limites do Poder Executivo frente aos demais Poderes Constituídos.³⁷

Além disso, o STF reforçou o poder do governo no acionamento da Corte, ao apoiar a ação declaratória de constitucionalidade. Como afirma Diana Kapiszewski, a ADC é um mecanismo que ajuda a acelerar as decisões judiciais definitivas, bem como prevenir ou atenuar a contestação da política federal nos tribunais inferiores.³⁸

O STF foi acionado para decidir sobre o arbitramento de disputas horizontais entre órgãos públicos e entre os Poderes Constituídos, bem como disputas verticais, entre diferentes níveis de governo (federal, estadual e municipal). O Tribunal Constitucional brasileiro também distribuiu poder político através do arbitramento de conflitos entre atores políticos.³⁹ Nesse sentido, pesquisa empírica demonstrou que, considerando questões politicamente importantes (no período analisado, de 1985 a 2004), em 58% dos casos, o STF

37 Na presente tese, o foco é o papel das cortes constitucionais, especialmente do STF, na democracia brasileira. No entanto, não se ignora a importância do estudo das demais instâncias judiciais, sobretudo da Justiça Federal, no julgamento de questões com impacto significativo na política, na economia e na democracia. Como bem ressalta Matthew Taylor: “[...] the policy effects of Brazil’s federal court decisions can be significant. On numerous occasions, courts have been called upon to evaluate decisions made by Congress or the president, and on a fair number of such occasions, courts effectively halted policy implementation and sent policymakers back to the drawing board, with effects that reverberated across the entire body politic. Less dramatic, but nonetheless significant, were the thousands of daily interactions between government and society in the courts that, in an accretive fashion, have played a role in defining the options available to policymakers. In sum, the evidence suggests that over the past two decades, during Brazil’s dual transition to market economics and democratic government, courts at all levels of the judiciary have helped to define the alternatives available to policymakers, legitimating or de-legitimating certain policy choices.” (TAYLOR, 2014, p. 3)

38 KAPISZEWSKI, 2011, p. 157.

39 KAPISZEWSKI, 2011, p. 157.

distribuiu poder entre diferentes órgãos governamentais ou atores políticos. Em 25% deles, participou da governança econômica ao decidir sobre a legalidade e/ou a constitucionalidade (não baseada em direitos) da política econômica. Ademais, em 16% desses casos, julgou os direitos constitucionais, ao decidir se a política nacional (e a política econômica em particular) violava as garantias constitucionais.⁴⁰

De um lado, em termos comparativos, é possível observar que os quantitativos de ajuizamento de ações buscando declaração de inconstitucionalidade no STF e de leis federais invalidadas pela Suprema Corte brasileira atingem níveis bem superiores aos dos demais países do continente americano.⁴¹ Entretanto, internamente e em termos absolutos, há evidências de que a atuação da Corte Constitucional brasileira tem sido majoritariamente favorável ao governo. No tocante às suas decisões sobre os conflitos políticos, pesquisas empíricas apontam que a atuação do STF tem sido pró-governo em sua maioria, sobretudo em questões de política econômica. De outro lado, quando as decisões são contrárias ao governo, referem-se, em sua maioria, a decisões favoráveis

40 “During Brazil’s first two posttransition decades, the STF decided a broad range of politically important cases. Appendix A lists the cases on which the present analysis is based: a systematically selected sample of fifty-five politically important cases the STF considered between 1985 and 2004. The cases can be loosely organized into three categories: in thirty-two of the fifty-five rulings under study (58% of the sample), the court distributed power among different government branches or political actors; in fourteen cases (25% of the sample), the court participated in economic governance by ruling on the legality and/or (non-rights-based) constitutionality of economic policy; and in nine cases (16% of the sample), the court adjudicated rights by deciding whether national policy (and economic policy in particular) violated constitutional guarantees. This section discusses these categories and the rulings placed in each. Appendix B contains definitions for many of the technical terms used throughout the rest of the chapter” (KAPISZEWSKI, 2011, pp. 156/157).

