

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

RUDSON COUTINHO DA SILVA

**ATUAÇÃO MONOCRÁTICA DO STF NO CONTROLE
CONCENTRADO: A EFETIVIDADE DOS LIMITES NORMATIVOS E
SEU IMPACTO NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS**

FRANCA – SP

2022

RUDSON COUTINHO DA SILVA

**ATUAÇÃO MONOCRÁTICA DO STF NO CONTROLE
CONCENTRADO: A EFETIVIDADE DOS LIMITES NORMATIVOS E
SEU IMPACTO NO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: professor José Duarte Neto.

FRANCA - SP

2022

S586a Silva, Rudson Coutinho da
Atuação monocrática do STF no controle concentrado: a
efetividade dos limites normativos e seu impacto no sistema de
freios e contrapesos / Rudson Coutinho da Silva. -- Franca, 2022
157 p. : tabs.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista
(Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: José Duarte Neto

1. Direito constitucional. 2. Separação de poderes. 3. Controle
de constitucionalidade. I. Título.

RUDSON COUTINHO DA SILVA

**ATUAÇÃO MONOCRÁTICA DO STF NO CONTROLE CONCENTRADO: A
EFETIVIDADE DOS LIMITES NORMATIVOS E SEU IMPACTO NO SISTEMA DE
FREIOS E CONTRAPESOS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Campus de Franca, como pré-requisito para defesa de dissertação de Mestrado. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Prof. Dr. José Duarte Neto, UNESP

1ª Examinador:

Prof. Dr.

2º Examinador:

Prof. Dr.

Franca-SP, _____ de _____ de 2022.

*A meus pais, Raimundo (in memoriam) e Joana,
que nunca me permitiram colocar a educação em segundo plano.*

*A minha esposa Carol e meus filhos Rômulo, Thiago, Arthur e Julia,
razão de cada passo que dou.*

*A minha neta, Angelina, que tanta alegria nos trouxe e cujo sorriso me faz esquecer as
turbulências do dia a dia, e a meu neto, Pedro, que já esperamos ansiosamente.*

AGRADECIMENTOS

Ao lado de momentos instigantes e verdadeiramente prazerosos, verdade seja dita que a pesquisa me fez conviver com momentos de desânimo e receio de não alcançar o resultado desejado. Não fosse a confiança em Deus, a quem endereço meu principal agradecimento, de quem obtive a força para superar tais momentos, certamente o trabalho não teria chegado ao fim.

Ao professor José Duarte Neto, pela zelosa orientação, por acreditar que, mesmo distante da academia por mais de duas décadas, eu ainda seria capaz de retornar à pesquisa, e pelo rigor científico, sempre exigindo que me mantivesse nos limites da pesquisa, e não pretendesse estender os braços ao que não conseguiria alcançar.

Ao amigo Flávio da Silva Andrade, dedicado estudioso da ciência jurídica, pelas discussões sobre o tema, sempre engrandecedoras, e pela atenta revisão do texto. À colega de mestrado, Laura Rizzo, pela paciência em suportar minhas intermináveis indagações e pelo auxílio nas diversas dúvidas que tive, sobretudo ao longo da elaboração da dissertação.

A meu irmão Rogério, fonte de contínua inspiração pela conduta ética, dedicação em suas áreas de interesse e disciplina em tudo que faz, agradeço por ter sempre me encorajado a retornar à atividade acadêmica, agradecimento que estendo a sua família, Cristina, Gabriela e Thales.

A minha mãe, Joana, e meu pai, Raimundo (*in memoriam*), cujo lema sempre foi nos legar conhecimento e não patrimônio, ideal que compartilho com meus filhos.

A meu filho, Rômulo, motivo constante de orgulho pelo entusiasmo com a ciência jurídica, pela dedicação aos estudos e pelo sucesso profissional, agradeço pela inspiração acadêmica, pelas inúmeras conversas sobre este trabalho e, ainda, pela leitura atenta das versões e valiosas sugestões. A sua esposa, Carol, pela paciência em permitir que lhe subtraísse o tempo do Rômulo em inúmeras conversas sobre esta dissertação.

A meus filhos Thiago, Arthur e Júlia, que tanto orgulho têm me dado em tudo que fazem, agradeço pela compreensão quanto ao tempo que deixei de dispensar-lhes para cumprir esta jornada, e que certamente irei recuperar ao fim dela.

A Carol, esposa e amiga, pelo reiterado incentivo, por confiar em mim mais do que eu mesmo, pela solidariedade nos momentos de angústia e por ter assumido tantas tarefas para que eu canalizasse meu tempo para a dissertação.

SILVA, Rudson Coutinho da. **Atuação monocrática do STF no controle concentrado: a efetividade dos limites normativos e seu impacto no sistema de freios e contrapesos.** 2022. 157 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2022.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, passou a concentrar um feixe de poderes bastante ampliado, que o tem colocado muitas vezes na condição de ator preponderante na tripartição de poderes estruturada no país. Sua atuação institucional, contudo, foi fragmentada, e cada vez mais decisões individuais de seus integrantes têm substituído decisões que deveriam ser do colegiado. A situação é mais grave no controle concentrado de constitucionalidade, em que a atuação individual pode colocar em risco a própria legitimidade da Corte. Decisões cautelares individuais no controle abstrato, a despeito da exigência constitucional e legal da reserva de plenário, têm revelado forma de atuação monocrática sem amparo normativo. Ausência de prazo definido para que o relator libere os processos para julgamento e pedidos de vista sem controle do prazo de devolução, têm permitido que ministros, individualmente, ditem a agenda da Corte. Muitas vezes a cautelar monocrática no controle concentrado acontece de forma conjugada com os poderes de agenda, agravando ainda mais a disfuncionalidade de tais práticas. Diante dessas três formas de atuação monocrática do STF no controle abstrato (liberação do processo pelo relator para julgamento pelo colegiado, pedidos de vista e excesso de prazo e decisões monocráticas em cautelares no controle concentrado de constitucionalidade), a pesquisa propõe-se a identificar seus limites normativos e verificar a respectiva efetividade. Como a transgressão das balizas normativas dessa atuação monocrática pode impactar o equilíbrio entre os Poderes, propõe-se, ainda, a analisar as formas de controle recíproco entre os Poderes e o impacto que eventual inefetividade dos limites normativos da atuação monocrática do STF pode acarretar ao sistema de freios e contrapesos.

Palavras-chave: Separação de Poderes; Freios e contrapesos; Supremo Tribunal Federal; Atuação monocrática; Limites normativos; Efetividade.

SILVA, Rudson Coutinho da. **Monocratic performance of the STF in concentrated control: the effectiveness of regulatory limits and their impact on the system of checks and balances**. 2022. 157 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2022.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court, especially after the Federal Constitution of 1988, started to concentrate a very wide range of powers, which has often placed it in the condition of a preponderant actor in the tripartition of Powers structured in the country. Its institutional performance, however, was fragmented, and more and more individual decisions by its members have replaced decisions that should have belonged to the collegiate. More serious, unconventional situations of monocratic action have jeopardized the institutionality of the Court. Individual precautionary decisions in the concentrated control of constitutionality, despite the constitutional and legal requirement of the plenary reserve, have revealed a form of monocratic action without normative support. Absence of a defined deadline for the rapporteur to release the processes for judgment and requests for view without control of the return deadline, have allowed individual ministers to dictate the Court's agenda. Often the monocratic injunction happens in conjunction with the agenda powers, further aggravating the dysfunctionality of such practices. In view of these three forms of monocratic action by the STF (release of the process by the rapporteur for judgment by the collegiate, requests for a view and excess of term and monocratic decisions in precautionary measures in the concentrated control of constitutionality), the research proposes to identify its normative limits and verify its effectiveness. As the transgression of the normative beacons of this monocratic action can impact the balance between the Powers, it is also proposed to analyze the forms of reciprocal control between the Powers and the impact that any ineffectiveness of the normative limits of the monocratic action of the STF can cause to the system of checks and balances.

Palavras-chave: Separation of Powers; Checks and balances; Federal Supreme Court; Monocratic performance; Normative limits; Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Ato Institucional

AO – Ação Ordinária

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

MC – Medida Cautelar

MS – Mandado de Segurança

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

RISTF – Regimento Interno STF

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS FREIOS AO ABUSO DO PODER ESTATAL	17
2.1 Breves considerações.....	17
2.2 Separação de Poderes. Origem e desenvolvimento: Locke	20
2.3 Separação de Poderes. Origem e desenvolvimento: Montesquieu	24
2.4 A Constituição americana e a doutrina dos <i>checks and balances</i>	31
2.5 Freios e contrapesos e a história constitucional brasileira.....	39
3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PROTAGONISMO E PRINCIPAIS CAUSAS	50
3.1 Estado social e políticas públicas	52
3.2 Judicialização da política.....	54
3.3 Constituição analítica	59
3.4 Incremento normativo.....	62
4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COLEGIALIDADE E ATUAÇÃO MONOCRÁTICA.....	68
4.1 Colegialidade	68
4.2 Atuação monocrática: classificação e previsão normativa	79
5 ATUAÇÕES MONOCRÁTICAS DISFUNCIONAIS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	88
5.1 Decisões monocráticas em cautelares.....	90
5.2 Poder de agenda. Liberação do processo para julgamento	98
5.3 Poder de agenda. Pedidos de vista e excesso de prazo	105
6 ANÁLISE NORMATIVA DA ATUAÇÃO MONOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO	113
6.1 Planos da norma jurídica	113
6.2 A atuação monocrática do STF e a efetividade dos seus limites normativos.....	119

6.3 A inefetividade dos limites normativos à atuação monocrática do STF e seu impacto no sistema de freios e contrapesos.....	124
6.4 Ajustes normativos: propostas legislativas e sugestões resultantes da pesquisa... ..	128
7 CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS	141
APÊNDICE	155
APÊNDICE A - ADIs com decisões monocráticas ainda não referendadas pelo Plenário concedida nos últimos dez anos (janeiro de 2010 a 25 de junho de 2020).....	155

1 INTRODUÇÃO

Em um sistema de separação de poderes, espera-se que cada um deles atue dentro dos limites que lhe foram conferidos pelo respectivo desenho constitucional. Esses limites envolvem especialização das funções, que são atribuídas primordialmente a cada um dos ramos, além de mecanismos de controle recíprocos.

Tais mecanismos de controle, idealizados na Europa da primeira metade do Século XVIII (Bolingbroke e Montesquieu) e aperfeiçoados com os *checks and balances* do direito norte americano do final do mesmo século, abrangem o poder de veto, que permite a um Poder, em certos casos, impedir a atuação do outro.

No que se refere ao Judiciário, que não figurava com a mesma força que o Executivo e o Legislativo na separação proposta por Montesquieu, o poder de veto surgiu com a interpretação que os Federalistas Alexander Hamilton, James Madison e John Jay conferiram à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e, formalmente, a partir de *Marbury v. Madison*, de 1803, em que foi reconhecida a possibilidade de sindicar a constitucionalidade dos atos normativos.

No Brasil, o mesmo controle de constitucionalidade está configurado tanto no modelo norte-americano (difuso e concreto), quanto no modelo europeu (concentrado e abstrato). Como guardião da Constituição está o Supremo Tribunal Federal (STF), instituição que teve seus poderes robustecidos por um contexto político-jurídico-social surgido após a Carta de 1988. Ocorre que a Corte deveria atuar institucionalmente pelo conjunto de seus ministros, no entanto, tem transferido cada vez mais sua autoridade decisional a uma atuação monocrática de seus membros.

Como resultado, não são incomuns cautelares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade, apesar da imposição normativa da reserva de plenário, prevista no artigo 97, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 10, da Lei 9.868/99. O poder de agenda dos ministros, da mesma forma, tem permitido uma atuação individual que captura os poderes institucionais do Tribunal, com especial preocupação quando ocorre no controle concentrado. Como a apreciação do processo pelo colegiado depende de sua liberação pelo relator, que deve, quando se sentir apto a votar, pedir dia para seu julgamento, a decisão do caso fica na exclusiva dependência do ministro a quem distribuído o feito, que, sem prazo determinado para liberá-lo, pode assenhorear-se do processo e controlar quando será julgado pelo colegiado. Liberado o feito e pautado pela Presidência, um ministro pode, ainda, pedir

vista do processo e, com isso, controlar a pauta do julgamento, pois, mantendo o processo consigo sob o argumento de que precisa estudar mais detidamente o caso, pode impedir a retomada do julgamento e a definição da demanda submetida ao Supremo.

Diante da possibilidade de que as situações acima aventadas possam ocorrer no dia a dia da Suprema Corte, dúvidas surgem no espírito do pesquisador. Afinal, uma Corte que promove a guarda da Constituição, pode admitir que sua atuação fique condicionada à vontade de apenas um de seus ministros? Se cabe ao Supremo desconstituir atos normativos que atentem contra a Constituição, a Corte cumpre sua função quando a atuação individual de um ministro impede o Tribunal de analisar a suposta inconstitucionalidade? Considerando que o pedido de vista interrompe o processo decisório, é possível que um ministro permaneça com o processo, impedindo a Corte de julgá-lo, por tempo indeterminado? É possível que individualmente se promova a suspensão cautelar da eficácia de um ato normativo?

E tais dúvidas levam, naturalmente, a indagar-se – e é isso que se pretende com esta pesquisa – se há limites normativos para as hipóteses acima elencadas; se esses limites advêm de normas válidas e eficazes; se além de válidas e eficazes, as normas que impõem limites a essas condutas são efetivas; se não efetivas, se é possível concluir que essa inefetividade compromete o equilíbrio entre os Poderes.

Com o objetivo de enfrentar essas questões, o presente estudo está estruturado em sete capítulos, aí incluídas Introdução (capítulo 1) e Conclusão (capítulo 7). Como a eventual atuação do STF em desacordo com os limites normativos pode aproximar-se de uma ação abusiva que a separação de poderes quis evitar, o segundo capítulo busca revisitar o desenvolvimento dos mecanismos de freios ao abuso do poder estatal, iniciando pela teoria da separação dos poderes, desde a Inglaterra do Século XVII, até a configuração dos *checks and balances* encontrada pelos Federalistas na América do Norte. Esse capítulo resgata, ainda, os freios e contrapesos na história constitucional brasileira, com especial ênfase no Poder Judiciário, terminando com a estruturação adotada na Constituição de 1988.

No capítulo seguinte (terceiro) aborda-se o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal a partir de 1988, descrevendo as principais razões desse fenômeno, que o colocou na posição de protagonista das grandes discussões políticas do país.

Como o foco central da pesquisa está na atuação monocrática da Corte, o quarto capítulo explora, de início, a forma mais autêntica de expressão do Tribunal, que é o seu colegiado – abordando, inclusive, a importância de que suas decisões, mais que colegiadas, sejam deliberativas – para, na sequência, identificar, do ponto de vista normativo, a atuação monocrática no Supremo Tribunal Federal e apresentar classificação doutrinária dessa forma

de atuação. Optou-se pela proposta de Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, que, ao mapear os poderes em instituições judiciais colegiadas, afirmam que eles podem ser exercidos por meio de *tomada de decisão*, *sinalização de preferências* e *definição de agenda*, podendo tais formas de atuação serem exercidas coletivamente e/ou individualmente. Além disso, os mesmos autores distinguem as alocações de poderes individuais em *centralizadas*, quando decorrem de ministro que ocupe uma posição institucional fixa, de que é exemplo o presidente do tribunal, ou *descentralizadas*, quando o poder pode ser exercido por qualquer membro do Tribunal.

O quinto capítulo não se ocupa em meramente apontar a previsão normativa da atuação monocrática no Supremo, mas em descrever situações em que a atuação individual se revela disfuncional, inclusive indicando casos que tramitam ou tramitaram na Suprema Corte, em que a atuação monocrática não se mostrou de acordo com a respectiva previsão normativa. Tais casos foram selecionados de forma exemplificativa, pois o presente trabalho não tem o propósito de promover uma análise quantitativa desses feitos, mas constatar que as preocupações que embalam a pesquisa não são extraídas da mera criatividade da literatura que se dedica a estudar o Supremo, mas de casos concretos apreciados pelo Tribunal. Constituem tais casos, portanto, exemplos qualitativos que evidenciam a relevância da pesquisa.

Por outro lado, como não seria viável, nem metodologicamente adequado, investigar toda e qualquer atuação monocrática sobre a qual se pudesse apontar alguma disfuncionalidade, foi preciso promover um recorte sobre as formas de ação individual dos ministros. O primeiro recorte foi a opção de que a pesquisa deveria se restringir à atuação monocrática no controle concentrado, pois se o objetivo é avaliar o impacto que a forma desviante de atuação individual poderia ocasionar no sistema de freios e contrapesos, impõe que se avalie o papel do STF enquanto Corte constitucional, pois o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo constitui veto à atuação dos demais Poderes. Como o controle difuso, por conta de seu limitado alcance subjetivo e pela inexistência do *stare decisis*, tem menor interferência no desenho de *checks and balances*, foi excluído do âmbito da pesquisa.

Também se optou por excluir as formas de atuação monocrática classificadas por Arguelhes e Ribeiro como *sinalização de preferências*, que constituem manifestações públicas de ministros que com frequência pronunciam-se sobre casos pendentes, com o fim de não afastar o escopo da pesquisa das atuações formais e endoprocessuais, limite do recorte estabelecido para o trabalho. Restaram, neste ponto, a *tomada de decisão* e a *definição de agenda*. Embora a atuação da Presidência na formação da pauta (*definição de agenda*) e na

concessão de cautelares em controle concentrado durante o recesso (*tomada de decisão*), também pudesse ter sido incorporada, já que igualmente individual, compreendeu-se que essa atuação monocrática tem menor déficit de institucionalidade, além de não ser dispersa por toda a Corte – é *centralizada*, na classificação de Arguelhes e Ribeiro – o que justificava sua exclusão da área de abrangência da pesquisa.

Assim, enquanto *definição de agenda*, a pesquisa está centrada no poder do relator quanto à liberação do processo para julgamento pelo colegiado e nos pedidos de vista com excesso de prazo na devolução do feito. Quanto à *tomada de decisão*, a pesquisa concentra-se nas decisões monocráticas em cautelares no controle concentrado de constitucionalidade. Como as três formas de atuação poderiam ocorrer de forma conjugada, também isso será objeto de análise no capítulo.

No início do sexto capítulo são analisados os planos de validade e eficácia da norma jurídica e a aproximação da eficácia com a efetividade da norma. Aborda-se, ainda, a classificação das normas jurídicas em normas de estrutura e normas de comportamento. Na sequência, analisam-se as três situações-problema que foram o foco da pesquisa (liberação do processo pelo relator para julgamento pelo colegiado, pedidos de vista e excesso de prazo e decisões monocráticas em cautelares no controle concentrado de constitucionalidade), com o propósito de verificar seus limites normativos, a efetividade desses limites e seus reflexos na estrutura de freios e contrapesos.

Na verdade, a atuação disfuncional objeto da pesquisa poderia reclamar análise sob mais de uma perspectiva, de que é exemplo a análise sob o enfoque do dever funcional dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o que traria, a reboque, questões como o regime jurídico disciplinar a que pertencem – e daí, de partida, se se submetem ou não à Lei Orgânica da Magistratura Nacional – a submissão ou não ao Conselho Nacional de Justiça e, numa reflexão mais político-constitucional, o alcance do crime de responsabilidade de que trata o artigo 52, II, da Constituição Federal.

O ângulo escolhido, contudo, é mais dogmático. Busca-se saber se, do ponto de vista normativo, o sistema jurídico está preparado para as disfuncionalidades aqui apontadas, vale dizer, se há previsão normativa – e daí, por consequência, seus respectivos limites –, se tal previsão atende os planos da norma jurídica e se há efetividade dessas normas e, caso não haja, qual o impacto disso no sistema de *checks and balances*.

Assim, nessa parte da pesquisa (capítulo sexto) estão endereçados esforços para descobrir se existe norma contendo limites definidos capazes de impedir que o ato disfuncional ocorra ou de prontamente repará-lo. Atendida essa premissa, haverá uma

primeira resposta do ponto de vista normativo. Como, no entanto, a mera existência de limites, e seu potencial de realizar-se – ser aplicado –, não garante que eles sejam atendidos, a análise deve dar um passo a mais, para aferir se a previsão normativa tem correspondido à realidade, ou seja, se tais limites têm tido efetividade. Por fim, será preciso aferir o impacto dessa (in)efetividade no sistema de freios e contrapesos, pois é este sistema que conforma o modo como os controles recíprocos entre os Poderes podem ocorrer, e o descumprimento de seus limites pode causar o desequilíbrio entre eles, afetando a harmonia prevista no artigo 2º, da Constituição Federal de 1988.

Fechando o capítulo sexto, são apresentadas propostas de ajustes normativos que tramitam ou tramitaram no Congresso Nacional e apontadas sugestões derivadas das reflexões realizadas no curso da pesquisa, que podem contribuir para o aperfeiçoamento da atuação monocrática no STF.

Do ponto de vista metodológico, a realização do trabalho impôs a revisão da literatura relacionada aos temas da pesquisa, bem como a análise documental de julgados do Supremo Tribunal Federal, extraídos de seu portal eletrônico, que permitiram constatar formas específicas de atuação monocrática na Corte, que caracterizavam disfuncionalidades e despertavam interesse para o estudo. O método utilizado foi o dedutivo. Para tanto, buscou-se apontar as exigências que um sistema de freios e contrapesos impõe para assegurar o funcionamento equilibrado das funções estatais. Como tais exigências são reproduzidas em imposições normativas, descreveu-se, por um lado, o arcabouço normativo que disciplina os tipos de atuação monocrática que interessavam à pesquisa e, por outro, dentre os planos da norma jurídica, a validade e, especialmente, a eficácia/efetividade dos comandos. Assim, a partir da identificação de modelos disfuncionais de atuação monocrática do STF no controle concentrado, analisou-se a efetividade dos limites normativos que deveriam disciplinar essa forma de atuação, para concluir se a inobservância desses limites afeta o equilíbrio esperado do sistema de freios e contrapesos.

2 OS FREIOS AO ABUSO DO PODER ESTATAL

2.1 Breves considerações

O propósito desta pesquisa está centrado em refletir a atuação monocrática dos ministros do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade e o quanto têm sido efetivos os limites normativos constitucionais e infraconstitucionais a essa atuação, bem assim seu impacto no sistema de freios e contrapesos. Uma das hipóteses que se pretende discutir é a de que essa atuação monocrática tem se revelado por vezes contrária a previsões normativas.

Como a atuação disfuncional do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, pode atribuir-lhe força desmedida, capaz de fragilizar o equilíbrio entre os Poderes, optou-se por iniciar a reflexão exatamente reconstruindo sobre que bases o próprio poder foi dividido e como foram imaginados os possíveis freios ao seu exercício.

Aristóteles já apontava a existência de funções que se distinguiram entre si, uma delas responsável pela deliberação acerca dos negócios do Estado, outra compreendendo as magistraturas e uma terceira função compreendendo “os cargos de jurisdição”¹. Mas a distinção das funções em Aristóteles não estava relacionada como uma forma de conter eventuais abusos que poderiam surgir a partir da sua concentração nas mãos de um mesmo órgão – e a distinção não era orgânica, mas funcional – ou de uma mesma pessoa, propósito que a separação de poderes viria ter mais tarde².

¹ **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127-143.

² Maurice J. C. Vile entende que o princípio que norteava a Constituição ateniense era, na verdade, a participação direta de seus cidadãos em todas as funções do governo, o que se contrapunha diretamente à separação dos poderes. Vile enfatiza trechos da obra de Aristóteles que pareciam revelar que a separação dos poderes não era uma preocupação da sociedade grega. A partir dessas passagens, o cientista político irá concluir que o grande anseio dos antigos teóricos do constitucionalismo era alcançar um equilíbrio entre os vários segmentos da sociedade, que, compondo de forma igualitária o governo, desempenhavam papéis nas funções deliberativa, executiva e judicial, ali representando seus diferentes interesses. Por isso Vile irá concluir que a teoria característica da Grécia e de Roma não era a da separação dos poderes, mas a do governo misto. Vile ampara seu raciocínio em pelo menos dois trechos da obra de Aristóteles. O primeiro, em que o filósofo afirmava que “se estas funções – guerra, justiça e deliberação – pertencem a grupos distintos, ou a um único grupo, é uma questão que não faz diferença para o raciocínio. Normalmente, pertence ao mesmo grupo a função de servir no exército e de lavrar os campos”, e o segundo, quando afirmava que “é possível que as mesmas pessoas, por exemplo, sirvam como soldados, agricultores e artesãos. É possível que as mesmas pessoas, mais uma vez, atuem tanto como um conselho deliberativo quanto um tribunal judicial” (**Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 25, tradução livre). No mesmo sentido, PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 32-35 e PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31. Talvez exatamente porque o pensamento de Aristóteles não guardasse relação direta com a ideia de separação dos poderes que

Enquanto controle do poder terá maior importância histórica a teoria do governo misto, de Políbio³. Para esse historiador, há três formas boas de governo – reino, aristocracia e democracia – que, entretanto, degeneram-se, respectivamente, em tirania, oligarquia e oclocracia⁴. Segundo Políbio, tais formas, boas e más, se sucedem num círculo vicioso de monarquia à tirania, da autarquia à oligarquia e da democracia à oclocracia. Essas formas de governo (constituições simples), contudo, “nas quais quem governa são o rei (ou tirano), os melhores (ou os mais ricos), ou o povo (ou a plebe)”⁵, não asseguram a estabilidade dos regimes, que se sucedem exatamente por conta dos excessos em cada uma de suas formas, de modo que o remédio será o governo misto, ou seja, a combinação de suas três formas clássicas⁶.

Além de apontar como exemplo de governo misto a constituição de Esparta, obra de Licurgo, Políbio assim o considerará também a constituição romana, responsável pelo sucesso político de Roma⁷. Por meio do governo misto é possível alcançar o equilíbrio, porque “o rei está sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é controlado pelo senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o [...] democrático e o senado o aristocrático, o resultado [...] é uma nova forma de governo”⁸. Na essência, o que há é o controle recíproco dos poderes, daí Bobbio afirmar o seguinte:

Quanto à razão da excelência do governo misto, Políbio vai encontrá-la no mecanismo de controle recíproco dos poderes, ou no princípio do "equilíbrio". Esse é um ponto de grande importância. O tema do equilíbrio dos poderes (que na idade moderna se tornará o tema central das teorias "constitucionalistas", com o nome de *balance of power*) é um dos que dominam toda a tradição do pensamento político

ainda estava por vir, Manoel Gonçalves Ferreira Filho irá lembrar que John Locke e Montesquieu, autores – sobretudo o último – precursores da doutrina, não lhe farão qualquer referência, podendo-se negar, portanto, influência de Aristóteles “na formação da doutrina e atribuir ao zelo dos eruditos a invocação do liame entre suas ideias e a separação dos poderes” (**Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 252).

³ Como também em Aristóteles há uma distinção das diferentes formas de governo segundo o poder político que o compõe, Bobbio fará um confronto entre Aristóteles e Políbio: “Vale a pena fazer um rápido confronto com a “politia” de Aristóteles, representada como uma forma antecipada de governo misto. Segundo Aristóteles, a superação do antagonismo entre as duas partes em conflito não ocorre, como para Políbio, a nível institucional; acontece – quando acontece – na sociedade, por meio da formação de uma forte classe média com interesse próprio na estabilidade. Antes de ser institucional, o equilíbrio aristotélico é social; ele só é institucional se é previamente social. Neste sentido, a teoria aristotélica da “politia” não é tanto uma teoria do governo misto, mas sobretudo a admiração sentida por uma sociedade sem grandes desequilíbrios de riqueza” (BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 61)

⁴ BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 56. Quanto à terminologia adotada por Políbio, ver, na mesma obra, p. 56-57.

⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 59.

⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 59.

⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 59-60. Quanto a Roma, Políbio dirá o seguinte: “... si nos fijáramos en la potestad de los cónsules, nos parecería una constitución perfectamente monárquica y real, si atendíéramos a la del senado, aristocrática, y si consideráramos el poder del pueblo, nos daría la impresión de encontrarnos, sin ambages, ante una democracia” (POLÍBIO. **Historias**. Madrid: Editorial Gredos, 1981. Libros V-XV. p. 169).

⁸ *Op. cit.*, p. 60.

ocidental. Embora a teoria do governo misto, tão bem formulada por Políbio, não deva ser confundida com a teoria moderna da separação e do equilíbrio dos poderes (enunciada por Montesquieu em forma que se tornou famosa), é um fato que a teoria do governo misto e a teoria do equilíbrio procedem *pari passu*⁹.

De fato, como observado por Bobbio, governo misto resulta da distribuição do poder entre as diversas forças sociais, que, controlando-se reciprocamente, evitam abusos e viabilizam governos mais equilibrados, enquanto a separação de poderes consiste na atribuição das principais funções do Estado a órgãos diversos. E embora pudesse haver uma correspondência entre determinada força social e específica função estatal, não é este o objetivo do governo misto, que se preocupa menos com a concentração dos poderes nas mãos de um só, e mais com a dispersão das forças sociais no exercício do poder¹⁰.

O verdadeiro estudo da separação dos poderes virá nos séculos XVII e XVIII, com John Locke e Montesquieu, respectivamente.

Antes de passar à análise das ideias desses autores, porém, é preciso registrar que, a despeito de nem sempre considerado no estudo da separação de poderes, teve inegável contribuição o pensamento de Henry St. John, visconde de Bolingbroke, que, sobretudo ao exercer oposição ao sistema ministerial inglês, então liderado por Robert Walpole, defendeu o que entendia por constituição equilibrada, obtida a partir do controle recíproco entre os poderes¹¹.

É de Bolingbroke a seguinte passagem, em que aponta a necessidade de equilíbrio entre os órgãos, alcançado por meio da mútua independência e do controle recíproco:

A dependência constitucional [...] consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente e sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. [...] Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência¹².

⁹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 60.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Editores). **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 559.

¹¹ VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 79-80.

¹² *Apud* PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 86.

As ideias de Bolingbroke fizeram Carl Schmitt pretender tenha sido o inglês o autor da doutrina do equilíbrio de poderes, tendo-o feito, contudo, “en escritos políticos de carácter polémico y memorias, pero non em uma exposición sistemática”¹³.

2.2 Separação de Poderes. Origem e desenvolvimento: Locke

John Locke publicou o Segundo Tratado do Governo Civil¹⁴ em 1690, em que distinguia o estado de natureza e a sociedade civil. No estado de natureza, os homens gozam de igualdade e vivem livremente, podendo decidir suas ações conforme julgarem mais adequado, sem depender da autorização de qualquer outro indivíduo. Por outro lado, a lei da natureza impõe que as transgressões ao direito natural sejam sancionadas e, como no estado de natureza todos têm faculdades similares e não têm hierarquia entre si, qualquer um pode punir o outro por mal que tenha cometido, todos podendo fazer o mesmo. Acontece que não é razoável que os homens sejam juízes de suas próprias causas, pois não terão imparcialidade para julgá-las. Além disso, a má natureza, a paixão e a vingança poderão levar o homem a julgar com excesso de rigor. Tais imperfeições impediam que continuassem a viver em estado de natureza, tornando-se necessária a instituição de um governo civil¹⁵.

Como fundamento para a transição do estado de natureza para o governo civil, Locke acrescenta o que denominou estado de guerra, situação em que, agredido por um igual, e não tendo uma autoridade superior a quem recorrer, o homem se vê autorizado a agredir o agressor. Assim, “evitar este estado de guerra”, dirá, “é uma das razões principais porque os homens abandonaram o estado de natureza e se reuniram em sociedade”¹⁶.

Enfim, o Estado, consequência do contrato social, tem por objetivo assegurar aos indivíduos aquilo que o estado de natureza não permitia, que é a defesa da propriedade e a segurança de cada um¹⁷.

Decorrência natural é que a transição do estado de natureza para a sociedade civil estivesse assentada no consentimento dos homens, ideia base da soberania popular, uma vez que, se eram livres e iguais, não podiam ser retirados desse estado e inseridos num regime de

¹³ **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 1982. 2ª Reimpressão (1996). p. 188.

¹⁴ O primeiro Tratado, publicado ao mesmo tempo, ocupou-se de rebater os argumentos expostos pelo escritor absolutista, Sir Robert Palmer Filmer, numa obra denominada *Patriarcha*, em que buscava fundamentar o direito divino dos reis nos direitos de Adão e dos patriarcas bíblicos que o seguiram.

¹⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** Petrópolis: Vozes, 1994. p. 83-85.

¹⁶ *Ibid.*, p. 93-94.

¹⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 68.

submissão ao poder político sem que com isso consentissem¹⁸. E assim, por livre consentimento, portanto, e admitindo perderem a liberdade inata de que dispunham, os homens entendem por bem viver sob um mesmo governo¹⁹. Neste governo, Locke distinguia a existência de quatro funções atribuídas ao Poder Legislativo (função legislativa) e ao Poder Executivo (funções executiva, federativa e prerrogativa). Do ponto de vista orgânico, portanto, há bipartição dos poderes, não contemplando a figura do Poder Judiciário. Locke não apenas distingue os órgãos a quem caberá cada um dos poderes, Executivo (rei) e Legislativo (parlamento), como também distribui as funções dentre esses órgãos.

Dentro do espírito antiabsolutista que o impulsionava, Locke verá no Parlamento a instituição de maior importância, responsável por legitimar o convívio social, etapa que sucede o estado de natureza. E é certo que assim o seja, pois o Parlamento exercitará a função legislativa, constituindo-se, portanto, na instância responsável por formalizar o instrumental necessário para a transformação do estado de natureza em governo civil, que será o ajuste a ser estabelecido entre os homens, que declinam de sua liberdade natural em favor de um conjunto de regras que lhes garanta uma vida mais estável, assegurando-lhes, em especial, a proteção da propriedade²⁰.

Embora o Legislativo seja a instância mais importante, não convém concentrar nele todas as demais funções, daí porque, em linha com a preocupação que começa a ganhar corpo com a obra de Locke e será melhor desenvolvida com Montesquieu, é preciso evitar que os poderes sejam mantidos sob as mesmas mãos, pois isso permitiria abusos e arbitrariedades²¹. Assim, as funções executiva, federativa e prerrogativa são atribuídas ao Executivo.

¹⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 139.

¹⁹ A ideia do contrato social, igualmente perfilhada por outros autores, é evidentemente metafórica. Ao referir-se aos contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, Oscar Vilhena Vieira destacará a simbologia de seus argumentos: “Nenhum desses autores estava de fato tomando o estado de natureza ou o contrato social, que levaria à constituição do poder civil, como uma realidade histórica. Trata-se apenas de um método filosófico para que se possa reivindicar que, se tivéssemos a possibilidade de escolher, consultando a nossa razão, estabeleceríamos uma forma de governo que nos fosse mais conveniente e justa, ou que preservasse em maior medida a nossa liberdade ou igualdade. Portanto, o que se propõe é apenas uma ideia reguladora, como se a partir daí tivéssemos uma régua pela qual pudéssemos mensurar se um governo é ou não legítimo” (**A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 77).

²⁰ Como anota António Francisco de Sousa, “o conceito de propriedade em LOCKE engloba não só os bens materiais, mas a própria vida e liberdade” (**A separação de poderes em Locke**. Polis, Lisboa, n. 4/5, p. 7–42, 1995. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/1719>. Acesso em: 6 nov. 2021. p. 18).

²¹ Segundo John Locke, “como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis” (*Op. cit.*, p. 170).

E em caso de conflito entre o Executivo e o Legislativo, a supremacia do Parlamento deve prevalecer, tese que legitimaria tanto a República de Cromwell, quanto a assunção de Guilherme de Orange, após a Revolução Gloriosa²².

Retornando às funções que competiriam ao Rei, além da executiva, que cuidaria da execução das leis internamente, haveria, ainda, a função denominada federativa, que cuidaria da execução das leis no ambiente externo, da relação do governo civil com outras comunidades. Embora Locke distinga a função executiva da federativa, entende que não devem ser separadas e atribuídas a pessoas distintas, daí porque ambas repousarão nas mãos do monarca²³.

Finalmente, John Locke atribui igualmente ao Executivo a função a que denomina prerrogativa, que consistiria na capacidade de suplantar vazios deixados pela legislação, seja porque não previu determinada situação, seja porque, propositalmente, deixou o espaço aberto ao justo discernimento do Executivo²⁴.

O Judiciário não está contemplado na obra de John Locke como um Poder autônomo e independente, características que só irá obter na teoria tripartite de Montesquieu. A posição de Locke pode ser creditada ao sistema inglês²⁵, em que os juízes sempre estiveram diretamente ligados, seja ao Rei, que compunha livremente as instâncias julgadoras de

²² John Locke viveu na Inglaterra do Século XVII, o que lhe permitiu acompanhar de perto tanto a República de Cromwell – seu pai chegou a lutar ao lado do Parlamento, durante a guerra civil – e o período da Restauração, que se seguiu à retomada do poder pelos Stuarts em 1660, quanto, e sobretudo, a Revolução Gloriosa de 1688. Por conta de sua proximidade com lorde Ashley, Conde Shaftsbury, expoente liderança dos *whigs*, Locke chegou a exercer funções no governo de Carlos II. O Conde de Shaftsbury, contudo, envolveu-se na tentativa de evitar a sucessão de um soberano católico e acabou preso. Absolvido, exilou-se na Holanda, mesmo caminho que tomou John Locke, em 1683. Com a Revolução Gloriosa em 1688, pôe-se fim ao reinado de Jaime II. Pois Locke retorna à Inglaterra no ano seguinte, na comitiva que trazia à Grã-Bretanha a futura Rainha Maria, esposa de Guilherme de Orange – e filha de Jaime II – casal que, sob os auspícios do *Bill of Rights*, assumiria o trono inglês.

²³ *Op. cit.*, p. 171-172.

²⁴ **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** Petrópolis: Vozes, 1994. p. 181. Dalmo de Abreu Dallari, contudo, fará uma observação quanto à fragilidade que essa função acabava provocando num sistema de contenção da Monarquia que exatamente John Locke pretendia arquitetar: “Embora opondo-se expressamente ao absolutismo defendido por Hobbes, Locke não considerou anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, sem atentar para a circunstância de que o bem público, impossível de ser claramente definido, sempre seria um bom pretexto para as decisões absolutistas” (**Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 215). António Francisco de Sousa, de sua parte, irá traçar um paralelo da função federativa com a atual discricionariade que o Executivo possui para agir em certas situações. Dirá, portanto, o autor: “Ainda que sob designações e em proporções bem diferentes, esta exigência da actividade administrativa continua a ser absolutamente indispensável a prossecução do bem comum” (**A separação de poderes em Locke**. Polis, Lisboa, n. 4/5, p. 7-42, 1995. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/1719>. Acesso em: 6 nov. 2021. p. 29).

²⁵ Como será visto logo mais, a independência do Poder Judiciário na Inglaterra só viria com o *Act of Settlement*, de 1701.

segundo grau, seja ao Parlamento, onde as Cortes Reais passaram a sentar-se, o que fazia dele “uma praça pública universal das relações entre as principais autoridades do Estado”²⁶.

O Segundo Tratado aborda ainda hipótese de conflito entre o Poder Legislativo e o povo. Embora John Locke o interprete como o Poder supremo, não admite a possibilidade de que o Legislativo desborde dos objetivos que lhe foram confiados, afinal como “é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou”²⁷.

Neste ponto Locke irá fixar as bases do poder de resistência de que o povo poderá fazer uso quando entender que o Parlamento deixa de bem representá-lo, quebrando o laço de confiança que dera origem à representatividade. Segundo Locke, o poder é confiado como um instrumento para que um determinado fim possa ser atingido e se esse fim for negligenciado ou contrariado o poder volta “para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança”²⁸.

Esta última lição de Locke merece destaque, pois, apesar de o Segundo Tratado não prever o Judiciário como um Poder autônomo, nem por isso ele deixava de existir. Assim, se mesmo ao Poder que Locke tinha como o de maior importância – o Legislativo – não foi admitido pudesse ir além do que recebera da vontade popular, ou seja, ainda aí havia fronteiras que não podiam ser transpostas, é natural concluir que também a função jurisdicional, embora não pertencesse a um Poder autônomo, tivesse limites e fosse submetida

²⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 50. Na verdade, não há uma interpretação pacífica quanto a que órgão o Judiciário estava ligado na Inglaterra de Locke, havendo quem o vislumbre vinculado ao Executivo, como é o caso de Cezar Saldanha Souza Junior (*Ibid.*, p. 50-51) e Bruce Ackerman (Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan-abr. 2014), e quem prefira interpretar que Locke vinculava o Judiciário ao Parlamento, como é o caso de Bigne de Villeneuve (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Op. cit.*, p. 50) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (A separação dos poderes: A doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, ano 16, n. 40, p-67-81, 2015. p. 68 e **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253-254). Antônio Francisco de Sousa, por sua vez, tem outra interpretação para a ausência do Poder Judiciário nas ideias de Locke. Segundo o autor, uma vez que quase toda a fundamentação que utiliza para justificar a necessidade de transição do estado de natureza para a sociedade civil parece estar assentada exatamente na ausência de alguma instância que pudesse resolver os conflitos de forma imparcial e sancionar os abusos, por que razão Locke teria deixado de lado justo o Poder Judiciário? E responde o mesmo autor: “na sociedade civil de Locke a exigência jurisdicional e o poder judiciário que o executa são ‘fundamentais’: eles exprimem a condição *sine qua non* da sociedade política, situando-se muito para além de um simples ‘poder autônomo’ do Estado” (*Op. cit.*, p. 16). A função jurisdicional, portanto, estaria na própria razão de ser da sociedade civil, que, por isso, prescindia de um órgão autônomo, que concentrasse em seus limites as funções cuja ausência fora tão sentida no estado de natureza.

²⁷ **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 173.

²⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 173.

a alguma forma de controle, premissa indispensável para a reflexão que será realizada neste trabalho.

2.3 Separação de Poderes. Origem e desenvolvimento: Montesquieu

A despeito da importância da obra de John Locke, será com Montesquieu, em 1748, em seu *O Espírito das Leis*, que a tripartição de poderes será exposta de forma mais sistematizada, especialmente no capítulo VI, denominado “Da Constituição da Inglaterra”, que faz parte do Livro XI, intitulado “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”.

Aristocrata liberal, Montesquieu foi, sobretudo, um moderado a quem preocupava a garantia da liberdade individual. Embora respeitasse a monarquia, vivenciava o regime absolutista francês, que não tinha nenhuma identidade com o exemplo que via na Inglaterra, onde vivera entre 1729 e 1731, e que inspiraria sua obra.

Montesquieu apresentará uma teoria dos poderes em que a divisão irá contemplar não mais apenas o Executivo e o Legislativo, mas também o Poder Judiciário. Quando da publicação de seu livro, 1748, vigorava há quase meio século o *Act of Settlement*, de 1701, que havia assegurado a independência do Judiciário na Inglaterra²⁹, o que certamente contribuíra para a acomodação das funções na forma por ele apresentada, sem embargo da reconhecida timidez que conferiu ao Judiciário, como se verá logo mais.

E a divisão dos poderes parte de uma premissa categórica: “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites”³⁰. Observa-se forte inspiração sociológica na preocupação raiz de Montesquieu. O que o leva a pretender limitar o exercício do poder e, assim, coibir o abuso, é a constatação de que a temperança não é a característica predominante do homem. A ideia matriz do autor de *O Espírito das Leis* – e nisso não se diferenciava de Locke e nem do que pensarão, a breve tempo, os Federalistas – derivava do

²⁹ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, após o *Act of Settlement* os magistrados passaram “a servir *quamdiu si bene gesserint* (enquanto bem servissem) e não mais *durante beneplacito* (enquanto contassem com a boa vontade do monarca). Ou seja, os juízes que até então podiam ser livremente exonerados pelo rei, passaram a não mais poder ser dispensados, exceto se condenados por alguma falta grave ou por deliberação de ambas as casas do parlamento. Assim, tiveram assegurada sua independência” (**Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254).

³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 166.

pessimismo antropológico predominante na Inglaterra da época³¹, para quem, desprovido de limites, o poder tendia sempre a corromper. E se assim é, se o abuso do poder é inevitável, há de se criar um mecanismo que seja capaz de pôr freio a essa sua tendência inata, ou seja, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”³². A “disposição das coisas”, portanto, é que implicará a divisão das funções entre três órgãos distintos, separando-as de modo que não estejam concentradas nas mãos de um único titular³³.

Dividido, pois, o poder, afasta-se a possibilidade do abuso. “Existem em cada Estado três tipos de poder”, dirá Montesquieu: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”³⁴. Por meio do primeiro (Legislativo), criam-se as leis, que perdurarão por um tempo ou para sempre, e corrige ou anula as leis que foram criadas. Por meio do segundo, ele negocia a paz “envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado”³⁵.

O Legislativo será confiado a dois corpos distintos, o dos nobres, que terá caráter hereditário, e o que for escolhido como representante do povo, e deliberarão separadamente, pois têm interesses e opiniões igualmente distintas.

O Poder Executivo, por sua vez, haverá de estar nas mãos de um monarca, pois suas funções, diferentemente daquelas atribuídas ao Legislativo, quase sempre precisam de uma ação instantânea e, por isso, são mais bem exercidas pelas mãos de um só. Além disso, se as funções do Poder Executivo fossem confiadas “a um certo número de pessoas tiradas do

³¹ Quanto ao pessimismo antropológico que grassava no pensamento político inglês da época, ver, no mesmo sentido, PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 71 e 90, e TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 919.

³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 166.

³³ Segundo Montesquieu, acaso estejam os poderes de fazer as leis e executá-las nas mãos de um mesmo órgão, haverá risco à liberdade, porque, quando, “na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo [...] se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. Igualmente haveria risco à liberdade – sempre preocupação primordial de Montesquieu – se o poder de julgar estivesse nas mesmas mãos de quem elabora as leis ou as executa: “se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (*Ibid.*, p. 168).

³⁴ *Ibid.*, p. 167.

³⁵ *Ibid.*, p. 167-168.

corpo legislativo, não haveria mais liberdade, porque os dois poderes estariam unidos, participando as mesmas pessoas, por vezes, e podendo sempre participar de um e de outro”³⁶.

Esta passagem, a exemplo do próprio título do Capítulo VI do Livro XI da obra de Montesquieu, “Da Constituição da Inglaterra”, merece uma rápida reflexão. Quando da conclusão de *O Espírito das Leis*, em 1748, vinha de algum tempo na Inglaterra a figura do Primeiro-Ministro, que teria se iniciado com Robert Walpole, e do Gabinete, instituições que efetivamente constituíam o Executivo³⁷. Apesar disso, Montesquieu tratou o Executivo como função do monarca, sem qualquer referência aos membros do Parlamento que efetivamente compunham o governo. Por isso a indagação de Jean-Jacques Chevallier: “Meditara Montesquieu o suficiente sobre o exercício do poder por Walpole?”³⁸. A mesma dúvida será compartilhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem, ou Montesquieu teria descrito uma Constituição inglesa desatualizada, “e isso depõe contra a sua capacidade de observação, ou ele, tomando a Constituição inglesa como pretexto, procura ‘vender’ uma fórmula ou receita política, tendo em vista a renovação das instituições francesas, especialmente”³⁹. Maurice J. C. Vile, de sua parte, dirá que “Montesquieu estava criando um tipo ideal de ‘constituição da liberdade’ tendo a Inglaterra como fonte, mas ele não estava descrevendo a Constituição inglesa como ela realmente existia”⁴⁰. Paulo Bonavides igualmente irá apontar o deslize. Todavia, após registrar que, na verdade, à época, o que se passava na Inglaterra era o início da experiência parlamentar de governo, daí o equívoco de Montesquieu em atribuir ao monarca o Poder Executivo, conclui com mais benevolência, dizendo que “se erro houve, esse erro há de ter sido fecundo, visto que enriqueceu o constitucionalismo europeu de seu instrumento mais poderoso e mais rígido de proteção e garantia das liberdades individuais, a saber, a separação de poderes”⁴¹.

³⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 173.

³⁷ O Gabinete nasceu ainda com Jaime II, que nomeava para o Conselho Privado membros de destaque do Parlamento. Já a “figura do primeiro ministro surgiu na dinastia de Hanover. Jorge I e Jorge II, estrangeiros que compreendiam pouco o inglês, preferiam cuidar de suas terras no continente europeu a participar efetivamente do Conselho, o que o tornou cada vez mais dependente do Parlamento. Desinteressados pelos assuntos de Estado, o seu ministro, Walpole, passou a exercer o poder de fato, e a partir de determinada época começou a exigir que as medidas que contassem com resistência parlamentar, fossem referendadas pelos demais membros do Ministério” (DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 44-45).

³⁸ **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro, Agir, 1998. p. 146.

³⁹ **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

⁴⁰ **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 93. Tradução livre.

⁴¹ **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 147.

Quanto ao Judiciário, Montesquieu afirma que o poder de julgar não deveria ser atribuído a um corpo permanente, mas deveria ser exercido por pessoas escolhidas do povo e que comporiam temporariamente um tribunal⁴². Neste ponto, contudo, o que mais se destaca é o entendimento de Montesquieu de que, dos três poderes, “o de julgar é, de alguma forma, nulo”⁴³. Na verdade, o autor acreditava numa função muito limitada do Judiciário, a quem atribuía a mera função de reproduzir o conteúdo Legislativo, sem qualquer capacidade criativa ou, ao menos, de modelar a lei ao caso concreto, daí sua conhecida afirmação de que “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”⁴⁴.

Segundo André Ramos Tavares, “Montesquieu assume uma concepção iluminista de lei e uma ideia mecanicista de função judicial”⁴⁵. De fato, não há dúvidas quanto ao papel desempenhado pelo Judiciário na doutrina do pensador: “Conhecidos os factos e a lei, o juiz apenas procede a uma operação lógica automática e forçosa, sem nada de juridicamente constitutivo”⁴⁶. Montesquieu mantém represada a relevância do Judiciário no controle recíproco entre os poderes, papel que será resgatado com o posterior desenvolvimento da doutrina dos *checks and balances*⁴⁷. Rogério Bastos Arantes, a propósito, após indicar os principais pontos colhidos da obra *O Espírito das Leis* que atestam a fragilidade do Judiciário diante dos demais Poderes, conclui que “a interpretação da obra de Montesquieu que habita o senso comum e pela qual o Judiciário seria um terceiro poder de Estado deve ser bastante relativizada”⁴⁸. Na verdade, como será visto mais adiante, a concessão de poder verdadeiramente político ao Judiciário, capaz de efetivamente inseri-lo na tripartição, virá com a possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade dos atos normativos e, assim, ser capaz de exercer poder de veto em relação aos demais Poderes, o que, de fato, só irá ocorrer a partir de 1803, com *Marbury v. Madison*.

O controle do potencial abuso do poder decorre não apenas de sua separação, mas também da existência de mecanismos que permitam um contrapor-se ao outro. Tais

⁴² **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 169.

⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibid.*, p. 172.

⁴⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 175.

⁴⁵ **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 919.

⁴⁶ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 96.

⁴⁷ Por isso que Nuno Piçarra irá anotar o seguinte: “O outro desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação dos poderes consiste na integração do poder judicial no ‘*processo equilibrante*’ entre os órgãos estaduais, processo esse que, de acordo com o esquema da balança dos poderes, apenas englobava até então o poder legislativo e o poder executivo” (*Op. cit.*, p. 202).

⁴⁸ Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio. (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: F Konrad Adenauer; São Paulo: Unesp, 2015. p. 31.

mecanismos, hoje bem mais amplos e complexos, apareciam na obra de Montesquieu por meio de uma especialização das funções, de modo que ele não as atribuía de forma exclusiva aos respectivos órgãos, ou seja, a divisão das funções não era estanque, absoluta, mas sempre concebida de modo a alcançar a moderação e o equilíbrio. Dito de outro modo, embora Legislativo, Executivo e Judiciário possuísem em Montesquieu funções próprias e que, portanto, exerceriam primordialmente, não deixavam de exercer também funções que eram de outro Poder. Desse modo, como lembra Rubens Beçak, a despeito de Montesquieu ter recebido “a pecha de advogar a separação exclusiva dos poderes”⁴⁹, na verdade as funções não eram atribuídas de forma exclusiva a um determinado Poder, mas de forma preponderante.

Assim, distinguindo a faculdade de estatuir, que consistiria no direito de ordenar ou corrigir algo que fora ordenado por outrem (*faculté de statuer*), da faculdade de impedir, que corresponde ao poder de anular decisão que fora tomada por outro (*faculté d’empêcher*), Montesquieu não excluiu o Executivo do processo de elaboração das leis, facultando-lhe a possibilidade do veto, “sem o que breve será despojado de suas prerrogativas”⁵⁰.

O Legislativo, por sua vez, embora não execute as leis, tem a tarefa de fiscalizar a forma como o Executivo promove a execução das normas, o que equivale a uma forma de prestação de contas do Executivo. E numa clara demonstração de que Montesquieu não defendia uma separação absoluta dos poderes, apesar de as funções legislativas e judiciais estarem em órgãos distintos, pelo menos em três situações excepcionais o Legislativo haverá de assumir a função jurisdicional. No que se assemelhará ao *impeachment*, caberia ao Legislativo julgar as hipótese em que “algum cidadão, nos negócios públicos, violasse os direitos do povo e cometesse crimes que os magistrados estabelecidos não soubessem ou não quisessem castigar”⁵¹. Pois em tais casos os responsáveis seriam julgados pelo Parlamento, promovida a acusação pelos representantes do povo e julgado pelos representantes dos nobres. Os nobres, de sua parte, não haveriam de ser julgados pelo Judiciário, mas por seus pares no Legislativo, evitando que estivessem expostos à inveja e ao perigo. Por fim, “poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais”, e sendo o Juiz apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”, o

⁴⁹ A separação de poderes, o tribunal constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, p. 325-336, 2008. p. 327.

⁵⁰ **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 175.

⁵¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibid.*, p. 175. No que se refere à semelhança com a figura do *impeachment*, ver AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, 2008. p. 58-59.

Legislativo se revelaria um “tribunal necessário”, pois “sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela”⁵². Enfim, também ao Legislativo caberia rever decisões do Judiciário, que, como visto, não teria liberdade para promover ajustes na aplicação da lei, de modo que o Parlamento aí atuaria como órgão de revisão.

O objetivo, portanto, não era promover uma mera divisão orgânica e funcional do poder, mas fazê-lo com o nítido propósito de separar as funções de modo a afastar o risco de seu uso abusivo. E distribuídos da forma que sistematizara, Montesquieu acreditava que “estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente”⁵³.

Embora a teoria da separação dos poderes tenha adquirido contornos próprios de acordo com os locais em que foi adotada, fato é que, a partir da elaboração da doutrina de Montesquieu, passou a constituir, na sua essência, imposição do Estado moderno. Menos de 30 anos após a publicação de *O Espírito das Leis*, a separação dos poderes já viria expressa na Declaração de Virgínia de 1776. Na sequência, seria prevista na Constituição norte-americana de 1787 e viria a compor, ainda, o conhecido artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, de forma assertiva, afirmava não haver Constituição no Estado que não previsse a separação de poderes.

A doutrina da separação dos poderes não teve um sentido único, tendo, sob certa perspectiva, inclusive revelado sentidos antagônicos. Desse modo, como um dos alicerces do Estado de Direito, serve para assegurar o primado da lei, no sentido que lhe confere o iluminismo, centralizando a fonte legislativa no Parlamento. Visto desse modo, o alvo não é o controle e o equilíbrio dos poderes. Por outro lado, a limitação do poder pretendeu, sobretudo, garantir o pluralismo de centros de poder, que viabilizasse controles recíprocos. Por isso que, se por um lado o Estado de Direito alicerçado no conceito iluminista da lei estava fadado à superação, a ideia de que o poder necessitava de alguma contenção iria perdurar, pois, inevitavelmente, precisava ser limitado, constituindo, este aspecto, ainda hoje, a essência da separação dos poderes⁵⁴.

Para concluir, dentre as inúmeras interpretações a que a obra de Montesquieu foi submetida, uma guarda maior interesse a esta dissertação. Segundo José Levi Mello do

⁵² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes, 1996. p. 175.

⁵³ *Op. cit.*, p. 176.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 920.

Amaral Júnior⁵⁵, o poder de julgar concebido em *O Espírito das Leis* era neutralizado pelo modo como se formavam os tribunais (o corpo não era permanente, só atuava o tempo necessário e pertencia à classe social do acusado ou seus pares) e o modo de decidir dos juízes (o juiz como boca da lei). Os poderes de legislar e de executar, por outro lado, como não eram neutralizados em si mesmos, a neutralização vinha da comunhão de funções que exerciam, especialmente a de estatuir e de impedir (vetar). A câmara alta, composta pela nobreza, e a câmara baixa, composta por representantes eleitos, já tinham entre si os poderes de estatuir e de impedir, podendo, portanto, neutralizarem-se reciprocamente. Porém, ainda que aprovassem alguma norma, o executivo igualmente poderia vetá-la. A limitação do poder, portanto, não vinha de sua separação, mas do fato de comungarem das mesmas faculdades de estatuir e de impedir. Conclui, assim, o jurista, que os três poderes a que se refere Montesquieu não são o de executar, o de legislar e o de julgar, mas o rei, que titulariza o Poder Executivo, e a câmara alta e a baixa, que titularizam o Legislativo, pois o poder de julgar é neutralizado nele próprio⁵⁶.

Pensamento semelhante comungará Rogério Arantes, para quem, sendo o poder de julgar inerte, Montesquieu não teve preocupação em estabelecer-lhe limites, fazendo-o apenas entre o Executivo e o Legislativo. Segundo Arantes, a transformação do Judiciário em poder político só viria a ocorrer na América do Norte, quando a ele fosse atribuído a guarda da Constituição⁵⁷.

O que mais importa nesse entendimento, é o fato de que o Judiciário, em Montesquieu, não tinha o poder de vetar, além de ser neutralizado por si próprio. Ambas as características, entretanto, se perderam com o tempo e com os diversos arranjos a que a doutrina da separação dos poderes foi submetida. A principal alteração foi a de que o Poder Judiciário passou a poder vetar a atuação do Legislativo a partir de 1803, com *Marbury v. Madison*. Só que essa importante função alcançada pelo Judiciário não se fez acompanhar da afetação aos demais Poderes de outras funções que eficientemente pudessem neutralizá-lo, criando dificuldades como as que serão expostas nos capítulos subsequentes deste trabalho.

⁵⁵ Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, 2008. p. 54-57.

⁵⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Ibid.*, p. 53-68, 2008. p. 57.

⁵⁷ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio. (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: F Konrad Adenauer; São Paulo: Unesp, 2015. p. 31. O fato de o Judiciário somente ter passado a fazer parte do que denomina “processo equilibrante dos órgãos estaduais” a partir da concepção americana de separação de poderes é igualmente atestada por Nuno Piçarra, conforme nota 47.

2.4 A Constituição americana e a doutrina dos *checks and balances*

Embora alguns autores procurem enxergar na separação dos poderes de Montesquieu um sistema que contempla uma divisão absoluta das funções, mantendo-as compartimentadas em órgãos separados, que não se comunicam entre si, a verdade é que, como visto no tópico anterior, nunca foi esta a proposta de O Espírito das Leis.

A contenção do poder, para Montesquieu, não vem apenas de sua divisão, mas do controle recíproco entre os órgãos a quem atribuído, daí porque os *checks and balances* constituem uma evolução do sistema de controles, cujo embrião está na própria doutrina do pensador – ou, ainda antes, em Bolingbroke, conforme visto no tópico 2.1. Quando Montesquieu defende que o Rei pode vetar uma lei editada pelo Legislativo, está, à toda evidência, esboçando uma forma de freios e contrapesos. Do mesmo modo quando prevê que a câmara dos nobres julgue, após acusação promovida pelos comuns, crimes cometidos “nos negócios públicos”, ou, ainda, quando enuncia que os nobres sejam julgados pela própria classe e não pelo Judiciário; ou que não seja o próprio Legislativo quem o convoque, mas o Executivo. Enfim, o pensador não se limitou a centrar esforços na separação de poderes enquanto ideia concretizadora da *rule of law*, pois “não desconheceu ele a versão da *balance of powers*, que adotava a separação e independência como condição para um equilíbrio dos poderes por seu controle recíproco”⁵⁸.

O sistema de controles recíprocos de Montesquieu, entretanto, encontrava pelo menos dois limites bastante expressivos. O primeiro estava na timidez que conferia ao Judiciário – considerava-o um Poder de certa forma nulo, é de lembrar-se – alijando-o, portanto, de um papel que pudesse constituir efetivamente algum obstáculo à eventual pretensão abusiva de um dos outros Poderes. O segundo limite estava num Legislativo encorpado pelos anseios liberais, que trazia, de há pouco, o atributo de Poder supremo (Locke), próprio do período antiabsolutista que ainda vigorava na Europa – e que, de resto, ainda teria alguma sobrevida, pelo menos na França.

Seria natural, desse modo, que os freios entre os poderes fossem aprimorados, especialmente se as ideias originais de Montesquieu pudessem ser transplantadas para um território livre de muitas das condicionantes enfrentadas em sua concepção original. E a história iria propiciar esses novos arranjos, com a institucionalização dos *checks and balances* no novo país que surgia na América do Norte.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 921.

De fato, a revolta das colônias inglesas na América do Norte resultou na Declaração da Independência, em 4 de julho de 1776. A fim de viabilizar as articulações comuns aos Estados recém declarados independentes, as ex-colônias aprovaram o texto dos Artigos da Confederação. Por meio dos Artigos, embora estivessem unidos para variados fins, os Estados mantinham-se independentes e soberanos.

Acontece que as treze ex-colônias tinham, nas palavras de Alexis de Tocqueville, “a mesma religião, a mesma língua, os mesmos costumes, quase as mesmas leis; elas lutavam contra um inimigo comum, logo deviam ter fortes motivos para se unirem intimamente umas as outras e se absorverem numa só e mesma nação”⁵⁹. Assim, terminada a guerra da independência, e a despeito das dúvidas que as assolavam, sobretudo relacionada à perda da autonomia diante de um governo central, fundiram-se num só país, cujo marco normativo foi a Constituição de 1787⁶⁰.

E com a Constituição surgiu campo fértil para a implementação na América de um sistema de separação de poderes com instrumentos mais efetivos de *checks and balances*. Para se compreender a incorporação do sistema de freios e contrapesos na Constituição americana é preciso ter em conta, ainda que de passagem, o espírito daqueles que a elaboraram.

As ex-colônias compartilhavam das mesmas preocupações quanto à formação de um governo em que a liberdade porque tanto lutaram não fosse posta em risco. As discussões que levaram à elaboração da Constituição de 1787 fizeram-se a partir de lideranças políticas cuja formação vinha impregnada do pensamento que predominava na Europa iluminista do século XVIII. Aqueles que elaboraram a Constituição americana não desconheciam as produções filosóficas, políticas e jurídicas que, desde John Locke, tinham abordado a aquisição, a distribuição e o exercício do poder, e, por isso, sofreram naturalmente a influência das ideias que circulavam à época entre as duas margens do Atlântico, recebendo, portanto, “muitos dos esquemas doutrinários da Grã-Bretanha e da França”⁶¹.

A elaboração da Constituição americana contou, ainda, com a experiência constituinte que os Estados traziam de suas próprias Constituições, que haviam sido elaboradas quando da Declaração da Independência de 1776⁶². E as discussões quando da

⁵⁹ **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 127.

⁶⁰ Embora assinada nessa data, sua vigência foi condicionada à aprovação de pelo menos nove Estados, o que foi alcançado em 1788, com a assinatura do Estado de New Hampshire.

⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 84.

⁶² Pouco antes da Declaração de Independência de 4 de julho, o Congresso Continental, em 15 de maio de 1776, já havia recomendado às colônias que elaborassem suas próprias constituições. Esta decisão do Congresso Continental, a propósito, foi um dos sintomas mais evidentes de que a ruptura com o império se

elaboração dessas Constituições estaduais acabaram por constituir um verdadeiro “laboratório, no qual se apresentaram várias opções para a organização política das respectivas comunidades, estudaram-se diversas alternativas para o exercício do poder e foram tentadas várias modalidades de atribuições de papéis e funções institucionais”⁶³, que se revelariam de inegável importância quando da elaboração da própria Constituição Federativa.

Os responsáveis pela elaboração da Constituição partiram, assim, de algumas premissas. A primeira delas era a de que a separação de poderes proposta por Montesquieu haveria de ser igualmente adotada na América, até porque a visão pessimista quanto à natureza humana que vinha desde Locke e do próprio Montesquieu continuava a ser compartilhada no continente americano. Os pais da Constituição americana tampouco pretendiam replicar na América um regime monárquico. Havia, ainda, uma preocupação bastante acentuada com a possibilidade de o Legislativo transformar-se num Poder de alcance desmedido, particularidade que era influenciada historicamente pelas fortes críticas ao Parlamento britânico, que embalsamaram toda a Revolução americana, e pela experiência histórica com a independência dos Legislativos dos Estados da Confederação, cujos “arroubos democráticos” acabavam por gerar “instabilidades frequentes”⁶⁴.

No que se refere à visão antropológica que permeou a elaboração da Constituição americana, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, autores de *O Federalista*⁶⁵, a exemplo do que fora visto com Locke e com Montesquieu, revelavam que a preocupação

avizinhava (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finatex, 2011. p. 132). Assim, em 29 de junho de 1776, o Estado da Virgínia, em Williamsburg, estabeleceu sua Constituição, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, adotando, inclusive, a separação de poderes propugnada por Montesquieu. O mesmo caminho iriam seguir, ainda no mesmo ano, os Estados de Maryland e Carolina do Norte, além da Geórgia, em 1777 (VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 131-132).

⁶³ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *Op. cit.*, p. 133.

⁶⁴ DUARTE NETO, José. Independência e *Accountability* Judiciárias. In PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. (Org.). **Federalismo e Poder Judiciário**. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 208.

⁶⁵ **O Federalista** (ou **Os artigos federalistas**) é uma obra constituída por 85 ensaios, publicados na imprensa de Nova York pelos *founding fathers* Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, inicialmente sob o codinome de *Publius*, com o objetivo de convencer a população daquele Estado a votar favoravelmente à ratificação da Constituição de 1787. A publicação se fez necessária, pois a ratificação encontrava forte resistência dos antifederalistas. A ratificação derivava do fato de que a Convenção de 1787 previra que a nova Constituição só entraria em vigor se fosse ratificada por pelo menos nove Estados. Isaac Kramnick, na apresentação da obra utilizada nesta pesquisa, registrou: “*O Federalista* foi fruto da imaginação de Alexander Hamilton, que engajou James Madison e John Jay em seu esforço jornalístico para persuadir os votantes da convenção de ratificação do Estado de Nova York de que deveriam aprovar a nova Constituição dos Estados Unidos, esboçada na Filadélfia naquele mesmo verão. Nos dez meses seguintes, com um único intervalo de dois meses na primavera de 1788, duas e ocasionalmente três vezes por semana um novo texto de *O Federalista* seria publicado em até quatro jornais de Nova York. No final, ‘Publius’ – pseudônimo coletivo usado por Hamilton, Madison e Jay – produziu 175 mil palavras em defesa da nova Constituição Federal” (MADISON, James. HAMILTON, Alexander. e JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 1).

matriz de então estava no pessimismo com que se enxergava o próprio homem. “Se os homens fossem anjos”, diziam, “não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos”⁶⁶.

A separação de poderes, portanto, veio já nos três primeiros artigos da Constituição americana, que contemplou no artigo 1º o Poder Legislativo, no 2º o Executivo e no 3º o Judiciário⁶⁷.

Como sua própria história de combate ao regime inglês sugeria, os norte-americanos não optaram pelo regime monárquico, mas pela República. Tampouco seguiram o caminho inglês do parlamentarismo, adotando o presidencialismo, em que a figura do presidente concentrava as funções de chefe de governo e chefe de Estado. Diferentemente do monarca inglês, o presidente dos Estados Unidos estaria sujeito a *impeachment*. Por outro lado, a fim de que pudesse estabelecer um contrapeso em relação ao Parlamento, e na linha do que propusera Montesquieu – *faculté d’empêcher* – ao chefe do Executivo seria assegurado o poder de veto, facultando-lhe devolver para reexame projetos já analisados pelas duas câmaras, que, no entanto, poderiam superar o veto pelo voto de dois terços de ambas as casas. Embora coubesse ao presidente designar os membros da Suprema Corte, essa designação dependeria da aprovação do Senado.

O Legislativo, por sua vez, foi constituído em duas casas, mas uma delas, o Senado, representaria as unidades federativas, enquanto a outra seria composta por representantes do povo de cada um dos Estados. A adoção do Senado enquanto representante das unidades federativas serviu para superar as preocupações das ex-Colônias com o que perderiam de poder em favor da União dentro de um regime federativo. Diferentemente do que havia na Inglaterra – e também pelo menos nas Constituições dos Estados de Nova York e Nova Jersey⁶⁸ –, a câmara alta não teria competência judicial (recursal), havendo, neste ponto, uma separação mais rígida das funções entre Judiciário e Legislativo. Porém assegurou-se ao Legislativo o julgamento de autoridades, por meio da figura do *impeachment*.

⁶⁶ MADISON, James. HAMILTON, Alexander. e JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 350.

⁶⁷ Escreverão os Federalistas: “Todos concordam que as funções propriamente pertencentes a um dos poderes não devem ser direta e completamente administradas por nenhum dos outros dois. É igualmente evidente que nenhum deles deve possuir, direta ou indiretamente, uma influência dominante sobre os outros na administração de suas respectivas autoridades. Ninguém negará que o poder é abusivo por natureza e que deve ser efetivamente impedido de transpor os limites a ele atribuídos. Portanto, após discriminar na teoria as várias classes de poder, segundo sejam por natureza legislativas, executivas ou judiciárias, a tarefa seguinte e mais difícil é fornecer a cada uma delas alguma garantia prática contra a invasão das outras. Qual deve ser essa garantia é o grande problema a resolver” (*Id.*, *ibid.*, p. 338).

⁶⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 422.

Ao excluir a possibilidade de que o Legislativo tivesse competência recursal em matéria judicial, separou-se definitivamente a função jurisdicional – salvo o caso do *impeachment*, decorrência direta da estruturação dos *checks and balances* –, atribuindo-a ao Poder Judiciário. A Constituição previu uma Suprema Corte, além de Cortes inferiores, e afirmou que os Juizes seriam mantidos “*during good Behaviour*”.

Quanto ao Judiciário, os Federalistas apontam inicialmente o fato de que, a rigor, separado dos demais Poderes, “pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los”, pois o Executivo dispõe da espada e o Legislativo, além de controlar os gastos, edita as leis. O Judiciário, de sua parte, não tem influência sobre a espada nem sobre o tesouro, de modo que não exerce controle sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, daí poder-se dizer que “não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos”⁶⁹.

Revelando uma fé desmedida num Poder que, segundo pensam, é “incomparavelmente mais fraco” que os demais, os mesmos autores afirmam que o Judiciário se manterá incapaz de abusar de sua força e jamais poderá atacar com sucesso qualquer dos dois outros Poderes, daí concluírem que, “embora a opressão individual possa esporadicamente provir dos tribunais de justiça, a liberdade geral do povo jamais poderá ser ameaçada a partir dessa frente”⁷⁰, ressalvada eventual união do Judiciário ao Executivo ou ao Legislativo.