41 TAYLOR, 2014, pp. 13/14.

a interesses corporativistas de servidores públicos.⁴²

Outra pesquisa demonstrou que o STF comumente age com cautela, pois não alocou consistentemente poder aos órgãos mais fracos do governo federal ou dos Estados, nem desafiou atores políticos dominantes.⁴³

Além disso, considerando questões de política econômica, o Supremo tradicionalmente se abstém de vetar reformas estruturais conduzidas pelo governo federal,⁴⁴ embora já tenha proferido decisões que geraram prejuízos de elevada monta ao governo.⁴⁵

42 “Kapiszewski (2007, 2009) further describes a court that is mostly cautious in either support for or opposition to policy initiatives but that also found or created the requisite constitutional space for the pro-market and fiscally restrained policies of the 1990s. In the twenty most important controversies involving the government’s economic policy initiatives, the court strongly endorsed six of those initiatives and weakly endorsed another five, upholding more than half in spite of the highly statist tendencies of the 1988 constitution and the long history of welfare statism in Brazil. Of the remaining nine, the court only weakly challenged five (four of which related to the salaries and benefits of public employees, thus directly affecting the courts’ interests) and strongly challenged only four (again, three directly affecting public employees’ salaries and benefits). In short, the court upheld more than half of the challenged initiatives, only strongly challenged 20 percent of them, and seven of the nine initiatives it did challenge were policies that centrally affected public employees – including judges – and thus affected the court’s corporatist concerns” (BRINKS, 2011, p. 143).

43 KAPISZEWSKI, 2011, pp. 175/176.

44 BRINKS, 2011, p. 143.

45 “This important policy effect continues today. In 2005 and 2006, Brazilian courts have shaped policy on a number of fronts. To name just a few recent cases: the high court overruled a decade-old reform aimed at reducing the number of small political parties in Congress; federal courts overruled the CADE regulatory board to permit an R\$600 million corporate acquisition by Nestlé; and the STF rejected Congress’s effort to nearly double members’ salaries. Most impressively, a November 2005 decision ruled that a 1998 increase in the pension contribution paid by businesses (known as PIS/Cofins)—implemented as Brazil was facing significant market uncertainty in the wake of the Russian financial crisis—was unconstitutional. Although

Diana Kapiszewski, com base em pesquisa empírica realizada na Corte Constitucional brasileira, no período de 1985-2004, sobre casos relativos a políticas econômicas cruciais, concluiu que as suas decisões judiciais equilibram um conjunto discreto de considerações quando decidem casos importantes, tais como a ideologias dos juízes, seus interesses institucionais, as possíveis consequências de suas decisões, a opinião pública, as preferências dos líderes eleitos e as leis. Conclui a autora que, nos diferentes casos, o STF alterna entre desafiar e endossar o exercício do poder do governo.⁴⁶

Além disso, o STF favorece mais o Executivo do que qualquer outro órgão ou instituição. Também favorece mais entes estatais do que não estatais. E é mais ativo em derrubar leis estaduais do que leis federais.⁴⁷ No entanto, há diversas pesquisas empíricas que mostram que, embora a Corte Constitucional brasileira geralmente favoreça o governo, não favorece mais um governo do que outro.⁴⁸

Essas pesquisas também mostram que o STF nem apoiou políticas flagrantemente inconsistentes com a Constituição, nem colocou obstáculos intransponíveis às políticas governamentais.⁴⁹

the final effects of the decision are debatable, estimates of its cost range as high as R\$26.8 billion, more than 10 percent of total federal government tax collections, or 2 percent of GDP" (TAYLOR, 2014, p. 14).

46 KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*, New York, v. 45, n. 2, p. 471-506, 2011. p. 471.

47 BRINKS, p. 145.

48 TAYLOR, 2014, p. 86/87. Também nesse sentido: BRINKS, 2011, p. 145.

49 "In terms of the STF's behavior, the sample of cases under study suggests that it was selectively assertive vis-à-vis elected leaders in playing the roles it was assigned or assumed. When distributing power, the STF generally acted cautiously: it did not consistently allocate power to the weaker branch of government or to the states (in cases involving federalism questions) or in a way that challenged dominant political actors. Likewise, it most

A hipótese de o STF ser mais permeável ao diálogo com os interesses governistas é corroborado pela utilização do mecanismo da repercussão geral, quando a Corte suspende todos os processos que tramitam sobre determinado tema enquanto ele é analisado e julgado. Analisando-se todas as suspensões determinadas pelo STF, em razão da repercussão geral, desde a entrada em vigor do CPC/2015 até a data de 12/7/2018, relativos a temas ainda não julgados até a referida data, observa-se que, dos 29 temas, 17 eram de natureza tributária. Em 9, estavam envolvidos direitos ou deveres da Fazenda Pública, com interesse econômico direto desta. Por fim, em apenas 3 temas não havia interesse econômico direto do governo.⁵⁰ Isto é, considerando-se todos os temas que geraram suspensão de ações em razão de repercussão geral (na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015) e ainda não

often followed a middle-of-the-road course when evaluating economic policy, neither fully endorsing unconstitutional initiatives nor placing insurmountable obstacles in policy makers' way. Its rulings on the few important rights cases that came before it were perhaps even less assertive vis-à-vis government leaders. This depiction of the STF challenges the characterizations offered by other students of the court, who variously applaud or malign what they view as its frequent and intense challenges to elected leaders (e.g., Werneck Vianna et al. 1999; Arantes 1997; Santiso 2004). I contend elsewhere (Kapiszewski 2007) that the court's measured rulings on politically important cases reflect its inherent pragmatism – or at least the pragmatism of a majority of its justices" (KAPISZEWSKI, 2011, pp. 175/176).

- 50 Os temas são identificados pelo STF por números. De 18/3/2016 (data da entrada em vigor do CPC/2015) até 12/7/2018 (data da pesquisa), considerando-se as suspensões determinadas pelo STF em razão de repercussão geral, é possível observar que: a) possuem natureza tributária os temas de número: 32, 64, 179, 176, 160, 437, 490, 520, 653, 669, 736, 933, 884, 918, 881, 885, 517; b) os seguintes temas envolvem direitos ou deveres da Fazenda Pública, de natureza não-tributária: 45, 112, 131, 521, 899, 897, 864, 976, 966; e c) são temas em que não há interesse econômico do Estado: 944, 822, 992. (Pesquisa realizada a partir da coleta de dados realizada a partir da tabela de temas disponibilizada pelo STF (STF, Repercussão Geral, 2018).

havia sido julgados, em 89% deles estavam envolvidos diretamente interesses do governo.

Daniel Brinks também aponta que as decisões dos juízes do STF, em geral, apoiam as políticas públicas do governo federal, desafiando-as apenas quando seus próprios interesses estão em jogo ou em defesa de princípios claramente estabelecidos e amplamente aceitos. Segundo o autor, as suas decisões, em geral, são impulsionadas pela preocupação com consequências econômicas e políticas adversas, ou com a integridade do direito. Conforme Brinks, quando as causas não afetam a política do governo, o STF age de forma efetiva para proteger direitos. De outro lado, para ele, revela-se um órgão fraco para vigiar a separação de poderes, pois é mais propenso a apoiar o poder presidencial.⁵¹ Para o autor, a possibilidade de o presidente da República nomear juízes do STF que simpatizem com ele e com a sua agenda os torna tendentes a uma deferência para as prerrogativas presidenciais e para as políticas presidenciais prioritárias, no sentido de que serão favoráveis ao presidente nos conflitos entre órgãos públicos, a menos que a afirmação do poder presidencial possa ameaçar desbalancear o regime.⁵²

Segundo pesquisa empírica realizada por Brinks, que vai até 2005, os ministros da Corte brasileira seriam pouco afetados pela pressão política ou por um favoritismo manifesto.⁵³ Para o autor, o comportamento do STF seria centrista, cauteloso, que segue o direito e a política convencional e simpatizante do papel do Executivo, mas os ministros da Corte seriam em grande medida isolados das pressões políticas após a sua nomeação para o cargo.⁵⁴

51 BRINKS, 2011, pp. 145/146.

52 BRINKS, 2011, p. 147.

53 BRINKS, 2011, p. 145.

54 BRINKS, 2011, pp. 143/144.

Brinks define o STF como “um tribunal poderoso, um pouco limitado em sua capacidade de promover mudanças, mas com capacidade considerável para proteger regras bem estabelecidas e populares, especialmente se isso apenas requer um veto à ação do governo”.⁵⁵ De forma semelhante, Diana Kapiszewski, analisando o comportamento da Corte Suprema brasileira, afirma que ela realiza uma espécie de “equilíbrio tático” (*tactical balancing*), com implicações importantes para o Estado de Direito e a estabilidade do regime democrático.⁵⁶

Se fosse possível definir o comportamento judicial do STF numa única palavra quando atua para arbitrar conflitos políticos, essa palavra seria prudência. Ao distribuir poder, o STF costuma ser bastante cauteloso. Comumente, aloca poder em relação ao órgão ou ente mais forte, a não ser que tal medida seja de inconstitucionalidade manifesta.