Mas os Federalistas emprestam força ao Judiciário ao lhe confiarem a relevante missão de “declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição”⁷¹. A explicação que trazem na sequência merece ser transcrita na literalidade:

⁶⁹ MADISON, James. HAMILTON, Alexander. e JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 479.

⁷⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 479.

⁷¹ *Id.*, *ibid.*, p. 480. O controle constitucionalidade, contudo, não estava expresso na Constituição americana, daí Jorge Miranda afirmar o seguinte: “Nenhum preceito constitucional expresso confere este poder de garantia aos tribunais, prevê a *judicial review*. Não obstante, sólidas razões jurídicas foram invocadas desde o início para o sustentar. Foram elas: 1ª) o poder legislativo é um poder constituído, que não pode ser exercido em contrário da Constituição, obra do *poder constituinte*; 2ª), os tribunais só podem aplicar leis válidas e são inválidas as leis contrárias à Constituição – que é lei superior a todas as outras leis. Saliente-se, contudo, que, apesar de serem argumentos incontestáveis logicamente, eles só poderiam prevalecer num ambiente histórico-jurídico favorável, com a tradição das Constituições limitativas coloniais, o papel preponderante da interpretação judicial e o prestígio dos juizes, o consenso sobre as instituições, o funcionamento pragmático da separação dos poderes e o federalismo” (**Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 188).

O direito que têm os tribunais de declarar a nulidade de atos legislativos, por serem contrários à Constituição, gerou alguma perplexidade, a partir da suposição de que tal doutrina implicaria uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Afirmar-se que o poder autorizado a declarar nulos os atos de outro deve ser necessariamente superior a este. [...] Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem. [...] É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes. Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais⁷².

E a relevância do Judiciário na divisão dos poderes na estrutura constitucional americana vai se concretizar pouco mais de uma década depois, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*⁷³. O especial papel do Judiciário é destacado por Rubens Beçak ao afirmar que, “com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário vai imbuir-se do papel – mesmo que potencial – de convalidador (ou não) da vontade geral expressa na lei”⁷⁴. E quando não convalida o ato normativo, o Judiciário exerce o poder de veto⁷⁵, que é o atributo que o transforma em verdadeiro poder político⁷⁶.

⁷² MADISON, James. HAMILTON, Alexander. e JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480-481. O grifo não é do original.

⁷³ Mauro Capelletti, contudo, ao analisar o que denomina de “precedentes históricos do controle judicial de constitucionalidade das leis”, aponta a existência de decisões judiciais anteriores à Constituição americana, embora posterior à Independência, que teriam reconhecido a possibilidade de o Judiciário afastar a validade de lei que contrariasse a Constituição, no caso, dos Estados, ex-Colônias, então independentes (**O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 45-63). Para um contraponto, refutando a possibilidade de, nos tempos pós-revolucionários, “alguma lei decidida pelos órgãos representativos locais pudesse ser anulada, sob o argumento de inconstitucionalidade, por qualquer juiz ou tribunal”, ver PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finattec, 2011. p. 152-154.

⁷⁴ A separação de poderes, o tribunal constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, 2008. p. 332.

⁷⁵ José Levi Mello do Amaral Junior irá denominar a declaração de inconstitucionalidade de poder de veto absoluto: “Diferentemente do modelo de Montesquieu, nos Estados Unidos o poder judiciário não é um poder neutro. Exerce um poder de veto absoluto: a declaração de inconstitucionalidade. Esta mecânica não está em Montesquieu, mas o resultado vai ao encontro da essência de *O espírito das leis*. Isso porque, ao criar mais um elemento de trancamento do poder, radicaliza o modelo de Montesquieu e, com isso, ajuda a realizar o

Mas no que se refere à visão que os Federalistas emprestavam ao Judiciário, de um Poder que isoladamente não constituiria qualquer ameaça aos demais, uma perspectiva mais realista viria a ser vislumbrada pouco tempo depois por Alexis de Tocqueville, resultado das observações que fizera quando de sua viagem aos Estados Unidos, na década de 1830. De acordo com o pensador, “depois de examinar em detalhe a organização da corte suprema, consideramos em seu conjunto as atribuições que lhe foram dadas, descobrimos sem custo que nunca um poder judiciário mais gigantesco foi constituído por nenhum povo”⁷⁷. De acordo com Tocqueville, o Presidente da República poderia falhar sem que houvesse grave dano ao Estado, pois o chefe do Executivo tem um dever limitado. O mesmo pode acontecer com o Congresso, pois acima dele estão os eleitores que, portanto, podem mudar seus membros, “mas se a corte suprema fosse composta de homens imprudentes ou corruptos, a confederação teria a temer a anarquia ou a guerra civil”⁷⁸.

Embora a visão de Tocqueville possa soar extremada, dá uma ideia das preocupações que embalam esta pesquisa, pois as reflexões despertadas pelo diagnóstico de atuações monocráticas disfuncionais na Corte Suprema – apontadas na Introdução e que ainda serão detalhadas ao longo deste trabalho – reforçam a premissa de que “nenhuma estrutura de poder pode partir de um modelo de desempenho funcional cuja otimidade dependa das elevadas condições de espiritualidade do seu ocupante”⁷⁹. É preciso que o desenho

objetivo liberal clássico” (Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, 2008. p. 58).

⁷⁶ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio. (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: F Konrad Adenauer; São Paulo: Unesp, 2015. p. 31. O fato de o Judiciário somente ter passado a fazer parte do que denomina “processo equilibrante dos órgãos estaduais” a partir da concepção americana de separação de poderes é igualmente atestada por Nuno Piçarra (**A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 202).

⁷⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168. A força do Suprema Corte seria ainda explicada por Tocqueville em outra passagem: “Nas mãos dos sete juízes federais repousam incessantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a constituição é obra morta; é a eles que recorre o poder executivo para resistir as intromissões do corpo legislativo; a legislatura, para se defender das empreitadas do poder executivo; a União, para se fazer obedecer pelos Estados; os Estados, para repelir as pretensões exageradas da União; o interesse público contra o interesse privado; o espírito de conservação contra a instabilidade democrática” (*Ibid.*, p. 169).

⁷⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 170.

⁷⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério. Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 204. Alie-se a isso a preocupação quanto ao que Adam Przeworski chama de *unchecked checkers*, ou seja, “instâncias controladoras que não são controladas” e “livres tanto do controle de outros órgãos do governo como do controle dos cidadãos” (O Estado e o cidadão. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP, 2001. p. 330 e 334). Sintomático para esta pesquisa, aliás, que no mesmo texto Przeworski, após referir-se a “instâncias que não são controladas”, acrescente que “em alguns sistemas, incluindo Brasil e Espanha, a independência do judiciário é quase absoluta pelo desenho institucional” (*Ibid.*, p. 330).

institucional esteja preparado para eventuais abusos que possam resultar da conduta de quaisquer daqueles que ocupem posição nos órgãos do Estado.

Em conclusão, impõe-se reconhecer que a doutrina da separação dos poderes não parou de evoluir e transformar-se após a Constituição americana. As adaptações a que se submeteu nos diferentes locais e tempo em que foi instituída permitiram inúmeros estudos e tentativas de sistematizá-la de um modo diferente do que era a percepção do fim do Século XVIII e início do Século XIX. A separação dos poderes conheceu desde a figura do Poder Moderador, absorvida pela primeira Constituição brasileira, até a interpretação de que a Corte Constitucional constitui um dos Poderes⁸⁰, sem falar das características próprias que possui nos sistemas parlamentaristas.

Apesar da evolução e dos ajustes a que a doutrina da separação dos poderes se submeteu após a Constituição de 1787, os desdobramentos até agora apresentados parecem revelar-se suficiente para a investigação que vem aqui se desenvolvendo. É que, mais do que a identificação da divisão orgânico-funcional dos poderes sob a perspectiva de quem exercerá qual função, a importância para a contenção dos abusos está nos mecanismos de controle recíprocos entre eles, daí Nuno Piçarra lembrar que no Estado de Direito do Século XX, o centro de gravidade do princípio da separação de poderes passou a ser a ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos⁸¹.

⁸⁰ Para Cezar Saldanha Souza Júnior (**O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. São Paulo: Memória Jurídica. 2002), a divisão dos poderes políticos teria passado por seis fases. De uma fase em que o poder estava concentrado nas mãos do monarca, migra-se para a bipartição, que surge a partir de Locke, e a tripartição, a partir de Montesquieu. Em seguida, o poder neutro formulado por Benjamin Constant teria levado a uma tetrapartição. A necessidade de uma estrutura administrativa (burocrática) que emergira no primeiro pós-guerra do Século XX revelaria a pentapartição. Finalmente, após a segunda Guerra Mundial, com os Tribunais Constitucionais, a divisão dos poderes chegaria à fase da hexapartição. Saldanha, porém, esclarece o seguinte: “Os seis grandes passos não ocorreram integralmente na história em nenhum país em particular. O próprio Reino Unido, que esteve na linha de frente desse processo evolutivo, ainda não ingressou na sexta fase: não desenvolveu um Tribunal Constitucional. A circunstância de não possuir Constituição escrita e, em decorrência, controle de constitucionalidade, bloqueou o caminho dessa inovação. No outro extremo, o Brasil pulou diretamente da primeira fase para a quarta e, posteriormente, retrocedeu à terceira fase, na qual permanece até hoje. Essas seis fases, portanto, pretendem ser uma linha tendencial da evolução política do Ocidente como um todo, fruto de um longo diálogo histórico entre pensamento político e instituições constitucionais. Não reivindicam aplicação concreta em nenhum Estado ocidental em especial” (*Ibid.*, p. 14.). A referência ao Reino Unido naturalmente tinha por base o contexto histórico de 2002, ano da edição de sua obra. A criação, em 2009, de uma Suprema Corte desmembrada da Câmara dos Lordes é lembrada por Saldanha em nova edição do livro (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016).

⁸¹ **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 258-259.

2.5 Freios e contrapesos e a história constitucional brasileira

A separação de poderes teve assento em todas as Constituições brasileiras, ainda que no curso da história nem sempre tenha sido posta em termos ortodoxos, para usar uma terminologia de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “ou seja, com os três Poderes clássicos, independentes e harmônicos, vedada de modo absoluto a delegação de atribuições”⁸².

Realmente, já na Carta de 1824 a separação foi contemplada, porém em sua forma tetrapartite. Inspirada na doutrina de Benjamim Constant, adotou-se, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, também o Poder Moderador, de competência do Imperador. E não há dúvidas de que o fato de o Imperador congregar em suas mãos tanto o Poder Executivo, quanto o Poder Moderador, constituiu a marca mais importante da Constituição imperial, sobretudo pelo que fragilizava a separação dos poderes e impedia uma efetiva independência do Judiciário, e, em especial, seu papel no controle dos atos dos demais poderes.

De fato, do ponto de vista formal, o Poder Judiciário estava previsto na Constituição de 1824 como um Poder independente⁸³, composto por Juizes e Jurados (art. 151), porém previa-se a possibilidade de interferência direta do Imperador, que, de acordo com o artigo 154, poderia “suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado”. Além disso, era o poder central que promovia a nomeação do “juiz de direito” e do “juiz municipal”⁸⁴. De resto, não havia previsão do controle de constitucionalidade, de modo que, na verdade, a separação orgânico-funcional estava assentada na supremacia da lei, não havendo espaço para

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: A doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. Ano 16, n. 40, p-67-81, abr-jun/2015. p. 70.

⁸³ Apesar da previsão formal, José Duarte Neto afirma que havia um descompasso “entre o enunciado normativo e a realidade vivenciada. A independência do Judiciário e dos juizes existia tão somente na letra das disposições normativas. A proposta original de desvincular a justiça da política, em regra, não surtiu o efeito almejado. Não é desarrazoado falar em atritos ou mesmos conflitos com os outros poderes do Estado. A começar pelo ingresso na carreira. Não havia, no império, uma profissionalização do judiciário como pretendido pelos seus artífices fundadores. Quando a carreira política não começava com a investidura na função de magistrado e, posteriormente, se desdobrava para outros cargos políticos (deputado, senador ou Conselheiro), a ocupação de outra função pública podia consistir em requisito para a investidura em cargo judiciário. Essa alternância dentro da burocracia do Estado era possibilitada, senão recomendável, porque sendo os juizes bacharéis em direito, dominavam o conhecimento necessário para a engenharia de Estado” (Independência e *Accountability* Judiciárias. In PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. (Org.). **Federalismo e Poder Judiciário**. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 218).

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 77.

que se pudesse confrontá-la com a Constituição e, sobretudo, que isso fosse feito pelo Judiciário⁸⁵.

Após o fim do período monárquico em 1889 e um breve governo provisório, viria a Constituição de 1891, que adotou a forma republicana de governo e a forma federativa, fortemente inspirada na Constituição americana de 1787, transformando em Estados as províncias de então. O Poder Moderador não foi contemplado e o Legislativo manteve a estrutura bicameral.

No Poder Judiciário, a inovação mais importante esteve na previsão do controle de constitucionalidade dos atos normativos, na modalidade concreta e difusa, com o que inaugurava efetivamente, em sede constitucional, seu papel no sistema de freios e contrapesos⁸⁶. Adotava o Brasil, portanto, o controle de constitucionalidade conforme arquitetado nos Estados Unidos da América⁸⁷, em que era permitido a qualquer Juiz promover o confronto entre o ato normativo e a matriz constitucional, fazendo-o, entretanto, diante de um caso concreto e sua decisão sendo limitada às partes integrantes do conflito⁸⁸.

Não demoraria, contudo, para que a separação dos poderes fosse testada. Em novembro de 1891, após a Câmara e o Senado rejeitarem um veto que impusera a um projeto de lei que não lhe era politicamente favorável, Marechal Deodoro da Fonseca dissolve o Congresso e decreta estado de sítio, abalando a independência dos Poderes. Mais à frente, diante da renúncia de Deodoro, assume a Presidência Floriano Peixoto. Em 1892, por conta do acirramento de contestações ao seu mandato, Floriano decreta estado de sítio e vários opositores são presos, dentre eles alguns deputados. Rui Barbosa, então, ingressa com *habeas*

⁸⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 115.

⁸⁶ Na verdade, o controle de constitucionalidade foi previsto pouco antes da Constituição de 1891, no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que estabeleceu uma Constituição provisória da República dos Estados Unidos do Brasil, e no Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que, neste ponto (controle difuso), tinha redação semelhante.

⁸⁷ Neste ponto, a inspiração americana já parecia ter alcançado o próprio Imperador. De acordo com Alberto Venancio Filho, “em julho de 1889, Lafayette Rodrigues Pereira e Salvador de Mendonça despediram-se de D. Pedro II, a fim de representarem o Brasil em Washington na 1ª Conferência Interamericana. Ouviram do Imperador as seguintes palavras: ‘Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um Tribunal igual ao norte-americano e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto’” (Juizes e Tribunais – Perspectivas da História da Justiça no Brasil – O STF na República Velha. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 8, n. 41, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1954>. Acesso em: 5 maio 2021).

⁸⁸ Segundo Rodrigo Brandão, “a presença de uma Constituição legitimada pela soberania popular, que previa a separação dos poderes, o federalismo, um amplo catálogo de direitos fundamentais, e que constituía finalmente o Judiciário como ‘poder autônomo’, incumbindo-lhe do exercício do controle de constitucionalidade, consistia em começo alvissareiro da nossa história republicana, e, sobretudo, semeava o solo para a afirmação e para a expansão do Poder Judiciário brasileiro” (*Op. cit.*, p. 117).

corpus junto ao Supremo Tribunal Federal, quando Floriano, dando a nota da frágil separação de poderes daquela fase inicial da República, teria dito: “Se os juízes do Tribunal concederem o *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”⁸⁹.

Durante o governo de Floriano o Supremo se viu às voltas, ainda, com a atitude retaliatória do Presidente que, desgostoso com decisões da Corte, negara-se a nomear ministros para vagas que foram abertas em decorrência de aposentadorias, impedindo a realização das sessões por falta de quórum⁹⁰.

Finda a Primeira República com a Revolução de 1930, o Supremo Tribunal Federal viria a ser objeto de incisiva interferência de Getúlio Vargas. De fato, revelando o que viria pela frente, já em novembro de 1930 foi instituído o governo provisório, que passava a responder tanto pelas funções executivas quanto legislativas, tendo sido dissolvidas as instâncias legislativas federal, estaduais e municipais. Em fevereiro de 1931, o número de ministros do STF foi reduzido de 15 para 11 e, pouco tempo depois, Vargas aposentou seis membros da Corte compulsoriamente⁹¹.

⁸⁹ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006. p. 30. A autora acrescenta, ainda: “Talvez por isso os ministros tenham negado por dez votos contra um o *habeas corpus* tão brilhantemente defendido por Rui Barbosa diante do público que lotava a sala das sessões [...] a maioria dos ministros decidiu que o Poder Judiciário não tinha competência para apreciar o caso antes da decisão do Congresso, a quem cabia aprovar ou desaprovar o estado de sítio declarado pelo presidente” (*Ibid.* p. 30).

⁹⁰ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 13; COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006. p. 32-33. Data desse período a nomeação, para a Corte, do médico Barata Ribeiro e de “dois generais para preenchimento dos claros, o que provocou a desaprovação da magistratura e do Congresso, que se negou a ratificar o ato por faltar aos indicados o preparo jurídico necessário para o desempenho do cargo”. (*Id. ibid.* p. 32). As diversas ocorrências havidas na época levaram Rodrigo Brandão a afirmar que “as esperanças de instituir-se um sistema de *checks and ballances* caíram por terra com o irromper de um ‘presidencialismo imperial’, cujos poderes absolutos se manifestaram das mais diversas formas: prisões arbitrárias, desterros, expulsões, aposentadorias compulsórias e cassações de opositores políticos, estados de sítio e intervenções federais sem a presença dos pressupostos constitucionais, golpes militares, etc [...] Diante desta realidade, parece natural o Judiciário não ter reunido as condições necessárias para controlar os atos produzidos pelos poderes políticos, sendo frequentes as mais diversas reações políticas a decisões indesejadas pelos governos de ocasião, como, p. ex., o descumprimento das respectivas determinações e os ataques institucionais à Corte (redução ou aumento do número de ministros, exclusão de matérias da sua apreciação, cassação de ministros, suspensão das garantias da magistratura e do Judiciário), etc” (**Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 119).

⁹¹ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006. p. 70-71. A mesma autora relata que, “em sessão extraordinária do Tribunal, o ministro Hermenegildo de Barros deixou registrado seu protesto pela aposentadoria dos colegas [...] ‘É a morte do Poder Judiciário no Brasil’, declarou. ‘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’. Seu discurso testemunhava o estado de espírito que tomou conta dos ministros. Deveriam eles se aposentar, em sinal de protesto, ou continuar em seus postos [...]? Apesar do constrangimento, todos permaneceram em seus cargos” (*Ibid.*, p. 71).

Vem, na sequência, a Constituição de 1934, que, como inovação, passou a prever a cláusula da reserva de plenário, ou *full bench*, para as declarações de inconstitucionalidade, ao dispor, no artigo 179, que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”. A nova Carta iria trazer, ainda, outra inovação quanto ao controle de constitucionalidade das normas, pois, a partir de então, permitiu-se que o Supremo pudesse syndicar a constitucionalidade da lei que decretava intervenção federal, após provocação do Procurador-Geral da República (art. 12, § 2º). Em tais casos, a verificação da constitucionalidade pelo Supremo, a partir de então, já não se daria por meio do controle difuso, mas por uma provocação diretamente endereçada à Corte.

Especificamente quanto ao Supremo Tribunal, seus ministros, até então vitalícios, passaram a aposentarem-se compulsoriamente aos 75 anos de idade, e o presidente e o vice-presidente da Corte, até então eleitos pelos demais ministros, passaram a ser nomeados pelo Chefe do Executivo⁹².

A Constituição de 1934, porém, terá vida breve, pois em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas outorgará uma nova Carta nada reverente à doutrina de Montesquieu. Revelando o autoritarismo que caracterizaria o período de sua vigência, a nova Carta dissolveu a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, além dos legislativos estaduais e municipais. O artigo 187 previa que a Constituição seria submetida a plebiscito, que, todavia, nunca foi convocado. E como nunca fora convocado, o presidente, valendo-se do artigo 180 da mesma Carta, passara a legislar por decretos-leis, o que fará ao longo dos próximos nove anos em que o Parlamento deixará de funcionar⁹³.

Quanto ao Poder Judiciário, o art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, não deixava dúvidas do quanto o Presidente da República pretendia enfrentar a concepção de que a interpretação última das normas constitucionais pertencia ao Judiciário:

⁹² RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 13. p. 15; COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006. p. 72.

⁹³ A realidade da Carta foi exposta com singular clareza por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “na realidade política, o Presidente da República possuía, durante o Estado Novo que essa Carta pretendia institucionalizar, um poder absoluto. Não tendo sido realizado o plebiscito, não tendo sido eleito o Parlamento, o Presidente da República, com base no art. 180, dispunha do poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União. Era ele o Executivo, o Legislativo e podia suplantar declarações judiciais de inconstitucionalidade por meio de ato seu, dada a inexistência de fato do Legislativo. Destarte, era também senhor da Constituição. Seguramente, era um ditador, na acepção moderna e plena do termo” (A separação dos poderes: A doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. ano 16, n. 40, p. 67-81, 2015. p. 72).

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

Referido dispositivo constituiu historicamente um ponto de inflexão na competência exclusiva do Poder Judiciário para a análise da constitucionalidade das normas, ao compartilhá-la com o Legislativo. Em 2011, a Proposta de Emenda Constitucional nº 33 pretendeu estabelecer algo semelhante no que se refere às Emendas Constitucionais, prevendo a possibilidade de o Parlamento reanalisar a declaração de inconstitucionalidade do STF. A proposta, que enfrentou forte resistência por parte de ministros da Corte, foi, contudo, arquivada⁹⁴. A ideia contida na referida PEC, porém, não era inédita. Conhecida como controle fraco de constitucionalidade, a possibilidade de o Legislativo rever decisão derivada da *judicial review* é encontrada em outros países, de que é exemplo a “*notwithstanding clause*” da Constituição canadense⁹⁵.

Na prática, a inovação do citado artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, só incrementou os poderes do Presidente, pois como o plebiscito nunca fora convocado, coube a Vargas reanalisar as declarações de inconstitucionalidade do Supremo. E assim o fez, por exemplo, diante de mandados de segurança concedidos pela Corte, que declaravam a inconstitucionalidade da cobrança de imposto de renda sobre proventos pagos a magistrados e servidores públicos, quando, por meio do Decreto-Lei 1.564, de 5 de setembro de 1939, afirmando que a decisão “não consulta o interesse nacional”, fixou o seguinte em seu artigo único: “São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de

⁹⁴ Referida PEC pretendia, dentre outras alterações, modificar o artigo 102 da Constituição Federal de 1988, para que passasse a ter a seguinte redação: "Art. 102. (...) § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal" (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 31 jan. 2022).

⁹⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos”⁹⁶.

A Constituição de 1946 trouxe novo vigor à história constitucional do país. No que importa mais diretamente a este trabalho, a nova Carta resgatou a separação dos poderes, restaurando igualmente as atribuições do Congresso (bicameral) e do Poder Judiciário. Daí a afirmação doutrinária de que a Constituição de 1946 buscou “devolver ao Legislativo e ao Judiciário a dignidade e as prerrogativas características de um regime efetivamente democrático”⁹⁷. E como não reproduzira a previsão de que o Congresso pudesse promover nova análise da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte voltou a ter o poder de dar a última palavra no confronto entre a lei e a Carta Magna.

O regime democrático teria, contudo, nova ruptura. Na sequência do golpe militar de 1964, foi editado, em 9 de abril do mesmo ano, o Ato Institucional nº 1, por meio do qual se mantinha a Constituição de 1946, com significativas mudanças na parte referente aos poderes do Presidente da República. O preâmbulo do Ato Institucional, contudo, já revelava o período autoritário que estava se iniciando e o quanto o equilíbrio entre os poderes seria impactado:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. **Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.** Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. [...] Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, **resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação**⁹⁸.