Todavia, ainda que se possa defender que seja algo contingencial no curto prazo, esse tipo de “prudência” pode gerar consequências extremamente negativas a médio e a longo prazo. Com efeito, esse comportamento pode passar a impressão, para o público em geral e para os futuros litigantes, de que o Tribunal Constitucional brasileiro seria fraco, partidário ou que não teria aptidão para defender direitos. Pode, ainda, ser tão prejudicial a minorias políticas que, quando estas chegarem ao poder, terão grandes motivos para reformar de forma significativa a Corte Constitucional.⁵⁷

Embora, durante muito tempo, possa se ter criado uma imagem de um STF neutro e forte⁵⁸, é possível ob-

55 Tradução livre: BRINKS, 2011, p. 137.

56 KAPISZEWSKI, 2011, p. 471.

57 A esse respeito, Gretchen Helmke e Jeffrey Staton (2011, p. 325).

58 Para Matthew Taylor, o Judiciário brasileiro foi chamado, em muitas ocasiões, para invalidar decisões tomadas pelo Congresso ou pelo

servar que, no Brasil, todas essas análises ganharão novos contornos na crise política de 2013 a 2018, período que será muito revelador acerca da relação entre os membros dos Poderes Constituídos. A título de exemplo, a Suprema Corte brasileira processou o Mandado de Segurança n.º 34070⁵⁹, oportunidade em que, por medida liminar deferida monocraticamente, suspendeu-se a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro da Casa Civil, pela então Presidenta Dilma Rousseff. Na Ação Cautelar n.º 4070⁶⁰, postulava-se a suspensão do mandato do então Deputado Federal Eduardo Cunha, para afastá-lo da presidência da Câmara dos Deputados e do exercício do mandato parlamentar, o que foi deferido pela Suprema Corte brasileira. Já na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 402⁶¹, discutiu-se o afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado, tendo a Corte Constitucional brasileira mudado o seu entendimento sobre a questão, de modo a não afastá-lo da Presidência. Na Ação Cautelar n.º 4327⁶², o Ministério Público postulava a prisão preventiva ou a fixação de medidas cautelares diversas da prisão ao Senador Aécio Neves, e também se questionava se essas medidas deveriam ser deliberadas pela sua Casa Legislativa. Na Ação Direta de

Presidente e, em um número razoável de ocasiões, interromperam ou alteraram a implementação da política. Ainda segundo o autor, o cumprimento foi feito nos estritos termos das decisões judiciais, e os governos seguiram de perto essas decisões judiciais, apesar dos custos significativos para suas agendas políticas e seus resultados financeiros (TAYLOR, 2014, p. 14). No entanto, essa percepção talvez deva ser alterada na crise política de 2013 a 2018.

59 STF, MS n.º 34070, 2016.

60 STF, AC n.º 4070, 2016.

61 STF, ADPF n.º 402, 2020.

62 STF, AC n.º 4327, 2017.

Inconstitucionalidade n.º 5526⁶³, discutia-se abstratamente a mesma questão, ou seja, se a Casa Legislativa poderia deliberar sobre as medidas cautelares fixadas pelo Judiciário ao congressista, quando causassem embaraço à sua atividade parlamentar. Nessas duas últimas ações, o STF também voltou atrás no seu entendimento, para fixar a tese de que a Casa Legislativa respectiva pode deliberar sobre medidas cautelares que causem embaraço à atividade parlamentar. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650⁶⁴, o STF proibiu doações de pessoas jurídicas a candidatos. Observa-se, assim, que a Corte Constitucional brasileira decidiu e, por vezes, mudou de entendimento sobre diversas questões políticas, em contextos distintos e diante de diferentes pressões políticas.

Nesse ínterim, é preciso perquirir se e como os ministros da Suprema Corte brasileira agem estrategicamente, na interação com outros atores. Todavia, diante da peculiaridade brasileira de que as decisões do STF são tomadas pela soma de votos e de que há a possibilidade ampla de concessão de medidas liminares pelos relatores de cada processo, cada ministro, individualmente considerado, é um ator estratégico. Nesse sentido, além das questões acima abordadas, também serão agregadas outras variáveis, específicas do contexto brasileiro, de modo que se possa analisar novas complexidades, como a maneira com que os ministros do STF, individualmente, usam estrategicamente do procedimento judicial para estabelecer a sua agenda e para fazer valer as suas decisões individuais.

Com isso, não se pretende dizer que o direito, as instituições e a cultura jurídica não importam. Pelo contrário, eles possuem um papel fundamental na atuação judicial.

63 STF, ADI n.º 5526, 2018.

64 STF, ADI n.º 4650, 2016.

Entretanto, pretende-se investigar, na presente tese, as situações limítrofes em que a independência, o poder e a autoridade das decisões do STF são concreta ou potencialmente desafiados, quando a própria democracia e as instituições democráticas serão testadas.

Considerando-se as decisões do STF nas situações que envolvem questões essenciais da agenda governista e atores políticos relevantes, as interações estratégicas constituem-se em fator que deve merecer maior atenção nas pesquisas sobre a atuação dos ministros da Corte.

De outro lado, não se pode dizer simplesmente que a Corte Constitucional brasileira ou seus ministros tenham sido aliciados pelo governo ou por políticos simplesmente porque decidiram, em dado caso, favoravelmente a eles. Uma afirmação dessas somente seria possível caso se possa concluir que, se não fosse a presença de determinada pessoa no caso ou o peso político de determinado ator político, a decisão teria sido diferente.

Assim, conhecer os objetivos e as motivações dos juízes é fundamental para esse tipo de análise. Como afirmam Helmke e Figueroa, saber o que os juízes querem, qual seria a sua decisão se pudesse decidir autonomamente, é o primeiro passo para identificar se eles estão se comportando de forma estratégica ou sinceramente. Com efeito, não é possível inferir se o juiz está se comportando estrategicamente apenas observando se decidiu favoravelmente ao governo, a menos que se possa saber que ele teria preferido decidir de outra maneira.⁶⁵ Deve-se analisar o comportamento dos juízes, as suas decisões pretéritas para casos semelhantes, as pressões do governo. É a partir dessas premissas que seria possível aferir se o juiz constitucional agiu estrategicamente ou sinceramente.

65 HELMKE; RÍOS-FIGUEROA, 2011, pp. 16/17.

Um conjunto de fatores institucionais, comportamentais e de mudança de cultura constitucional empurraram o STF para o vórtice da política, sobretudo na crise política de 2013 a 2018, como foi possível observar nas ações acima relacionadas. Ainda que as pressões políticas sejam inerentes e agreguem muita complexidade ao processo decisório, o STF não está indefeso, pois possui à sua disposição – legítima ou não legitimamente – uma série de soluções discricionárias e estratégicas para diminuir a pressão política ou pública, como controle do *timing* nos processos, não submissão a julgamento, decisões que afirmam seletivamente não ser o caso de intervenção no mérito administrativo ou na decisão política e fundamentação em critérios exclusivamente técnico-jurídicos para decidir questões políticas. Aliás, como mostra Matthew Taylor, essas artimanhas também acontecem em tribunais constitucionais dos outros países.⁶⁶

5. Considerações finais

Desde a redemocratização no Brasil, em 1985, o Tribunal Constitucional brasileiro vivenciou uma crescente judicialização de questões políticas ou de interesse governista. Sobretudo após a Constituição de 1988, houve um aumento da atuação da Corte Constitucional brasileira no arbitramento de conflitos intergovernamentais, distribuindo poder e fixando competências entre órgãos políticos, nos diversos níveis (federal, estadual e municipal).

Na crise política de 2013 a 2018, período muito importante e revelador para esta pesquisa, a Suprema Corte brasileira foi empurrada para o vórtice da política, tendo de decidir causas que envolviam altas autoridades da Repú-

66 TAYLOR, 2014, pp. 162/163.

blica e poderosos políticos, de modo que seus julgamentos ganharam nova complexidade, diante das intensas pressões a que esteve sujeita. Além disso, verificou-se, por pesquisas empíricas, que existe tendência de o Supremo arbitrar os conflitos intergovernamentais a favor do Poder Executivo e do Governo Federal.