⁹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.564/1939**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/525748/publicacao/15709761>. Acesso em: 7 maio 2022. Em resumo, afirmará Rodrigo Brandão, “diante (i) da prevalência de um arranjo institucional caracterizado pela forte concentração do poder político no Executivo federal, (ii) da afirmação de uma filosofia política autoritária e estatalista, e (iii) dos reflexos desses fatores no direito positivo e na *práxis* política do país, não é de causar surpresa que o STF, no período entre 1930 e 1945, tenha tido o menor grau de independência da sua história, tornando-se submisso ao governo” (**Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 133).

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 409.

⁹⁸ BRASIL. **Ato Institucional n. 1**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 13 jan. 2021. O destaque não é do original.

Em seus dispositivos, o Ato Institucional nº 1, dentre outros comandos arbitrários, suspendeu as garantias da vitaliciedade e da estabilidade (art. 7º) e, em seu art. 10, previu a possibilidade de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e a cassação de “mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos”.

Posteriormente, a despeito da forte contestação de membros do Supremo Tribunal Federal, dentre eles seu então Presidente, Ministro Ribeiro da Costa, o Ato Institucional nº 2 aumentou o número de membros da Corte para 16, criando uma terceira Turma de julgamento⁹⁹. Naturalmente o aumento de número de ministros teve o objetivo de introduzir no Tribunal votos favoráveis ao ideário dos militares, especialmente por conta de decisões adotadas pela Corte nesse período que não correspondiam às pretensões do governo da época¹⁰⁰.

Em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 instituiu a ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que o controle de constitucionalidade abstrato não se limitasse mais às leis estaduais que desafiavam representações interventivas, mas alcançasse todo e qualquer ato normativo que contrariasse as normas constitucionais¹⁰¹. Era a incorporação ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade – até então basicamente integrado pelo controle concreto – do sistema europeu de controle abstrato¹⁰², em que a decisão teria efeito *erga omnes*. A partir daí o Brasil passaria a contar com um sistema misto.

⁹⁹ BRASIL. **Ato Institucional n. 2**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 13 jan. 2021. As críticas à interferência na Corte haviam levado seu então Presidente, Ministro Ribeiro da Costa, a afirmar: “Advirta-se ainda à nação da ruidosa e imeritória pretensão, agitada aqui ali até por chefes militares, que por muito entenderem do seu próprio ofício, nem por isso conhecem a aparelhagem constitucional, no que diz respeito ao Poder Judiciário, notadamente a Suprema Corte. Alertamos os poderes Executivo e Legislativo, ao mesmo passo que assim o fazemos tendo em vista as insistentes intromissões de militares nesse assunto que não lhe diz respeito, sobre o qual não lhes cabe opinar, o que entretanto, vem ocorrendo lamentavelmente, coisa jamais vista nos países verdadeiramente civilizados. Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação” (RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 108-109). Quanto ao aumento no número de membros do STF, Felipe Recondo lembra que, para Ribeiro da Costa, “uma iniciativa como essa inaugurava uma espécie de conluio de dois poderes para empacotar o outro: Executivo e Legislativo unidos para enfraquecer ou direcionar o judiciário, conforme seus interesses políticos” (*Ibid.*, p. 108).

¹⁰⁰ Dentre essas decisões estavam a concessão de *habeas corpus* ao professor Sergio Cidade de Resende, acusado de distribuir manifesto político contrário ao governo em sala de aula; em favor de Mauro Borges Texeira, governador do Estado de Goiás; e em favor do então governador de Pernambuco, Miguel Arraes. Para melhor análise desses e de outros casos que indispueram os militares contra o STF, ver COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006. p. 162-165.

¹⁰¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16/1965**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

¹⁰² Apesar de ter adotado o controle abstrato, o Brasil não adotou, como *locus* próprio para o controle de constitucionalidade, o modelo de corte constitucional europeu, cuja competência não se mistura com o

Embora a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 16 indicasse um fortalecimento do sistema de freios e contrapesos, por incrementar a possibilidade de o Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade dos atos normativos editados pelos outros Poderes, é de lembrar-se que o Supremo Tribunal sofrera a interferência do Ato Institucional nº 2, que levou à nomeação pelo governo de pelo menos cinco novos ministros, além do que a Emenda em questão atribuiu a legitimidade para a ação de inconstitucionalidade exclusivamente ao Procurador-Geral da República, igualmente nomeado pelo Presidente da República, de sorte que o Executivo podia exercer controle bastante rígido quanto ao destino das ações diretas a serem propostas¹⁰³.

Em 1967 o país teria uma nova Constituição, que formalmente mantinha a separação dos poderes “independentes e harmônicos”, em seu artigo 6º. Apesar da previsão formal, a realidade seria outra, conforme lembra Emília Viotti da Costa:

[A carta de 1967] reforçou os poderes do presidente da República, ampliando enormemente sua esfera de ação, enquanto o legislativo e o judiciário tiveram suas atribuições ainda mais limitadas. Ao presidente era concedido o direito de governar por decretos-leis, frequentemente justificados por expressões vagas como urgência, interesse público ou matéria de segurança nacional, aumentando mais ainda a competência do Executivo [...]. O texto revelava uma preocupação imensa com o que se definia como *segurança nacional*. As garantias dos cidadãos apareceram diminuídas, ou ressalvadas. Estas poderiam ser suspensas a critério do governo¹⁰⁴.

Em 1968 o regime ditatorial iria atingir seu ponto máximo com o Ato Institucional nº 5¹⁰⁵. O artigo 2º do referido Ato Institucional autorizava o Presidente da República a decretar o recesso do Congresso Nacional e, em seu § 1º, rezava que, com o recesso parlamentar, “o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”. O art. 4º autorizava o Presidente da República, “no interesse de preservar a Revolução [...] suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”.

exercício jurisdicional ordinário. Quanto ao modelo europeu de corte constitucional, ver, por todos, FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

¹⁰³ Dirá, a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A intenção do legislador constituinte era fácil de aperceber. Pretendia este instituir um controle, concentrado no Supremo Tribunal Federal [...] quando a declaração da nulidade desta conviesse ao Executivo federal. Claro que este último aspecto não era explícito – qualquer um poderia, como pôde, reclamar do Procurador-Geral da República tal “representação”. Mas, em termos realistas, sendo o Procurador-Geral nomeado pelo Presidente da República e podendo ser, a qualquer momento, livremente exonerado por este, jamais atuaria ele contra as conveniências do chefe do Governo” (**Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 243).

¹⁰⁴ **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006. p. 169.

¹⁰⁵ BRASIL. **Ato Institucional n. 5**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

As garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, tão caras à independência da magistratura, foram também suspensas pelo artigo 6º do mencionado Ato Institucional, cujo § 1º autorizava o Presidente da República, “mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo”. Suspende-se, ainda, a garantia do “habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (art. 10) e, pretendendo afastar eventuais óbices ao cumprimento das determinações que trazia em seus dispositivos, excluiu de “qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (art. 11).

No início do ano seguinte, fevereiro de 1969, são aposentados compulsoriamente os Ministros do STF Evandro Lins, Hermes Lima e Vitor Nunes Leal. Em solidariedade aos colegas, o Ministro Gonçalves de Oliveira renuncia ao cargo e Lafayette de Andrada se aposenta. O Ato Institucional nº 6 promove nova alteração no número de ministros do Supremo, que volta a ter onze membros¹⁰⁶. Assim, com a nomeação dos cinco ministros quando do aumento do número de membros para dezesseis, e, agora, com a saída daqueles que não comungavam com a linha de ação dos militares, o Supremo Tribunal Federal tem significativamente reduzidas suas condições para enfrentar os abusos originados no Poder Executivo¹⁰⁷.

Apear disso, Marina Ribeiro da Silva, em dissertação orientada por José Duarte Neto, conclui, a partir de aprofundada pesquisa histórica e dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, que constitui compreensão equivocada do papel da Corte nos primeiros anos da ditadura militar enxerga-la exclusivamente como partícipe das violações de direito havidas no período ou como “Poder esvaziado de possibilidade de ação, envergado sob o peso de um Executivo que não permitia sequer que o Tribunal se manifestasse em defesa dos direitos humanos previstos na Constituição liberal de 1946, ainda em vigor quando do golpe”¹⁰⁸. Segundo a autora, o período não compreendeu apenas um Supremo, mas vários:

Houve aquele presidido por Ribeiro da Costa, que se insurgiu veementemente contra a edição do Ato Institucional n. 2, que, em voga, aumentou de onze para dezesseis o

¹⁰⁶ BRASIL. **Ato Institucional n. 6**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

¹⁰⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 145.

¹⁰⁸ SILVA, Marina Ribeiro da. **Justiça de transição e Poder Judiciário: o relatório da Comissão Nacional da Verdade e a atuação do Supremo Tribunal Federal entre 1964 e 1969**. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, Franca, 2017. p. 185.

número de juízes da Corte. Essa Corte, que vivenciou o golpe de 1964, experimentou, em um primeiro momento, uma pungente interrogação, pois se imaginava, desde o princípio, que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro seria atingido, mais cedo ou mais tarde, pelos desmandos da ditadura recém implantada. Houve o Supremo Tribunal Federal que, balizado pelos Atos Institucionais n. 2 e n. 5, conseguiu resguardar, com inúmeras concessões de habeas corpus, direitos de locomoção, direitos políticos, direitos de expressão, dentre outros, de um sem número de pacientes que bateram às portas do Tribunal em busca de guarida. Houve o Supremo Tribunal Federal maculado pelo Ato Institucional n. 5. Este Tribunal, impedido de conhecer pedidos de habeas corpus impetrados por acusados de crimes previstos no Ato Institucional, viu serem afastados três ministros em função da atividade judicante que exerciam. Houve, finalmente, o Supremo Tribunal Federal pós-Ato Institucional n. 6, que, plenamente neutralizado, voltou a contar com onze ministros em sua composição.

Com a Constituição de 1988 houve a retomada da democracia, a separação dos poderes deixou de ser meramente formal e a estrutura de freios e contrapesos foi melhor desenhada.

De fato, a nova Carta distinguiu as funções de cada um dos Poderes, buscando, com isso, definir com mais clareza o feixe de atribuições que caberia a cada um, sobretudo diante do período de grave fragilidade do ideário democrático que vinha do período militar antecedente. Nesse contexto, o constituinte de 1988, adotando a doutrina da separação dos poderes, enunciou-a no artigo 2º da Constituição Federal, prevendo-os independentes e harmônicos entre si¹⁰⁹, além de considerar a separação dos poderes cláusula pétrea, no artigo 60, §4º, inciso III.

Como forma de estabelecer o controle recíproco, foram criados mecanismos que impedem, ou ao menos dificultam, a sobreposição de um sobre os demais. Esses mecanismos envolvem medidas que interferem na esfera das atribuições originais do outro Poder, fixadas pelo constituinte com inspiração num sistema de *checks and balances* mais robustecido. Como é natural em tais situações, as doutrinas foram adaptadas à realidade brasileira e o constituinte fez ajustes criando uma realidade própria, a despeito de, em linhas gerais, seguir ideias já apontadas neste trabalho.

Especificamente em relação ao Supremo Tribunal Federal, cabe ao Senado Federal aprovar os nomes dos indicados à Corte (art. 84, XIV, CF), além de processar e julgar seus Ministros nos crimes de responsabilidade (art. 52, II, CF). É, ainda, o Poder Legislativo

¹⁰⁹ Oscar Vilhena Vieira dirá que “a ideia de que os poderes são independentes e harmônicos, inscrita em nossa Constituição, é um eufemismo, pois sua real disposição é de tensão”. Segundo o jurista, “não há nada mais comum à vida de uma democracia constitucional do que o conflito entre atores políticos e institucionais e entre os diversos setores da sociedade. Esses confrontos, no entanto, devem ser mediados pela política cotidiana e pelo jogo ordinário das instituições. É para isso que as constituições servem. São inerentes à vida das constituições uma constante tensão e eventuais atritos” (**A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 34).

que aprova o orçamento do Judiciário e fixa os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Presidente da República, por sua vez, é o responsável na estrutura dos freios e contrapesos pela indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e sua nomeação, após aprovação pelo Senado (art. 84, XIV).

Da parte do Judiciário, o que mais incisivamente revela sua atuação no sistema de *checks and balances* está na sua competência para sindicar a concordância dos atos normativos com a Constituição Federal. De fato, se é o Poder Judiciário o responsável por afirmar se determinado ato normativo está de acordo com a Constituição, ele controla, com isso, toda a produção normativa, que, naturalmente, não terá viabilidade se surgir contrariando o disposto na Carta constitucional. E ao fazê-lo, tem papel decisivo, e preponderante, no itinerário da produção legislativa, que passa pelo Parlamento e pela Presidência da República. E a força do Judiciário é ainda mais expressiva pelo fato de o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil alcançar tanto a forma difusa, quanto a concentrada, o que potencializa a força dessa atividade judicial¹¹⁰.

José Afonso da Silva anota, porém, que a divisão dos poderes engendrada pela Constituição Federal de 1988 e, especialmente, o sistema de freios e contrapesos configurado pelo constituinte, só se desenvolverão de forma positiva se houver subordinação ao princípio da harmonia, “que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos”¹¹¹.

À visão meramente descritiva das transformações veiculadas pela Constituição Federal de 1988 serão acrescidas outras reflexões no próximo tópico.

¹¹⁰ O só fato de permitir que a jurisdição ordinária seja exercida pelo mesmo órgão que exerce a jurisdição constitucional, já traz em si algum risco. A preocupação é bem apontada por Roger Stiefelmann Leal: “No caso dos sistemas de estrutura monista, a lei, que configura óbice insuperável da jurisdição ordinária, pode, a qualquer momento, ser afastada pelo próprio órgão que está a ela subordinado. Aos órgãos de jurisdição ordinária - o Poder Judiciário - é dado julgar os próprios limites, ensejando que qualquer antipatia pessoal ou ideológica do juiz em relação à lei que tem o dever de aplicar possa resultar numa declaração de inconstitucionalidade. A jurisdição ordinária acaba, de algum modo, contaminada pela superioridade inerente à jurisdição constitucional, a ponto de admitir uma excessiva relativização de seus parâmetros. Os órgãos que deveriam aplicar a lei ao caso concreto podem se recusar a fazê-lo, mediante a construção de uma suposta ofensa ao texto constitucional. Basta à autoridade judicial afastar, mediante um álibi constitucional, o diploma legal que, segundo as suas convicções e interesses, configura óbice para uma justa resolução do caso. Aplicar e julgar a lei simultaneamente traz consigo o perigo de se admitir a aplicação da lei somente quando os seus comandos normativos venham ao encontro do pensamento do julgador, ampliando os meios de um eventual uso arbitrário da atividade jurisdicional” (A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 57, p. 62-81, 2006. p. 70).

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 113.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PROTAGONISMO E PRINCIPAIS CAUSAS

Tem sido lugar comum afirmar que o Supremo Tribunal Federal passou a figurar, sobretudo nos últimos 20 a 30 anos, como instituição presente no dia a dia dos embates políticos e das notícias jornalísticas. Isso decorre de um fortalecimento da instituição, que cresceu em importância exatamente pela atuação mais presente nas grandes discussões políticas do país.

A expressão *Supremocracia* foi cunhada por Oscar Vilhena Vieira para indicar uma expressiva concentração de poderes nas mãos do Supremo Tribunal Federal, fenômeno identificado a partir da Constituição Federal de 1988¹. Convém aqui reconstruir os passos que permitem afirmar que a expressão, e seu significado, continuam atuais.

Segundo o jurista espanhol Luis López Guerra, o século XIX foi o século do Legislativo, a primeira parte do século XX do Executivo, tendo o Judiciário assumido o protagonismo daí em diante².

De fato, o Estado que surge no contexto das revoluções liberais é caracterizado pela rejeição ao absolutismo e pelo primado da lei, a quem todos, inclusive os monarcas, devem se submeter. A desconfiança da burguesia com o regime anterior fez com que o Legislativo fosse posto em proeminência, pois estava nele a fonte normativa capaz de assegurar as liberdades individuais, seja sob a perspectiva do pacto social (Locke e Rousseau), seja sob a perspectiva de que as funções do Estado não podiam estar concentradas num único Poder (separação de poderes).

¹ Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, 2008. Segundo o autor, “este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro” (*Id. ibid.*, p. 444).

² La legitimidade democrática del juez. **Cuadernos de derecho publico**. Madrid, n. 1, p. 43-76, 1997. Disponível em <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/454/509>. Acesso em: 21 dez. 2021. p. 44. No original, Luis López Guerra afirma que enquanto “el siglo XIX fue el siglo del legislativo (que elaboró, en los países europeos, las grandes leyes del sistema: Códigos civiles, comerciales, de procedimiento) y la primera parte del siglo XX el del ejecutivo (encargado de poner en práctica el sistema de prestaciones del Estado de bienestar), parece haberse avanzado hacia una fase em que le corresponde un esencial protagonismo al poder judicial, encargado de garantizar y proteger las situaciones creadas por la continua evolución de los regímenes constitucionales”.

Mas as transformações que viriam em seguida iriam arrefecer a proeminência do Legislativo. O surgimento da máquina, o incremento das cidades e a efervescência da atividade econômica fariam surgir necessidades sociais que o Estado absenteísta não estava preparado para resolver. Atender esses reclamos sociais exigiria uma instância governamental que fosse mais ágil, que tivesse maior desenvoltura administrativa, condições para formular programas de governo e que pudesse, enfim, promover importantes reformas sociais. E o órgão à altura para esse desafio era o Executivo.

Protagonista, agora, das mudanças sociais que a transformação socioeconômica impunha, o Executivo passa a se apropriar também de parcela das funções até então de competência exclusiva do Legislativo. O atendimento a anseios sociais mais urgentes, a célere implementação de políticas públicas, a reorganização dos órgãos burocráticos com vistas a maior eficiência do Estado, tudo isso nem sempre é compatível com o tempo de resposta naturalmente mais lento do Legislativo e suas deliberações nem sempre rápidas e objetivas. Isso levou Rubens Beçak a afirmar que “o século XX demonstrou que em todos os Estados do mundo, qualquer que seja o regime, o Executivo ‘furtou’ do Legislativo sua tarefa institucional de origem, qual seja, a de legislar”³.

O Executivo, contudo, não é capaz de atender integralmente às expectativas da sociedade e passa a ser responsável pelo descumprimento de inúmeras promessas de cunho social. A dificuldade de conciliar um orçamento sempre limitado pela arrecadação e distorcido pela pouca eficiência e pelo manuseio nem sempre respeitoso dos agentes políticos, faz com que inúmeros avanços inseridos na legislação não sejam atendidos pelo responsável pela gestão dos recursos.

Em paralelo, as necessidades sociais são galgadas normativamente para o campo constitucional, exatamente a um tempo em que se amplia a força normativa das Constituições e os princípios ganham normatividade⁴. Pois esse conjunto de mudanças deságua no Judiciário, que, responsável por impor o cumprimento das normas, passa a gozar de uma discricionariedade mais ampliada na interpretação do texto constitucional.

³ **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988.** Campinas: Millennium, 2008. p. 34. Segundo o mesmo autor, “se por um lado, percebe-se, desde o início, esse fenômeno de ‘destaque’ do Poder Executivo, por outro, evidencia-se sua preponderância sobre os demais poderes, à vista da dinamização da burocracia do Estado da metade do século XIX para a frente, bem como, com o surgimento do Estado Social, já no entre-guerras, sofre acentuado aceleração” (*Ibid.*, p. 2)

⁴ Para uma visão crítica da ideia de que a normatividade dos princípios e a força normativa da constituição seriam elementos estruturantes do neoconstitucionalismo, enquanto novo período do Direito Constitucional, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 370-372.

Para Mauro Cappelletti, esses espaços mais amplos à atuação jurisdicional permitirão, em regra, um grau de discricionariedade mais elevado, bem assim de criatividade, pois, quanto mais houver vagueza na lei e imprecisão nos elementos do direito, maior será o “o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”⁵. Por isso que o Judiciário, até então instituição de atuação periférica, passa a deixar de lado “suas tradicionais descrição e marginalidade institucional para assumir um papel de protagonista, em um processo de expansão que o coloca na posição de ‘terceiro gigante’ do Estado moderno, nas palavras de Cappelletti”⁶.

A esta síntese histórica, contudo, convém que se faça uma abordagem mais detida das principais causas desse fortalecimento do Judiciário – experiência que, de resto, não se circunscreve ao Brasil – e, em especial do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Estado social e políticas públicas

O avanço do Estado de bem estar⁷ trouxe consigo um plexo bastante ampliado de promessas prestacionais, cujo cumprimento se antevia difícil de concretizar. Os anseios mais elementares da sociedade, contudo, já haviam sido alcançados – embora isso não seja uma verdade universal – com a emergência do Estado liberal, que assegurava a liberdade e protegia o cidadão da indevida intervenção estatal. Por isso, o próximo passo seria a cobrança de direitos atrelados à qualidade de vida da população, com vistas a atender o princípio da

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 42.

⁶ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 57. Importante, porém, compreender que Cappelletti, ao erigir o Judiciário à categoria de *terceiro gigante*, não pretende, com isso, colocá-lo acima dos demais poderes, mas tão só igualá-lo, tornando-o “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador” (**Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 47). O jurista italiano, aliás, já no início da mesma obra, afirma o seguinte: “Advirto logo que se trata, indubitavelmente, de fenômeno de excepcional importância, não limitado ao campo do direito judiciário, pois de modo mais geral reflete a *expansão do estado* em todos os seus ramos, seja legislativo, executivo ou judiciário. Na verdade, a expansão do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno” (*Ibid.*, p. 19). Para o autor, contudo, essa expansão não está imune a riscos: “Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos da perversão e abuso” (*Ibid.*, p. 49).

⁷ Mauro Cappelletti bem caracteriza a transição para o Estado de bem estar da seguinte forma: “constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão” [...] Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do estado, frequentemente *prolongada no tempo*. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente ‘atribuídos’ ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 41)

igualdade. Para Rogério Arantes, apesar de não ter havido no Brasil a instituição de um Estado social no modelo dos países europeus, o modelo econômico implantado a partir de 1930 “levou o Estado a assumir papel central na condução da economia, combinado a um alto grau de intervenção nas relações sociais”⁸.

Reconhecidos tais direitos no campo normativo, isso não implicava automaticamente sua efetiva implementação pelo Estado. Ao atribuir um leque amplo de tarefas e de compromissos sociais aos governos, as Constituições modernas endereçam, sobretudo ao Executivo e Legislativo, responsabilidades que não podem ser atendidas em sua integralidade, obrigações que não podem ser adimplidas. Conforme anota Oscar Vilhena Vieira, se é possível um Estado mínimo num regime em que se destaquem os direitos negativos, ao contrário, “num regime constitucional no qual sejam reconhecidos os direitos à educação, saúde, previdência e assistência social, o Estado terá que ser extremamente ativo para dar conta das tarefas que lhe foram determinadas pela constituição”⁹.

A frustração decorrente do descumprimento das obrigações constitucionais fará com que a busca pela efetivação dessas promessas seja canalizada para o Poder Judiciário, diante da incapacidade do Estado de atender às inúmeras demandas reprimidas. O hiato criado, portanto, entre a previsão de tais direitos e a incapacidade do Estado de efetivá-los acaba desaguando a discussão no Judiciário.

O Judiciário, por sua vez, diante desses reclamos e, ainda, de outra gama de direitos que emergiam especialmente a partir da segunda metade do século XX, denominados coletivos ou difusos, passa a viabilizar cada vez mais o acesso de seus titulares. Isso tudo causa naturalmente uma expansão inédita do Poder Judiciário.