Nesse sentido, o presente estudo revela diversas questões relativas ao comportamento do STF e às estratégias de que se utiliza para salvaguardar determinados interesses do governo federal em detrimento do estadual e para, na maioria das vezes, chancelar interesses de maiorias políticas.

Se fosse possível definir o comportamento judicial do STF numa única palavra quando atua para arbitrar conflitos políticos, essa palavra seria prudência. Ao distribuir poder, o Supremo costuma ser bastante cauteloso. Comumente, aloca poder em relação ao órgão ou ente mais forte, a não ser que tal medida seja de inconstitucionalidade manifesta.

De outro lado, estudos empíricos apontam que o STF não teve o mesmo empenho na proteção de direitos fundamentais, sobretudo em relação a direitos de segunda e terceira geração, ao menos em termos quantitativos. Talvez essa postura mais tímida em relação à proteção desses direitos seja justificada por uma atuação proficiente das instâncias judiciais inferiores em relação a direitos fundamentais.

Portanto, ainda que se possa defender que seja algo contingencial, esse tipo de “cautela” ou “timidez” no comportamento do STF, tanto no arbitramento de conflitos políticos como na proteção de direitos fundamentais, pode gerar consequências extremamente negativas a médio e a longo prazo. Com efeito, essa forma de atuação pode passar a impressão, para o público em geral e para os futuros litigantes, de que o Tribunal Constitucional brasileiro seria partidário ou que não teria aptidão para defender direitos.

De outro lado, no curso prazo, esse comportamento cauteloso do STF pode contribuir para reduzir a tensão entre os Poderes Constituídos e aumentar a estabilidade institucional.

Referências

ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart J. *Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes*. **University of Chicago Press**, Chicago, v. 24, p. 257-281, jun. 1995.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, jan.-mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12 abr. 2012. DJE n.º 77, 20 abr. 2012.

_____. _____. **Ação Cautelar n.º 4070**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5 mai. 2016. Acórdão eletrônico. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 225, 21 out. 2016.

_____. _____. **Ação Cautelar n.º 4327**. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26 set. 2017. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 247, 27 out. 2017.

_____. _____. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5 mai. 2011. DJE-198, 14 out. 2011.

_____. _____. **Ação de Descumprimento Fundamental n.º 402**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 8 jun. 2020).

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5 mai. 2011. DJe-198, 14 out. 2011.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4650**. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 17 set. 2015. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 34, 24 fev. 2016.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526**. Relator p/ acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 11 out. 2017. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 159, 7 ago. 2018.

_____. _____. **Mandado de Segurança n.º 34070**. Medida Cautelar. Liminar. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18 mar. 2016. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 54, 28 mar. 2016.

_____. _____. **Repercussão Geral: Suspensão Nacional**. Temas em repercussão geral nos quais determinada a suspensão nacional dos processos tramitando sobre a mesma matéria, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoTemasSuspensao&pagina=principal>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 598362655**, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 1º mar. 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n.º 70005037072**, Terceira Câmara Criminal, Relator Desembargador José Antônio Hirt Preiss, julgado em 12 set. 2002.

BRINKS, Daniel M. "Faithful Servants of the Regime": The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153.

FONTANA, David. Docket Control and the Success of Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative Constitutional Law**. Northampton, MA: Elgar Publishing, 2011. p. 624-641.

HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. **Journal of Constitutional Law**, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010.

_____; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Introduction. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 1-26.

_____; STATON, Jeffrey K. The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 306-331.

KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154-186.

_____. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. **Law & Society Review**, New York, v. 45, n. 2, p. 471-506, 2011.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Cortes Constitucionais em regimes autoritários e em democracias: controle ou instrumentalização do poder? **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 2, p. 1-10, abr.-jun. 2020.

_____. Democracia na tensão entre o conservadorismo e a utopia: por uma reorientação constituinte de sentido a partir dos movimentos sociais e das manifestações populares. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 119, p. 81-115, jul./dez. 2019.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. O controle das decisões do Presidente da República em relação aos princípios constitucionais das relações internacionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 118, p. 293-320, jan.-jun. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-310.

_____. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014.

ZIMBICO, Octavio Jose. O Estado e a Sociedade Civil: uma relação histórica baseada no exercício do poder?. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 341-368, jan.-jun. 2020.

Recebido em 25/10/2019

Aprovado em 18/06/2020

Fabício Castagna Lunardi

E-mail: fabricioclunardi@yahoo.com.br