No Brasil, o regime constitucional que surgiu a partir de 1988 contempla talvez o “mais amplo elenco de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, composto não só por liberdades civis clássicas, como também por direitos econômicos e sociais, incorporando, ainda, direitos de 3ª geração – como o meio ambiente e a proteção à cultura”¹⁰. Além de generoso rol de direitos, a Constituição foi ambiciosa, também, na sua pretensão de promover efetiva transformação social, trazendo como fundamento da República, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88), e instituindo como seus

⁸ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio. (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: F Konrad Adenauer; São Paulo: Unesp, 2015. p. 52.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 107.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 123.

objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem estar de todos (artigo 3º, I, III e IV, CF/88).

A Assembleia Constituinte de 1988, converteu, desse modo, em norma jurídica, “um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico”¹¹. Corolário natural de uma Constituição que se pretende efetiva, habilitou o Judiciário como instância adequada para implementar os desideratos nela consagrados, ampliando, para isso, os instrumentos de acesso que viabilizariam esse ideal¹².

Fortalecido o Judiciário, fortalecido ainda mais seu órgão máximo, especialmente pelo fato de que quase sempre o desatendimento aos anseios positivados na Constituição acabava sendo objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, responsável pela guarda das normas constitucionais, tarefa que desempenha como instância ápice no caso do controle difuso, ou órgão originário, e único, no caso do controle concentrado de constitucionalidade.

3.2 Judicialização da política

Outro fator que tem contribuído para o agigantamento das Cortes constitucionais e, igualmente, impactado a relevância do Supremo Tribunal Federal, é a transferência de temas cuja definição deveria pertencer ao campo da política, mas que acabam repassados ao Judiciário. Embora o termo judicialização da política tenha permitido interpretações variadas, a gênese do fenômeno está na absorção, pelo Judiciário, de matérias que sempre estiveram ligadas diretamente à política.

Segundo Tate e Vallinder¹³, sempre mencionados em estudos relacionados a esta temática, a judicialização da política poderia se dar de duas formas: num exemplo menos dramático da expansão judicial, pela propagação do discurso e dos procedimentos próprios da arena judicial para arenas não judiciais; por meio daquilo que os autores acreditam ser a forma mais dramática de expansão do Poder Judiciário, que é a função judicial alcançando temas

¹¹ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 407-440, 2008. p. 411.

¹² *Id.*, *ibid.*, p. 411.

¹³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle, posição 158.

eminentemente políticos. De acordo com Vallinder¹⁴, sob a perspectiva da expansão global do Judiciário, pode-se compreender que a decisão judicial e a decisão política estariam em extremos opostos de uma mesma régua. De um lado estaria o que já se chamou de governo dos juízes e do outro o majoritarismo total. A judicialização da política, por sua vez, significaria um movimento em direção à extremidade da régua em que está localizada o governo dos juízes. Segundo Tate¹⁵, alguns elementos propiciariam a expansão do Judiciário, dentre eles um regime democrático, a separação de poderes, uma agenda pública de direitos, o uso de tribunais por grupos de interesses e pela oposição, e a inefetividade das instituições majoritárias.

John Ferejohn¹⁶, por sua vez, acredita ser possível distinguir pelo menos três formas pelas quais o Judiciário tem assumido papéis importantes que originalmente pertenciam aos parlamentos. A primeira delas se dá a partir da limitação e regulação da autoridade do legislativo, impondo limites substantivos à atuação parlamentar. A segunda, com a própria assunção pelo Judiciário de funções do legislativo. E a terceira, consiste na disposição dos juízes de regular os diversos aspectos da própria atividade política. As causas, segundo o autor, seriam, primeiro, uma crescente fragmentação do poder político, que dificulta a produção legislativa e, segundo, o relativo sucesso do Judiciário em proteger direitos e solver conflitos. O autor ainda promove importante reflexão sobre o fato de que, uma vez que o Judiciário tem sido a arena decisória das questões políticas, os atores políticos passam a levar em conta as possíveis reações judiciais a programas políticos e propostas legislativas, a fim de evitar que sejam desconsideradas pelo Judiciário. Assim, parte do debate político passa a ocupar-se de antecipar a reação das instituições jurídicas¹⁷.

Já para Ran Hirschl¹⁸, os mecanismos de controle de constitucionalidade têm levado os tribunais superiores a enfrentar dilemas morais, embates relacionados a políticas públicas e controvérsias políticas. Isso constituiria a judicialização da política. A expressão, para o autor, é um termo “guarda-chuva” que envolveria: i) contaminação dos espaços

¹⁴ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in, *In* TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle, posição 447.

¹⁵ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? *In* TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle, posição 599.

¹⁶ FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing, law. **Law and Contemporary Problems**. v. 65, n. 3 p. 41-68, 2002. Disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3/>. Acesso em: 23 nov. 2021. p. 41.

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 41-42.

¹⁸ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009. p. 140.

políticos originariamente destinados a elaboração de políticas públicas por uma linguagem jurídica e por regras e procedimentos também jurídicos; ii) a submissão da elaboração das políticas públicas ao Judiciário, o que envolve discussão quanto aos limites entre os Poderes; e, iii) o que chama de judicialização da política pura, ou de judicialização da megapolítica, que é a transferência para o Judiciário “de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras”¹⁹.

Embora o próprio Hirschl afirme ser sutil a diferença entre as duas últimas categoriais acima apontadas, a judicialização da megapolítica diz respeito à substituição do Parlamento pelo Poder Judiciário na definição de temas que estão relacionados “à macroeconomia, às relações internacionais, à segurança nacional, à identidade coletiva de países com profundas clivagens étnicas ou religiosas, ao destino político de líderes proeminentes e ao próprio resultado das eleições em países democráticos”²⁰. Hirschl refuta o acerto dessa expansão, afirmando que, ao alcançarem essas áreas emergentes da política, os tribunais avançam “para além do âmbito dos direitos constitucionais ou do federalismo, levando a judicialização da política a um ponto que excede de longe qualquer limite previamente estabelecido”²¹.

Mas sendo o fenômeno mundial, o Brasil estava igualmente vulnerável à judicialização da política, até porque os elementos facilitadores do fenômeno também aqui se faziam presentes²². De fato, é a partir da Constituição de 1988 – que solidificou a retomada da democracia, iniciada em meados de década de 1980, permitiu o recrudescimento da

¹⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009. p. 141.

²⁰ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 58.

²¹ HIRSCHL, Ran. *Op. cit.*, p. 146.

²² Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente desde 1993. Hoje em dia, é ele flagrantemente hostilizado e não raro vilipendiado. Esse fato não deriva meramente de motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal. Reflete, na verdade, um fenômeno que é mundial, mas com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988: a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça. [...] Dele é, no Brasil, largamente responsável a Constituição de 1988. Esta atribuiu ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de fiscal da legalidade, um novo, o de guardião da legitimidade. Fê-lo para aprimorar o controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos. Acarretou, porém, um efeito perverso — reflexo imprevisto de institutos adotados como inovações positivas — exatamente o de judicializar o tratamento de questões políticas ou político-administrativas e, conseqüentemente, de dar uma dimensão política à atuação desse Poder, até então visto como “neutro” (**Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205-206).

separação de poderes e formalizou um catálogo bastante expressivo de direitos – que tem início, ainda que timidamente a princípio²³, o fortalecimento do Poder Judiciário.

Se do ponto de vista de desenho institucional as condições para a judicialização da política estavam presentes, a dinâmica político-social iria cuidar do restante.

O uso do Judiciário, sobretudo do STF, por grupos de interesse estava facilitado por meio da ampliação dos legitimados a proporem a ação direta de inconstitucionalidade. Os diversos segmentos sociais, categorias profissionais e mesmo agentes econômicos, cada vez mais organizados, passaram a ver nos tribunais palco para suas inúmeras reivindicações, ainda que constituíssem matérias de duvidosa competência judicial.

A oposição, não conseguindo êxito na arena política, passa a se valer do Poder Judiciário para contestar políticas adotadas pelo governo²⁴. A ideia, neste caso, é fazer uso do Judiciário como *veto player*, figura apontada por George Tsebelis como “um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria no caso dos atores coletivos) é requerida para tomar a decisão de mudar uma política”²⁵.

A literatura anota ainda uma importante perspectiva de análise, que é a propensão de atores políticos a transferirem aos tribunais temas que preferem não enfrentar. Hirschl, por exemplo, afirma que essa transferência de poderes não pode ser atribuída à agressividade de tribunais constitucionais ou a uma estrutura constitucional favorável, mas a uma atitude consciente dos atores políticos inseridos nessas discussões. Judicialização desse tipo tem mais possibilidade de acontecer quando o Judiciário é percebido por segmentos da sociedade como

²³ É preciso lembrar que no período imediatamente antecedente, na linha do que foi visto no item 2.5, o Judiciário passara por uma crise bastante dura a partir dos Atos Institucionais nº 5 de 1968 e nº 6 de 1969, que não só suspenderam as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, imprescindíveis à independência da magistratura, como permitiram a aposentadoria de ministros do Supremo Tribunal Federal. A própria Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que instituiu a ação direta de inconstitucionalidade, na prática fortaleceu o regime militar, a quem cabia a nomeação dos ministros da Corte e que viria, mais a frente, a promover, como dito, a aposentadoria de alguns deles.

²⁴ Na verdade, segundo Matthew M. Taylor, “os grupos de interesse procuram o local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas (*“venue-seeking”*), seja esse local o Judiciário, as agências reguladoras ou as burocracias específicas” (O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. p. 234). Segundo Taylor, “o conceito de *“venue-seeking”* sugere que os atores políticos procuram as instâncias institucionais que mais lhes convêm. Por uma série de razões relacionadas à capacidade do Judiciário de impor suas decisões, não é de estranhar que ele venha sendo usado crescentemente como um *“venue”* importante para a contestação das políticas públicas” (*Ibid.* p. 234). Assim, embora o Judiciário não seja o local exclusivo a ser buscado por aqueles que pretendem se contrapor a determinadas políticas públicas, pois podem se valer também de outras instâncias burocráticas, é a ele que se tem socorrido de modo preferencial nos últimos tempos. Daí Taylor afirmar que o desenho institucional pode “dar poder a grupos minoritários que não agem no momento da deliberação entre Executivo e Legislativo, inserindo-os no debate pós-hoc e permitindo que usem os tribunais como um ponto de veto no jogo político” (*Id.*, *ibid.*, p. 245).

²⁵ TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 1997. p. 11.

instâncias decisórias melhor capacitadas e menos parciais do que instâncias governamentais burocratizadas ou arenas decisórias menos confiáveis²⁶. Por outro lado, a Judicialização tem menos chances de ocorrer se há um sistema político “unificado e assertivo, que seja capaz de limitar o Judiciário”²⁷.

Com este panorama, Hirschl conclui que, para os políticos, a transferência das questões políticas controvertidas para o Judiciário pode constituir meio eficaz de repassar a responsabilidade, reduzindo-lhes os riscos. Essa transferência, dirá o autor, pode igualmente representar “um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse”²⁸. Embora Hirschl tenha atrelado o raciocínio acima à judicialização da megapolítica, não há dúvidas de que a interpretação se aplica a todas as hipóteses que envolvam situações controversas, capazes de provocar polêmica na sociedade pela indefinição do acerto de qualquer das opções postas em discussão.

A ideia de que a transferência de responsabilidades políticas, ou, ao menos, o fortalecimento das instâncias judiciais em tais casos, contam com o apoio de atores políticos é também encontrada em outros autores, como Keith Wittington, Louis Fisher e Tom Ginsburg²⁹.

Ainda que se acredite numa relativa contribuição do próprio Judiciário, que, antes de refutar a assunção dessa responsabilidade decisória, busca agregá-la a seu rol de competências – ponto que será abordado logo mais – não se pode negar uma predisposição política para encaminhar assuntos mais tortuosos ao Judiciário. Questões que impõem a adoção de posicionamentos que têm dificuldade de atender a um largo espectro social, ou, mais que isso, que pode gerar desconforto diante de certo segmento, de fato tem sido canalizado propositalmente para o Judiciário, imune que é ao escrutínio eleitoral. Por conta disso, atores políticos têm estimulado que questões mais tormentosas, que geram debate certo na sociedade, quase sempre ligado a assuntos sensíveis, como aborto, união homoafetiva etc,

²⁶ Em sentido semelhante é o entendimento de que o fenômeno está relacionado à expansão global dos mercados. Segundo Oscar Vilhena Vieira, “aos olhos de investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas ‘populistas’ e, de uma perspectiva econômica, necessariamente pouco eficientes” (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 163.).

²⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009. p. 164-165.

²⁸ *Ibid.*, p. 165.

²⁹ Cf. LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 31-37.

sejam decididas pelos tribunais e não no campo de deliberação apropriada, que é o ambiente parlamentar.

Segundo Barroso, não é incomum que atores políticos prefiram o Judiciário como arena de decisão de “certas questões polêmicas, em realação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”³⁰.

Essa expansão, contudo, que amplia o espectro de atuação do Poder Judiciário, conferido-lhe protagonismo, agora não mais jurídico, que lhe é próprio, mas também social e político, acaba por deflagrar uma lenta e gradativa erosão “do regime democrático e [...] de transição para a juristocracia, que se desenvolve em uma espécie de Estado ‘jurisdicional’ de Direito, no qual a atividade legislativa é parcialmente ‘desparlamentarizada’”³¹. Isso tudo leva a “uma espécie de ‘fuga’” cada vez mais rápida de temas de natureza política para o mundo do direito e, em última análise, para os órgãos judiciários³².

3.3 Constituição analítica

A transição do regime autoritário pré-88 para um regime democrático reclamou uma interação entre diversos segmentos sociais³³, que tiveram sucesso em fazer o constituinte canalizar para o texto constitucional seus multifacetados anseios, o que redundou num compromisso constitucional bastante ambicioso. Em acréscimo à consagração de inúmeras reivindicações sociais, econômicas, profissionais e classistas, “o alto grau de desconfiança entre essas diversas forças presentes na Assembleia Constituinte favoreceu a elaboração de um documento amplo e detalhista”³⁴.

De fato, uma das características mais marcantes da Constituição de 1988 é sua pretensão de alcançar inúmeras matérias que não são substancialmente constitucionais, além

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 445.

³¹ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 183.

³² VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 407-440, 2008. p. 408.

³³ Para Oscar Vilhena Vieira, “a atual Constituição resultou do mais amplo e democrático pacto firmado entre os múltiplos setores da sociedade brasileira ao longo de sua história. Reativos a um regime autoritário, os constituintes buscaram assegurar uma generosa carta de direitos e fragmentar o exercício do poder, criando um sistema político de caráter altamente consensual, de forma a exigir a coordenação entre os diversos poderes e segmentos políticos para que o governo pudesse funcionar” (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 23-24).

³⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 10.

de esforçar-se por disciplinar de forma minudente as matérias que resolveu abraçar. Segundo Oscar Vilhena, “a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador”³⁵.

José Duarte Neto arrola dentre os problemas estruturais da Constituição de 1988 exatamente a existência de matérias desprovidas de relevância constitucional. Segundo o autor, quando da elaboração da Carta, “a falta de um projeto claro, os percalços regimentais, a falta de apuro técnico dos constituintes, e a percepção equivocada de que a Constituição seria a solução para a profunda crise que assolava a sociedade brasileira”, levaram à inclusão de matérias menores no texto constitucional³⁶.

Sarmiento, ao reconhecer defeitos na Carta de 1988, aponta como especialmente grave o fato de cuidar-se de “Constituição excessivamente longa, prolixa, detalhista, pródiga em miudezas [...] Em certas áreas, como Previdência Social, regime dos servidores públicos e sistema tributário, o nível de detalhamento chega às raias do absurdo”³⁷. Sarmiento, porém, acena compreender as razões históricas de uma Constituição tão inflacionada. Era preciso, segundo o autor, que as forças políticas que atuaram na Constituinte tivessem asseguradas na Carta as bandeiras por que haviam lutado, e decepções anteriores não lhes permitiam depositar confiança nos legisladores que viriam na sequência, nem na interpretação judicial que as Cortes, doravante, iriam emprestar às afirmações imprecisas, já que muitas vezes principiológicas, que constariam da Constituição. Pretendiam, por isso, que os direitos conquistados ao longo do processo constituinte figurassem no texto constitucional de modo claro e detalhado. Assim, “a pressão que exercitaram, combinada com um certa dose de imaturidade política dos constituintes, é responsável, em boa dose, pelo texto excessivamente detalhista da Carta de 88”.

Após registrar que o defeito agravou-se com o tempo, pois forças políticas que antes reclamavam da prolixidade do texto constitucional acabaram, mais a frente, viabilizando

³⁵ Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, 2008. p. 446. Segundo o autor, “este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo” (*Id.*, *ibid.*, p. 447).

³⁶ **Rigidez e estabilidade constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 297.

³⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 126.

a aprovação de emendas que acrescentaram à Constituição regulações outra vez minuciosas, Daniel Sarmiento afirma que “o resultado é que, em algumas passagens, a Constituição de 88 hoje mais parece uma instrução normativa do que a Lei Maior de uma democracia”³⁸.

As razões de texto tão analítico são condensadas por José Duarte Neto da seguinte forma³⁹:

Em linhas gerais, o texto da Constituição de 1988 é demasiadamente analítico, com muitos preceitos heterogêneos, muitos deles regulando matéria que melhor estaria acomodada na legislação ordinária. Essas características em conjunto foram produzidas pela dinâmica da Assembleia Constituinte, em especial pela: a) ausência de um perfil ideológico claro, o que fez com que o papel dos partidos coubesse aos grupos de interesse; b) falta de um projeto de Constituição a nortear os debates, o que dificultou o controle sobre os temas debatidos; c) carência de rigor na sistematização dos trabalhos constituintes, com a fragmentação das comissões, o que contribuiu para atomização dos temas; d) insuficiência de um controle sobre as emendas constituintes e populares, o que permitiu que matérias sem importância, ou de cunho infraconstitucional, viessem a ter assento no texto promulgado.

E essa prolixidade da Constituição iria repercutir, naturalmente, no Poder Judiciário e, em especial, no Supremo Tribunal Federal. Primeiro, porque, se surgia como depositário de tamanhas esperanças, era igualmente natural que fossem ampliadas as formas de acesso ao Judiciário por parte daqueles que pretendessem cobrar-lhe a implementação. Porque não pretendia que os direitos se limitassem a meras “proclamações retóricas”, o constituinte não só afirmou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como reforçou “os mecanismos de tutela de direitos, instituindo novos remédios constitucionais e ampliando os já existentes”, além de fortalecer “institucionalmente o Poder Judiciário, tido como guardião dos direitos, ao robustecer a sua independência em face dos poderes políticos”⁴⁰.

Além disso, tendo a Constituição seu campo normativo ampliado, ampliou-se, *pari passu*, o campo de atuação do Supremo Tribunal Federal, pois sua competência está atrelada à natureza formalmente constitucional da norma, de modo que controvérsia relacionada a dispositivo contido na Constituição Federal de 1988 será de sua competência, a despeito de, materialmente, nada nele haver de constitucional.

³⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 126.

³⁹ **Rigidez e estabilidade constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 258-259.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 123.

3.4 Incremento normativo

Como já abordado neste trabalho, quando os anseios contidos na Constituição não são implementados *sponte propria* pelo Estado, é necessário reclamá-los a quem vocacionado para, em casos tais, impor o cumprimento desses direitos, daí porque é natural que o descumprimento de inúmeras promessas constitucionais desaguasse no Judiciário.

A fim de facilitar a implementação de tais promessas, foram criados novos meios de acesso ao Judiciário, como mandado de segurança coletivo, *habeas data*, mandado de injunção, ADPF, que permitiram a formulação judicial dos pleitos, incrementando a demanda e ampliando seu espectro de atuação.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, no que se refere a sua atuação como Corte constitucional, o constituinte, especialmente preocupado com o fato de os direitos fundamentais poderem ser ameaçados por atos legislativos, fortaleceu o sistema de jurisdição constitucional, preservando o sistema misto e ampliando expressivamente o rol dos atores legitimados a questionarem a constitucionalidade dos atos normativos⁴¹. Assim, além de atribuir-lhe a competência para julgamento final no controle difuso, igualmente incumbiu a Corte da responsabilidade pelo julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e, com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, a ação direta de constitucionalidade (ADC). Quanto à ação direta de constitucionalidade merece ser lembrado o fato de que sua decisão possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário, característica que confere poder bastante ampliado às decisões nela proferidas⁴².

Em paralelo, deu-se o expressivo aumento da legitimidade dos atores capazes de discutir a constitucionalidade das normas diante da Corte, por meio da ampliação trazida com o artigo 103 da Constituição Federal, uma vez que, até então, o único legitimado era o Procurador-Geral da República, o que, além de concentrar esse poder nas mãos de um único órgão – mais que isso, uma única pessoa: aquele que estivesse no exercício da função de Procurador-Geral – afunilava sobremaneira o manejo do importante instrumento de

⁴¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 123-124.

⁴² A ADC, quando foi incorporada ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, previa, como legitimados ativos, apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. A Emenda Constitucional nº 45/04, contudo, ampliou o rol dos legitimados a proporem a ADC, igualando-o ao rol dos autorizados a proporem ação direta de inconstitucionalidade.

contestação da constitucionalidade dos atos normativos⁴³. Como essa ampliação alcança minorias parlamentares e entidades da sociedade civil, isso “torna o judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas”⁴⁴.

Promulgada a Constituição, deu-se continuidade a um processo de contínuo fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. Em 1999 foram editadas duas leis bastante importantes para a compreensão dos poderes da Corte. A Lei nº 9.868/99 passou a disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Referida Lei, contudo, não se ateve ao rito das ações que pretendeu disciplinar, mas estendeu à ação direta de inconstitucionalidade os efeitos vinculantes que haviam sido atribuídos à ação direta de constitucionalidade por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, e previu a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão, permitindo que, diante de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, a Corte pudesse restringir seu alcance ou determinar que só tivesse eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por outro lado, embora a ampliação do rol de legitimados a provocarem o controle concentrado no STF e a criação da ação declaratória de constitucionalidade tivessem reforçado o sistema de controle abstrato, remanesceu “um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado [...] [que] somente poderiam ser tratadas no âmbito do recurso extraordinário”⁴⁵. Pois tal espaço veio a ser ocupado pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cuja previsão constitucional foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99, permitindo que o controle concentrado passasse a alcançar, também, direito anterior à Constituição de 1988, controvérsia constitucional que envolvesse normas revogadas e, ainda, direito municipal contestado em face da Constituição Federal.

A Emenda nº 45/2004 viria fortalecer ainda mais a Corte Suprema, pois, “por meio da criação da ‘súmula vinculante’ e do instituto da ‘repercussão geral’, buscou

⁴³ O exato papel do Procurador-Geral da República em relação à representação de inconstitucionalidade antes da Constituição de 1988 foi objeto de acesa polêmica, especialmente sobre cuidar-se, ou não, de ato discricionário de sua parte. Para análise mais detida da controvérsia, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1262-1267.

⁴⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 99.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 1272.

‘abstrativizar’ o sistema de controle difuso da constitucionalidade, concentrando-o no STF”⁴⁶.

Em síntese, dirá Hélio Pinheiro Pinto,

houve uma intensa expansão legislativa dos poderes do STF (heteroexpansão), dirigida especialmente no sentido de fortalecer os mecanismos de fiscalização concentrada da constitucionalidade e de atribuir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às suas decisões, mesmo às prolatadas em processos de controle difuso-concreto. Isso – aliado ao amplo acesso que os mais variados atores políticos e sociais têm ao Tribunal e à constitucionalização abrangente do Direito brasileiro – transformou o STF em um importante protagonista da vida política e social do Brasil⁴⁷.

Mas há ainda um outro aspecto que merece ser tratado neste tópico, que constitui a remarcação pelo próprio Supremo Tribunal Federal das fronteiras de sua atuação. Ao ampliar os casos em que a Corte pode atuar, o STF acaba promovendo um incremento normativo voluntário quanto a sua própria esfera de competência. Nesses casos, o incremento normativo não é formal, resultado de alteração legislativa, mas da própria interpretação da Corte. Embora esta abordagem se entrelace com o que já foi discutido no item 3.2, convém reforçar a percepção de que a ampliação das competências do Supremo decorre muitas vezes de uma vontade da própria Corte.

Ainda no item que cuidou da judicialização da política, foi dito que a transferência de matérias de natureza política para as Cortes tem contado com relativa contribuição do próprio Judiciário, que, em vez de refutá-la, muitas vezes intencionalmente a agrega a seu rol de competências.

É verdade que a afirmação é algo polêmica. Luis Roberto Barroso, em artigo intitulado Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática⁴⁸, após traçar linhas gerais sobre as causas da judicialização no Brasil, refuta a hipótese de que esse fenômeno tenha sido provocado pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁹. Segundo Barroso, a primeira grande

⁴⁶ PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 113.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 114-115.

⁴⁸ Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

⁴⁹ Embora a perspectiva não seja a mesma, porém igualmente isentando o próprio Judiciário de atuar de forma preponderante nesse fenômeno, já se afirmou o seguinte: “Na experiência brasileira [...] o que se chama judicialização da política não é o resultado de um protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário. Ela deriva, diversamente, de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar sua representação. De igual modo, no que, aliás, reitera a experiência universal, a judicialização das relações sociais [...] é mais a expressão de demandas igualitárias por parte de uma sociedade que tem excedido a capacidade de incorporação do sistema político e da vida associativa em geral, do que do exercício de um papel salvífico por parte do Judiciário” (VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 259).

causa da judicialização foi a redemocratização do país, pois a retomada das garantias da magistratura fortaleceu o Judiciário, capacitando-o a efetivamente proteger a Constituição e as leis, inclusive quando confrontadas por outros Poderes. O recrudescimento da democracia, por outro lado, reacendeu noções de cidadania, estimulando as pessoas, agora mais cientes de seus direitos, a buscar a proteção diante do Judiciário. Também contribuiu para a judicialização o que o autor chamou de constitucionalização abrangente, que foi a incorporação na Carta de matérias tradicionalmente de competência da legislação ordinária. E ao aportar na Constituição, tais matérias ensejam uma pretensão jurídica, o que deságua, naturalmente, no Judiciário. Finalmente, segundo Barroso, é causa da ampla judicialização no país o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, por sua expressiva abrangência. Ao combinar os sistemas difuso e concentrado e ampliar o rol de legitimados ativo para as ações diretas, expande-se a possibilidade de que questões política ou moralmente relevantes cheguem ao STF⁵⁰. Barroso, contudo, como dito, não atribui à própria Corte responsabilidade pelo aumento da demanda que lhe é endereçada, afirmando não se poder imputar aos membros da Suprema Corte nem a ambição, nem a pretensão de instituir um modelo juriscêntrico, de hegemonia do Poder Judiciário. De acordo com o autor, a judicialização não é resultado de “uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”⁵¹.

Apesar do entendimento de Barroso, é possível encontrar indicativos de que a judicialização, seja da política pura (Hirschl), seja quando considerada de forma mais ampla, não foi apenas resultado de variáveis externas a que o Supremo Tribunal Federal se viu forçado a aderir⁵², embora não haja dúvidas de que elas verdadeiramente existam. A Corte, na verdade, desempenhou ela própria papel importante no fortalecimento de sua participação no processo político decisório do país.

Em trabalho que busca exatamente apontar que um Supremo encorpado surgiu não só de seu desenho institucional e de circunstâncias externas, mas também de sua decisiva contribuição para remarcar as fronteiras de sua atuação diante de outros poderes, Arguelhes e

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 24-25.

⁵¹ *Id.*, *ibid.*, p. 25.

⁵² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador? Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.

Ribeiro afirmam ser preciso “considerar o quanto interpretações constitucionais, expressas em votos de ministros do STF, foram decisivas para a expansão do poder do tribunal”⁵³.

Após relembrares a observação recorrente do ex-Ministro Celso de Mello de que o STF é um poder constituinte permanente, Arguelhes e Ribeiro afirmam que, se isso é verdade, a Corte “também tem o poder de interpretar, em última instância, o alcance de suas próprias competências, dotando a si próprio de uma decisiva margem de manobra para influenciar as condições da sua participação na política”⁵⁴. De fato, a competência do Supremo Tribunal Federal está prevista na Constituição, de modo que a identificação de quais são as matérias que cabe à Corte decidir se faz a partir do que está anotado na Carta Constitucional. Acontece que, se é o próprio STF quem interpreta a Constituição, é ele próprio quem irá definir a exata amplitude das matérias indicadas na Carta de 1988.

Dessa forma, o STF pode ser considerado como criatura do poder constituinte, mas também como criador de suas próprias competências⁵⁵. Como exemplo dessa ampliação espontânea de sua competência, Arguelhes e Ribeiro anotam a possibilidade hoje reconhecida de o Tribunal exercer controle prévio de constitucionalidade, intervindo em processo legislativo quando entender ali presente ofensa às regras constitucionais que disciplinam a edição de atos normativos, pois aos congressistas é assegurado o direito individual de participar apenas de procedimentos legislativos que estejam de acordo com as regras constitucionais⁵⁶. Indo mais longe, a Corte entende possível a intervenção inclusive na tramitação de emenda constitucional, especialmente quando a proposta veicular ofensa a cláusulas pétreas⁵⁷. Como essas intervenções se dão por meio de mandados de segurança, cujos legitimados são os membros do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal conferiu “a cada parlamentar, e não ao seu partido ou à presidência da Casa, um poder de veto

⁵³ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador? Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016. p. 408. Entendimento semelhante pode ser encontrado em PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 115-116.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 408.

⁵⁵ Em interpretação semelhante, Manoel Gonçalves Ferreira Filho dirá que, “hoje, mais do que ‘guarda da Constituição’ o Supremo Tribunal Federal é ‘construtor da Constituição’”. Segundo o jurista, “a Lei Magna ensinou-lhe [ao Poder Judiciário] mais do que ser o defensor da Constituição. Atribuiu-lhe as portas para um papel de ‘construtor da Constituição’ – um papel constituinte. [...] Com efeito, este papel foi surgindo nítido e cada vez mais incrementado à medida que alonga a sua vigência. Com o tempo, tal potencialidade política se fez sentir e, mais, ganhou impulso, por força de alterações e complementações da Carta, por força de leis que se propõem a regulamentar seus institutos, afora os avanços que o próprio órgão tem operado por sua conta e risco” (**Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 201. p. 281).

⁵⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, p. 424.

⁵⁷ Segundo lembram Arguelhes e Ribeiro, é o caso do MS 20257 e do MS 21648. (*Ibid.*, p. 424-425).

sobre a produção legislativa do país que a Constituição de 1988 só reconhece ao partido político ou à Presidência da Casa, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade”⁵⁸.

Além disso, todas as vezes em que a Corte é menos deferente ao Parlamento, admitindo discutir questões próprias da política, está trazendo para si matéria cuja deliberação deveria estar em outra instância. A superioridade hierárquica da Constituição em relação aos demais atos normativos não deixa dúvidas de que, quanto mais amplo for seu rol de competência, menos o será o do legislador ordinário. E como é ao Judiciário que cabe cuidar dessa supremacia por meio da jurisdição constitucional⁵⁹, quanto mais ampla for a Constituição, maior será o campo de atuação do Poder Judiciário, com consequente redução do espaço de atuação do Legislativo⁶⁰.

Apesar da recalcitrância de Barroso indicada acima, é ele próprio quem aponta pelo menos três situações em que o Supremo Tribunal Federal teria dado passos largos, embora o autor os enquadre como mero ativismo judicial em que o Judiciário “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”⁶¹: o caso da fidelidade partidária, o da proibição do nepotismo e o da verticalização⁶².

Enfim, foram basicamente as razões analisadas neste capítulo que transformaram uma instituição sempre relevante no desenho constitucional, mas limitada a seu papel de órgão máximo do Poder Judiciário, numa instância a quem convergem, hoje, os principais problemas não só jurídicos, mas também políticos do país.

⁵⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador? Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016. p. 425.

⁵⁹ Por jurisdição constitucional entende-se a função do Judiciário de promover o confronto entre os atos normativos e o conteúdo da Constituição. Segundo Roger Stiefelmann Leal, a partir de *Marbury v. Madison*, “passa-se a contemplar na estrutura política do Estado contemporâneo, duas funções jurisdicionais: a função de julgar casos concretos com base na lei - a jurisdição ordinária ou legal - e a função de julgar as leis com base na Constituição - a jurisdição constitucional” (A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 57, p. 62-81, 2006. p. 69).

⁶⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 104.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 26.

⁶² *Id.*, *ibid.*, p. 26-27.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COLEGIALIDADE E ATUAÇÃO MONOCRÁTICA

Como órgão colegiado, a expressão mais autêntica de um Tribunal é aquela que resulta da comunhão de entendimento de seus membros. Embora do ponto de vista normativo haja espaço para atuações monocráticas, elas devem ser limitadas a situações específicas e, em hipótese alguma, especialmente quando não autorizadas a tanto, podem subtrair ou obstar a atuação do colegiado. No contexto de fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, contudo, a atuação monocrática tem surgido como fenômeno capaz de fragilizar sua atuação institucional.

Como uma detida reflexão quanto à atuação monocrática no STF impõe que se compreenda exatamente o que constitui esse fenômeno e que se aponte a respectiva previsão normativa, o melhor caminho é, antes, abordar o seu oposto, que é a atuação colegiada.

4.1 Colegialidade

De acordo com o **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, um dos significados de colegialidade é o “caráter do que é organizado em colégio”. Colégio, por sua vez, significa “corporação de indivíduos notáveis e da mesma categoria, ou da qual participam membros de igual dignidade”¹.

Ajustado a este trabalho, entende-se por colegialidade o processo decisório de órgãos coletivos em que o resultado de suas conclusões deriva do consenso ou de uma maioria de membros, todos eles com iguais condições de comporem a formação do resultado. Transposto para o Judiciário, a colegialidade é a forma de julgamento dos Tribunais, em que um grupo reduzido de juízes decide acerca de matérias de sua competência.

Embora a primeira ideia de que o julgamento colegiado seja mais vantajoso derive quase sempre da premissa de que dois ou mais juízes julgam melhor do que um, na verdade o julgamento não monocrático está assentado em mais fundamentos que este.

Conrado Hübner Mendes² afirma que, mesmo que as cortes não priorizem a deliberação, pelo menos por quatro razões seria preferível as decisões colegiadas às monocráticas. A primeira delas é a despersonalização, pois transfere o peso da decisão de um

¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009. p. 492.

² **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 62-64.

indivíduo para o colegiado, o que, ao institucionalizar a decisão, permite que se domestique as idiosincrasias de cada membro por meio da impessoalidade institucional³. A segunda razão está na prudência política, uma vez que, ao retirar o poder decisório das mãos de um único juiz, afasta a possibilidade do abuso; por outro lado, ao fortalecer a decisão colegiada, viabiliza a capacidade de decidir em casos mais controversos e reforça a capacidade de resistir a pressões externas⁴. A terceira razão está atrelada ao fato de que, diante da complexidade da tarefa de interpretar a lei, deve-se permitir uma diversidade de vozes, deixando espaço para entendimentos dissonantes. Finalmente, a quarta razão, de natureza epistêmica, está em que a qualidade decisória de um grupo é naturalmente maior que a de apenas um indivíduo⁵.

Leonardo Greco, por sua vez, oferece razões semelhantes às aquelas apresentadas por Conrado Hübner Mendes. Segundo o autor, a decisão colegiada teria a capacidade de proteger a independência dos juízes, tornando-os menos sensíveis a eventuais pressões que pudessem sofrer. Além disso, incrementaria a igualdade nos julgamentos, pois o processo decisório não é, num julgamento colegiado, resultado de apenas um magistrado; “estimula decisões mais refletidas e moderadas, porque resultantes da troca de opiniões e de pontos de vista entre os julgadores; goza de maior legitimidade política, porque é pluralista na aplicação da lei, como o é o Parlamento, na sua elaboração”⁶.

Ana Laura Pereira Barbosa acrescenta, ainda, como vantagem da decisão colegiada, a possibilidade de deliberar⁷. Por deliberação, conforme será visto ainda neste tópico, compreende-se a interação entre os membros de um colegiado, que, na busca de uma

³ Calha, neste ponto, a lembrança de Marcelo Novelino: “Embora desejável que as decisões judiciais sejam livres de preconceitos, tendências e erros de raciocínio, pesquisas realizadas no âmbito da psicologia cognitiva demonstram que a tomada de decisão tende a ser afetada por uma série de vieses cognitivos, mesmo em se tratando de indivíduos com bom nível de instrução ou comprometidos com a imparcialidade, como no caso dos juízes” (**A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 143)

⁴ Interessante o fato de que exatamente quando expõe esta razão, Conrado Hübner Mendes afirma que “um juiz, sozinho, dificilmente teria força política para afirmar, por exemplo, que centenas de legisladores estavam errados” (**Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 64), pois a hipótese é exatamente uma das preocupações da pesquisa, consistente nas limitares monocráticas proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

⁵ Segundo Ana Laura Pereira Barbosa, “das virtudes que Mendes aponta para a estrutura colegiada, a probabilidade epistêmica parece ser a mais difundida na literatura. A defesa da probabilidade epistêmica remete, em boa parte dos casos, ao chamado Teorema do Júri, enunciado por Condorcet. O teorema parte de um cenário no qual (i) há duas respostas possíveis, e (ii) a escolha racional é superior à aleatória e, com isso, as chances de que um indivíduo esteja correto são sutilmente superiores às suas chances de estar errado. Neste cenário, o aumento na quantidade de tomadores de decisão amplia a probabilidade de que a maioria chegue a resultados corretos” (**Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 86).

⁶ GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, p. 5-62, 2010. p. 36.

⁷ *Op. Cit.*, p. 86..

solução consensual, discutem abertamente seus pontos de vista, estando receptivos a ouvir posições contrárias e sensíveis a eventuais ajustes em seus entendimentos. Assim, ainda que o colegiado decida sem que haja deliberação, a só possibilidade de fazê-lo constitui, de fato, razão suficiente para pô-lo em posição de preferência diante das decisões individuais. Reunidos em grupo, a deliberação passa a ter um espaço para ocorrer. Mesmo em colegiados pouco deliberativos, as mínimas interações havida entre seus membros constitui ponto favorável em relação à decisão monocrática. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a despeito de sua baixa tradição deliberativa, tem sido palco, por vezes, de interações entre os ministros, realizadas por meio de apartes e intervenções. Embora isso nem sempre leve ao objetivo esperado das deliberações, que é a possibilidade de discussão em que os atores não estejam inflexivelmente apegados a suas posições originais, de modo a viabilizar a busca do consenso, nada disso seria possível num ambiente em que a decisão fosse resultado da posição individual de um dos ministros.

Há várias razões, portanto, a preferir-se o julgamento colegiado ao monocrático, destacando-se, dentre elas, a maior probabilidade de que resultados mais corretos sejam atingidos a partir de um número maior de julgadores⁸.

Porém, é natural que, se as decisões colegiadas forem resultado de uma efetiva interação dos membros da Corte, o resultado ganha em qualidade, pois não decorre mais da mera agregação de posições individuais, mas do amálgama das várias interpretações dos membros do colegiado. Por isso a literatura irá classificar a forma como as decisões são construídas em deliberativas e agregativas⁹.

⁸ BARBOSA, Ana Laura Pereira Barbosa. **Decidindo (não) decidir:** Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 88. De resto, a autora, após mapear as teorias normativas que analisam a legitimidade da atuação das Cortes Constitucionais, traz a importante conclusão de que Dworking, Mattias Kumm, Bickel, Kornhauser e Sager, além de Conrado Mendes, partem da premissa de que as decisões dessas Cortes serão colegiadas (*Ibid.*, p. 85-95).

⁹ A figura da deliberação está ligada à vertente de estudo dos processos democráticos que, buscando afastar-se das conhecidas categorias da democracia *representativa* e da democracia *participativa* – embora sem descartá-las – encontra na democracia *deliberativa* uma nova forma de interpretá-la. Sob essa perspectiva, a legitimidade democrática não se limitaria à soma de interesses individuais, devendo “abranger decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 68). Amy Gutmann e Dennis Thompson afirmam que democracia deliberativa é uma forma de governo em que cidadãos que gozam de igualdade e liberdade “justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitem discussão futura” (O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-75, 2007. p. 23.). A democracia deliberativa, portanto, está assentada no fato de que as opções (preferências) dos indivíduos são escolhas justificadas, e nisso se diferencia das democracias meramente agregadoras, que se contentam com a eleição de opções (preferências), independentemente de qualquer justificativa, e sem levar em conta os

A decisão é deliberativa quando os componentes do colegiado a constroem conjuntamente, a partir de uma dinâmica em que há disposição não só para a defesa de suas posições, mas também para ouvir a divergência, refutá-la e, eventualmente, deixar-se convencer¹⁰. Em contraposição à forma deliberativa está a forma agregativa. Quando o colegiado decide pelo modo agregativo, o resultado é a expressão de uma somatória de opiniões que não obrigatoriamente está assentada numa mesma razão de decidir. Ao juntar posições individuais, contrapõe-se à forma deliberativa de chegar-se a um resultado.

Segundo Conrado Hübner Mendes, quando se fala em decisão tomada por meio do voto, a referência é à agregação de posições individuais, em que a soma dessas posições faz com que a maioria vença. Por outro lado, quando se fala em deliberação, parte-se da premissa de que os atores envolvidos na tomada de decisão estão dispostos a construir seus entendimentos ou transformá-los de acordo com o decorrer dos debates, podendo, portanto, persuadir ou serem persuadidos. Não há, desse modo, o apego a uma construção isolada e inflexível, já trazida pronta para o debate¹¹. Diz ainda o mesmo autor:

Os membros de um tribunal constitucional estão envoltos, entre outras coisas, numa rede de constrangimentos argumentativos. Enquanto juízes individuais, estão sujeitos a deveres de coerência, consistência e racionalidade em geral. Enquanto membros de um órgão colegiado, participam de um processo decisório que supõe haver, na deliberação coletiva, algum valor além da agregação de opiniões individuais. Enquanto membros de instituição que integra a separação de poderes, estão envolvidos numa deliberação com os outros poderes, especialmente com o

diversos pontos de vista envolvidos (*Id.*, *ibid.*, p. 81). Ao exigir o diálogo entre os participantes, bem como a abertura dos envolvidos aos argumentos discordantes e que não coincidam com seus pontos de vista, a democracia deliberativa impõe que todos os argumentos lançados no espaço de discussão sejam recebidos pelas partes envolvidas, seja para aceitá-los, seja para refutá-los, o que deve ser feito de modo racional e convincente (TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-102, 2007. p. 82). A democracia deliberativa nasce como um paradigma capaz de justificar e legitimar a decisão política, alicerçado na imposição de que as decisões coletivas devem ser tomadas após prévia deliberação, consistente num debate racional. Assim, numa democracia ideal não bastaria que o ato de poder derivasse, direta ou indiretamente, da soberania popular, mas que igualmente fosse resultado de um debate travado entre os interessados a partir de discursos racionais (VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 92 e 94.). E a transposição do conceito de deliberação haurido dos estudos da democracia para a análise das formas de construção das decisões judiciais nada tem de arbitrária. É que a atividade deliberativa, por impor conclusões que derivam da confrontação de argumentos, transforma-se em fonte de legitimidade de toda forma de poder em uma democracia constitucional, ou seja, a deliberação é fonte de legitimidade não apenas dos atos políticos, mas também das decisões das Cortes Constitucionais (*Id.*, *ibid.*, p. 95.). Desse modo, transposta a ideia para os tribunais, especialmente para as Cortes Constitucionais, deliberação irá referir-se ao “desenvolvimento intersubjetivo e interativo do discurso argumentativo entre os magistrados, com base em razões de ordem jurídica ou extrajurídica envolvidas na discussão de determinado caso [...]” (*Id.*, *ibid.*, p. 90).

¹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de teses. **Revista da EMERJ.**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, 2019. p. 449.

¹¹ Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 344.

parlamento, o qual goza de um *pedigree* democrático diferente mas que também interpreta a constituição. Por fim, enquanto tribunal constitucional de um regime democrático que se compromete a proteger direitos, integram um empreendimento transnacional de busca por respostas moralmente bem fundamentadas para o significado dos direitos¹².

Compreende-se, daí, porque as discussões quanto ao modo de deliberação das Cortes têm ocupado espaço cada vez maior no meio doutrinário, pois pode impactar diretamente no efetivo exercício da colegialidade e, em última análise, atingir a própria legitimidade da Corte¹³. Por isso, é preciso compreender que os Tribunais Constitucionais constituem “instituições deliberativas por excelência, cujas práticas argumentativas (que requerem ser analisadas empiricamente) podem funcionar como um ‘sismógrafo’ da legitimidade democrática de suas decisões”¹⁴.

Nessa toada, André Rufino do Vale irá afirmar que, se a forma de representatividade democrática dos tribunais é do tipo “argumentativo” e “discursivo”, os atos da jurisdição constitucional só teriam legitimidade democrática se decorressem de um processo deliberativo. Para o autor, “democracia deliberativa e jurisdição constitucional ficam assim conectadas conceitualmente, e passam a exigir, para o tratamento teórico dos atos dos Tribunais Constitucionais, uma teoria da argumentação jurídica”¹⁵.

Da mesma forma, Marinoni acredita que um Tribunal cuja função essencial é definir o sentido do direito, deve estimular o debate como forma de aprofundar o processo deliberativo a respeito das disputas interpretativas que tem que enfrentar. Por isso, se antes a intensidade da discussão estava mais atrelada aos interesses das partes, hoje é a legitimidade da função da Corte que impõe uma deliberação de maior qualidade¹⁶.

A literatura classifica ainda os modelos colegiados de decisão quanto à forma como se dá a exposição das discussões travadas entre membros do colegiado, no que pode ser interna ou externa. Quanto a esta classificação, Virgílio Afonso da Silva refere-se a Ferejohn e Pasquino, para quem a deliberação interna está relacionada à interação no interior de um grupo, a partir da troca de razões e argumentos, tendo por fim alcançar um consenso, de modo

¹² Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 354. O destaque é do original

¹³ BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 85.

¹⁴ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 91.

¹⁵ *Op. Cit.*, p. 95.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico]. p. RB-14.1.

que o grupo, como um todo, decida numa mesma direção. Diferentemente, a deliberação externa estaria relacionada à tentativa de promover o convencimento de agentes externos ao grupo. Transposta a ideia para os Tribunais, do ponto de vista interno, a deliberação dirá respeito à troca de argumentos dentro do próprio colegiado, enquanto a deliberação externa estará no “fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele”¹⁷.

Mas a classificação está relacionada também com o fato de as sessões de julgamento serem abertas ao público ou não. E, neste ponto, a importância da classificação está no quanto isso pode influenciar a natureza da deliberação. É que, quando a deliberação é interna, os membros do colegiado encontram menos resistência a ceder em suas posições, acatando opiniões divergentes, cedendo a argumentos contrários e transigindo quanto às suas próprias conclusões, de sorte que “podem tentar – e sempre tentam – chegar a uma decisão ‘única’, ‘institucional’, ‘clara’, ‘objetiva’ e de ‘consenso’”¹⁸. Além disso, quando o processo é interno, há da parte dos membros do colegiado menos constrangimento a fazer ajustes em suas posições, viabilizando a acomodação de entendimentos; em tais casos, há menos preocupação dos juízes com sua performance ou com a transmissão de uma imagem positiva para o público¹⁹. Desse modo, a qualidade da deliberação do colegiado sai fortalecida, pois a busca do consenso afasta a possibilidade de uma conclusão que resulte da mera agregação de posições diferentes.

No que se refere à forma de divulgação de suas conclusões, os colegiados, de forma geral, podem optar por uma decisão condensada num texto único, que nele reúna o resultado do julgamento, chamado *per curiam*, ou, ao contrário, podem optar pela divulgação dos votos individuais de seus membros, o que é chamado *seriatim*.

No modelo *seriatim*, há a reunião dos diversos entendimentos dos membros do colegiado, sendo o resultado aferido a partir da identificação do maior número de posições num mesmo sentido. No universo do Supremo Tribunal Federal, que segue esse modelo, a decisão da Corte é aferida a partir da maioria dos votos dos ministros num mesmo sentido, e a divulgação do resultado se dá por meio da publicação dos votos de cada um dos ministros, embora acompanhado da ementa, que, em tese, deveria representar uma síntese do que fora decidido.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009. p. 210.

¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 210.

¹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de teses. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, 2019. p. 450.

Esse agregado de votos quase sempre dificulta a identificação de uma mesma razão de decidir do colegiado, pois os juízes podem ter decidido a partir de fundamentos diferentes, embora possam ter chegado à mesma conclusão.

Já no método *per curiam*, a opção é pela divulgação do entendimento do próprio colegiado – e não da somatória de seus membros – daí porque um único texto irá apresentar a posição da Corte, embora em algumas formatações o entendimento divergente possa igualmente ser divulgado²⁰. De qualquer modo, no que importa, a decisão é o resultado da deliberação do colegiado²¹ e, portanto, exposta como uma decisão unificada da Corte. Nesses casos, as decisões, tenham sido adotadas de forma unânime ou por maioria de votos, devem ser exteriorizadas sempre como uma decisão institucional do órgão, sem considerar o entendimento individual de seus integrantes²². Quando a Corte adota o modelo *per curiam*, a manifestação do tribunal é unificada e, por conta disso, o fundamento de suas conclusões pode ser mais facilmente identificável²³.

A análise acima é bastante sugestiva de que o Supremo Tribunal Federal tem baixa performance deliberativa. O formato de julgamento adotado na Corte não estimula deliberação entre os pares, fazendo, ao contrário, com que a decisão seja o resultado de um agregado de decisões individuais, proferidas a partir de reflexões isoladas de cada ministro.

Após liberar o caso para julgamento, e uma vez pautado, o relator apresenta em sessão o relatório do processo e, após eventuais sustentações orais, seu voto, com o entendimento que formou após a análise isolada da matéria. Não há, portanto, entre o relatório e o voto do relator qualquer reflexão coletiva que pudesse propiciar efetiva deliberação da Corte. O voto do relator não é apresentado como uma proposta de decisão do colegiado, mas como sua conclusão enquanto um dos ministros que a compõem²⁴.

²⁰ Para uma relação entre os modelos *per curiam* e *seriatim* – e variações entre eles – e o caráter deliberativo ou não deliberativo do colegiado, ver MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Vojvodic, Adriana *et al* (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

²¹ André Rufino do Vale, referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, esclarece que, “em seus primeiros anos de funcionamento (precisamente entre os anos de 1793 e 1800), seguindo o costume judicial inglês advindo da prática do King’s Bench, a Corte anunciava suas decisões através das *seriatim opinions* de seus membros. Cada *Justice* pronunciava seu voto individualmente e o conjunto de todas as opiniões expostas ‘em série’ era assim apresentado ao público. Quando John Marshall se tornou *Chief Justice*, a Corte passou a adotar a prática de anunciar seus julgamentos em uma *single opinion*, que dessa forma passava a representar a opinião expressada pela maioria de seus membros” (**Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 112).

²² *Id.*, *ibid.*, p. 109.

²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de teses. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, 2019. p. 451.

²⁴ O artigo 133 do Regimento Interno do STF, ao pretender organizar, parece mesmo desestimular a interação entre os membros do colegiado, quando dispõe que “cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem

Na sequência, os demais ministros apresentam seus votos. Em casos singelos, quase sempre seguem a relatoria²⁵. Nos casos mais complexos, sobretudo quando atraem a atenção para o Tribunal, levam os votos já prontos. Virgílio Afonso da Silva, porém, adverte, que o acesso aos pontos de vista dos demais ministros antes de ter o seu próprio entendimento formado constitui elemento que pode contribuir para a performance da deliberação. Segundo o autor, pode ocorrer, por exemplo, que um magistrado tenha tido contato com algum trabalho de relevância acerca da matéria que será discutida e não ter a oportunidade de compartilhá-lo com os demais membros do colegiado, que podem disso tomar conhecimento apenas depois de escrito seus votos²⁶.

Durante a apresentação dos votos, embora possa haver alguma discussão entre os ministros, elas se dão menos na busca de um consenso do que na defesa quase sempre bastante incisiva das conclusões de cada membro. Nesses casos mais complexos, em que a maioria leva os votos escritos, a votação acaba se transformando “em uma sequência de leituras e discursos monológicos, segundo a ordem predeterminada, que praticamente não deixam muito espaço para exercícios mais profundos de argumentação dialética”²⁷. Neste cenário,

A preocupação primordial de cada Ministro pode acabar sendo a de apresentar unilateralmente as razões contidas em seu voto, em vez de se engajar em debates construtivos. O esforço de convencimento mútuo pode então ser diminuído, pois todos estariam conscientes de que a maioria trouxe para a sessão estudos prontos e posição previamente firmada, que dificilmente seriam modificados ao longo da votação. Não se cria, com isso, um clima mais favorável à mudança de posicionamento²⁸.

Para isso contribui fortemente o fato de as sessões serem públicas – e não se defende que sejam diferentes, apenas descreve-se o fato, até porque, do ponto de vista normativo, não há espaço no Brasil para sessões fechadas, uma vez que sua publicidade é princípio de ordem constitucional, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Mais

autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos”. Por outro lado, o artigo 135 do Regimento traz uma breve referência ao que seria um momento de deliberação dos ministros, ao dizer que, “concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade”. Na prática, contudo, eventuais interações ocorrem durante o voto do relator e/ou dos demais ministros, por meio de apartes.

²⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator. Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. São Paulo, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 27, n. 88, p. 89-115, 2012. p. 109.

²⁶ Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 573.

²⁷ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 269.

²⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 269.

que isso, implantada em 2002, a TV Justiça tem levado à transmissão em tempo real as sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal, o que tem conferido publicidade ímpar a seus julgados.

É verdade que uma deliberação anterior, buscando alcançar o consenso, poderia reduzir as dificuldades próprias de buscá-lo em arena aberta, em que as diferentes posições tendem a confrontar-se de modo mais vigoroso e a flexibilização dos entendimentos pessoais encontra campo menos fértil. Pesquisa empírica, contudo, tem sinalizado alguma resistência a esse processo informal por parte de alguns membros da Corte. A título de exemplo, Fontainha, Da Silva e Almeida²⁹ revelam que, indagado se os ministros dialogam fora das sessões a fim de formular uma decisão do Tribunal, o Ministro Cezar Peluso respondeu: “Difícil. Dificilmente conversam entre si sobre... Dificilmente expõem o ponto de vista deles antes da sessão. Eles são muito ciosos das posições pessoais, e eu não quero fazer análise das razões pelas quais cada um tem essa postura”.

André Rufino do Vale também anota que intercâmbios prévios são muito raros, “os quais, quando excepcionalmente ocorrem, geralmente são apenas o resultado de contatos parciais ou bilaterais muito informais e espontâneos entre Ministros que mantêm entre si alguma relação de afinidade, de coleguismo ou de amizade”³⁰. Em entrevistas com ministros realizadas por ocasião de sua tese de doutorado, o autor formulou a seguinte indagação: “Vossa Excelência costuma conversar com os demais Ministros antes de tomar uma decisão importante ou preparar um voto relevante? Há alguma comunicação anterior às sessões de julgamento com vistas a algum arranjo ou combinação de votos?”³¹. Algumas respostas dão bem o tom da forma como essas discussões prévias são raras³²:

Ministro 1: Nos casos mais importantes, mais relevantes, existiam as sessões de “conselho” (sessões prévias de deliberação fechada). Pedia-se “conselho”. Ou o Presidente sugeria. Depois um ou outro começou a discordar, a não comparecer...então isso foi acabando. O que foi lamentável, pois sempre que se fazia um conselho, as questões eram debatidas ali com mais abertura, a busca da verdade se fazia com mais frequência.

Ministro 2: Não. Pode ser que exista (comunicação prévia) entre alguns Ministros, mas isso varia e depende muito do estilo de cada um. Eu não tenho esse tipo de comunicação e nunca presenciei muito isso aqui.

²⁹ *Apud* ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e julgamento colegiado. Uma análise do processo decisório do STF**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 173.

³⁰ **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 240-241.

³¹ *Id.*, *ibid.*, p. 241.

³² *Id.*, *ibid.*, p. 241-242.

Ministro 4: Em geral, há conversas sobre determinados temas, em que se diz abertamente como se vai votar ou não, quais são as apreensões que se tem, análises de consequências, de implicações, de associações com outros casos ou jurisprudência. Às vezes isso se faz por algum tipo de afinidade eletiva, alguns colegas que têm maior afinidade...

Ministro 5: Jamais. Penso que é negativa qualquer conversa, porque a possibilidade de influência é enorme. Por maior que seja a repercussão de um pronunciamento, antes de implementá-lo, jamais eu me aconselho, e muito menos com um colega. A convicção é realmente pessoal; e depois, posteriormente, nós devemos trocar ideias (no plenário).

A forma de publicidade das sessões, com ampla divulgação, tem igualmente contribuído para que os ministros sejam muito ciosos de seus votos e intensos na ardente defesa de suas posições. Conrado Hübner Mendes afirma que o estilo da Corte se distancia dos padrões esperados de uma boa fundamentação constitucional. Segundo o autor, os votos buscam demonstrar erudição de seus prolatores e acabam muitas vezes se distanciando do caso concreto. Não é uma preocupação institucional que nutre os votos, mas individual. As decisões são quase sempre caracterizadas pela prolixidade e pelo apego a expressivo volume “de argumentos de autoridade, em prejuízo da formulação de uma posição coesa e transparente, simples e objetiva. Em suma, tudo isso mostra a prevalência do caráter agregativo do tribunal, e é sinal de seu baixo grau de institucionalidade”³³.

A opção pelo método *seriatim*, da mesma forma, ao revelar a conclusão do colegiado por meio da divulgação dos votos de cada um de seus membros, afasta, naturalmente, a possibilidade de que se identifique uma vontade única do colegiado, vontade, esta que, na verdade, talvez a deliberação sequer tenha alcançado³⁴.

Não é incomum, aliás, que decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente em casos complexos, dificultem a identificação de uma razão comum, pois a decisão deriva de análises individuais dos ministros, cada um identificando uma razão de decidir³⁵, quando não enfrentando pontos controvertidos nem sempre uniformes³⁶.

³³ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359

³⁴ O que tem reduzido essa preocupação é a fixação de teses dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, que consistem na sumarização da essência do que fora decidido. Para uma análise mais detida do surgimento, desenvolvimento e estágio atual dessas teses, ver o detalhado estudo de MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de teses. **Revista da EMERJ.**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, 2019.

³⁵ Segundo José Rodrigo Rodriguez, “quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas *opiniões pessoais* sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem. Debater tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais ‘razões do Tribunal’ que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da

As decisões não podem ser encaradas como a mera soma de votos que não guardam coincidência entre si. Elas precisam corresponder ao resultado consensual de um debate em que a Corte tenha agido de acordo com premissas deliberativas³⁷. Já no texto *Supremocracia*, de 2008, Oscar Vilhena Vieira afirmava que, no STF, havia uma somatória de 11 votos e não uma decisão do Tribunal que resultasse de efetiva discussão entre os ministros, o que seria relevante para assegurar a integridade da Corte, enquanto instituição colegiada³⁸.

A propósito, qualquer pretensão à formação de *stare decisis* – capaz de afastar problemas identificados no controle difuso de constitucionalidade³⁹ – impõe, naturalmente, precedentes bem definidos. Além disso, os precedentes têm o objetivo de ilustrar o entendimento da Corte, lançando luzes, portanto, não só sobre a necessidade de que as condutas se adequem ao que foi ali decidido, mas sobre o que a Corte deverá decidir caso discussão semelhante seja levada a sua apreciação.

Também por isso, a Corte há de decidir novos casos guardando, ela própria, uma coerência com o que se decidiu, permitindo a construção do romance em cadeia de que fala Dworkin. Isso, contudo, não é possível se a decisão do Tribunal não permite identificar a essência do pensamento da Corte⁴⁰.

corte” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 14)

³⁶ Ver, a propósito, detida análise do Caso Ellwanger, HC 82.424, decidido pelo STF, em que VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO, anotam: “O que se identifica no julgamento do caso Ellwanger, porém, é a escolha, por parte de cada ministro, de um problema específico que, no dizer de cada um, resume a controvérsia como um todo. No limite, ao escolherem problemas diferentes, ao invés de terem perspectivas de interpretação diferentes de um mesmo problema, cada ministro decide um caso completamente diferente” (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, p. 021-044, 2009. p. 33).

³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 213.

³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, 2008. p. 458.

³⁹ Mauro Cappelletti é enfático quanto aos riscos que o controle difuso de constitucionalidade pode causar em sistemas jurídicos que não adotam a figura do *stare decisis*. Desconsiderar a vinculação dos precedentes em modelo de controle de constitucionalidade em que qualquer juiz pode promover o confronto entre os atos normativos e a Constituição, poderia causar “uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado” (**O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 77-78). Para uma análise do esforço normativo brasileiro para superar a ausência do *stare decisis*, ver AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, p. 133-149, 2012.

⁴⁰ VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO, a propósito, resgatam caso emblemático em que, mesmo diante de uma votação unânime, não foi possível chegar-se a uma única *ratio decidendi* do Tribunal. Cuidou-se da ADI 1.969, e as autoras, após promoveram uma análise detalhada dos votos proferidos no julgado, concluem: “Note-se, dessa maneira, a dificuldade em se determinar, ainda que em um caso de decisão unânime, qual foi a decisão tomada pelo Tribunal como um todo. Ainda que se entenda que o voto do ministro relator, que guia a tomada de decisão dos demais ministros, tem um peso maior na fundamentação do caso, podendo-se entender que a partir dele seria possível extrair a *ratio decidendi*, não há como deixar de considerar o fato de que fundamentações conflitantes com o voto do ministro relator relativizam a adequação dessa *ratio*

A importância, portanto, de que os precedentes revelem com clareza o pensamento do Tribunal é fundamental para que atinjam sua principal finalidade: servir de norte, de bússola, para aqueles que precisam identificar o posicionamento da Corte. Acontece que o mero agregado de votos nem sempre permite que esse fim seja atingido.

Daí concluir-se que

o exercício da colegialidade é fundamental tanto para salvaguardar a integridade do Tribunal como para conferir maior autoridade à sua jurisprudência. O resultado dessa maior colegialidade deveria ser a produção de decisões escritas que representassem a vontade da maioria do Tribunal, deixando claros quais eram os fatos, a questão jurídica discutida, os critérios para a tomada de decisão, além de qual a regra que se pode extrair da decisão. Sem isso não há um precedente a ser seguido, e o STF não contribui para a estabilização das expectativas⁴¹.

Em resumo, a Corte Suprema atua a partir de um conjunto de normas e procedimentos que não estimulam o exercício da colegialidade⁴². Por conta disso, em vez de suas decisões resultarem de uma legítima expressão institucional, seu desenho e suas práticas arraigadas “permitem e favorecem que indivíduos, isoladamente, afetem diretamente o constitucionalismo, com relevantes consequências sobre a legitimidade da corte e a separação de poderes”⁴³.

4.2 Atuação monocrática: classificação e previsão normativa

Como visto no item anterior, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em especial quando atua como responsável pela integridade da Constituição, deve resultar de sua atuação colegiada e prioritariamente deliberativa. Se assim é, a atuação monocrática só é

decidendi ao que foi efetivamente decidido pelo Tribunal. A unanimidade se dá tão-somente com relação ao dispositivo da decisão, o elemento questionado por meio da ADI, mas não se reflete no momento da justificação dessa solução dada pelo Tribunal. Uma consequência dessa peculiaridade da decisão do STF, que decorre do modo como se dá a tomada de decisão, é o alto grau de personalismo dotado aos seus julgamentos. Poder-se-ia falar em *ratio* do ministro, em uma linha de pensamento desenvolvida por ele e, inclusive, em aplicação de precedentes individuais. Não há, especialmente nos casos que envolvem aplicação de princípios – como ficou explícito no caso analisado –, a possibilidade de extração de uma *ratio coletiva*, institucional”. (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, p. 021-044, 2009. p. 31).

⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 212.

⁴² VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 379.

⁴³ BENVINDO, Juliano Zaiden. RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do solipsismo supremo à deliberação racional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, p. 149-178, 2017. p. 160.

cabível em situações excepcionais, que estejam amparadas em razão bastante para justificar a desconsideração temporária do caráter colegiado da instituição.

Apesar disso, tem havido um avanço bastante expressivo do poder individual dos ministros, num protagonismo capaz de fragilizar a Corte como instituição. A fim de facilitar a exposição das diversas formas pelas quais pode se dar a atuação monocrática, optou-se por adotar a proposta de Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, que, ao mapear os poderes em instituições judiciais colegiadas, afirmam que eles podem ser exercidos por meio de *tomada de decisão*, *sinalizações* e *definição de agenda*, podendo tais formas de atuação serem exercidas “*coletivamente* (i. e., só pode ser utilizado por meio de uma decisão colegiada) e/ou *individualmente* (i. e., a atuação de um único ministro é condição suficiente para utilizar esse poder)”⁴⁴. Para a pesquisa, o importante é a identificação da atuação individual que, sem contar com participação relevante do plenário ou muitas vezes até contra o colegiado⁴⁵, pode fragilizar institucionalmente a Corte.

Arguelhes e Ribeiro distinguem ainda as alocações de poderes individuais em “*centralizadas* (vinculadas a uma posição institucional fixa, conhecida de antemão na arquitetura da instituição e válida para um grande conjunto de casos, como a de presidente do tribunal) ou *descentralizadas* (qualquer ministro pode em princípio exercer esse poder)”⁴⁶.

Sinalizações, para Arguelhes e Ribeiro, constituem manifestações públicas de ministros que com frequência pronunciam-se sobre casos pendentes⁴⁷. Acredita-se, contudo, que nesta categoria podem ser incluídas, além de matérias que ainda não foram judicializadas, mas têm alta probabilidade de vir a sê-lo, também exposições que revelam preferências ideológicas, críticas a instituições ou mesmo a membros do mesmo Poder Judiciário que desbordam daquela ínsita ao poder revisional⁴⁸.

Embora as *sinalizações de preferências* não tenham relação direta com objeto da pesquisa, convém, pela relevância de que ainda assim se revestem, apontar aqui exemplos

⁴⁴ Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 15.

⁴⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 14.

⁴⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 15.

⁴⁷ *Id. Ibid.*, p. 22. Muitas dessas manifestações poderiam ser enquadradas na vedação expressa contida no artigo 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura, que proibiu os magistrados de “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”. O dispositivo possui clareza suficiente para compreender a intenção do legislador, e sua aplicação a Juízes tem ocorrido com bastante naturalidade. A proibição, entretanto, não tem alcançado ministros do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸ Virgílio Afonso da Silva, a propósito, quando se refere a fatores que interferem no desempenho deliberativo da corte, usa o termo “práticas habituais” para referir-se a “coisas diferentes, como comportamento judicial, publicidade extrema, tomada de decisão estratégicas etc” (Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 582. Tradução livre).

desse fenômeno. Em 29 de abril de 2020, atendendo a pedido formulado pelo Partido Democrático Trabalhista no Mandado de Segurança nº 37.097, o Ministro Alexandre de Moraes havia concedido medida liminar e impedido a posse de Alexandre Ramagem Rodrigues, delegado de polícia federal, no cargo de Ministro da Justiça, após a exoneração de Sérgio Fernando Moro. Pois no dia 6 de maio de 2020, o então Ministro Marco Aurélio, disse à imprensa: "Quem fica mal é o delegado da PF que não tomou posse do cargo e, ao que tudo indica, tem perfil de vida profissional elogiável. Para ele, foi algo nefasto [...] Agora, o desgaste institucional se mostrou muito grande, não só do presidente como do próprio Supremo"⁴⁹.

Em outra ocasião, a Lei 13.964/19, que havia previsto a figura do juiz de garantias, foi objeto de três ADIs (6.298, 6.299 e 6.300). Em 15 de janeiro de 2020, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli concedera parcialmente medida cautelar suspendendo diversos dispositivos da norma questionada. Acontece que, em 21 de janeiro do mesmo ano, findo o recesso judiciário, o Ministro Luiz Fux, relator das ADIs, revogou a cautelar anterior, concedendo outra, com teor diverso do que decidira o Ministro Toffoli. Ao comentar a revogação da liminar, em entrevista jornalística, o ex-Ministro Marco Aurélio, disse: "Respeite-se um pouco mais essa cadeira, para benefício da sociedade como um todo. Essa problemática é nefasta, ruim e perniciosa". Disse, ainda: "A autofagia é péssima, conduz à insegurança jurídica, ao descrédito da instituição. Não há censor no Supremo, e acabou o Ministro Fux assumindo a postura de censor em relação a um ato logo do presidente do Supremo"⁵⁰.

Em 2013, quando a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011 retomou a tramitação no Congresso Nacional, pelo menos quatro Ministros do Supremo Tribunal Federal pronunciaram-se na imprensa acerca da matéria, tendo alguns deles afirmado textualmente que a alteração seria inconstitucional, sem embargo de constituir matéria que, aprovada, por certo seria enfrentada pela Corte⁵¹.

E os exemplos acima descritos parecem confirmar, por um lado, a conclusão de Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira, de que "as mensagens fora dos autos atuam mais

⁴⁹ MARCO AURÉLIO: Ato de Moraes foi "nefasto" para Ramagem e gerou "desgaste. **Universe On Line**. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/06/marco-aurelio-entrevista-uol.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.

⁵⁰ SOBRE liminar, Marco Aurélio pede que Fux respeite a cadeira que ocupa. **Conjur**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-23/marco-aurelio-fux-respeite-cadeira-ocupa>. Acesso em 26 maio 2020.

⁵¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 22.

no terreno das emoções e percepções do que da técnica e do entendimento”⁵², e, por outro, o fato de que a ausência de um mínimo de consenso institucional capaz de impor limites às manifestações dos ministros diante de atores externos⁵³, contribuem para a fragmentação da Corte.

A *definição de agenda* está relacionada ao poder de pauta, exercido pelo presidente do Supremo e pelos presidentes das Turmas, à liberação ou não liberação do processo para julgamento pelo relator e aos pedidos de vista.

Quando o processo ingressa no Supremo Tribunal Federal, é distribuído a um dos ministros que compõem o órgão, com exceção do presidente (artigo 67, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). O ministro a quem for distribuído o processo será seu relator. Dentre outras atribuições, definidas no artigo 21 do RISTF, o relator, trazidas ao processo todas as informações que importam ao julgamento do caso, deverá, nos termos do inciso X, “pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso”. Assim, a inclusão do feito na pauta de julgamento, seja da Turma, seja do Plenário, está na exclusiva dependência da liberação do processo por parte do relator.

O Regimento Interno do STF é silente quanto ao prazo para o relator liberar o processo, limitando-se a dizer que o ministro deverá liberá-lo quando estiver habilitado a proferir voto. É verdade que, no capítulo “Dos Prazos”, o RISTF, no artigo 111, estabelece:

Art. 111. Os prazos para os Ministros, salvo acúmulo de serviço, são os seguintes:
I – dez dias para atos administrativos e despachos em geral;
II – vinte dias para o visto do Revisor;
III – trinta dias para o visto do Relator.

O inciso III, entretanto, que poderia fornecer um norte para a definição do prazo para a liberação do processo, é pouco relevante na discussão, seja porque o *caput*, de qualquer maneira, traz a ressalva “salvo acúmulo de serviço”, seja porque cede passo ao artigo 21, X, por conta da afirmação deste último dispositivo, de que o relator somente liberará o processo, quando “estiver habilitado a proferir voto”, o que afasta a possibilidade de fixar-se um prazo pré-definido. Assim, não havendo prazo, a definição de quando será levado à apreciação do colegiado fica sob a discricionariedade do relator.

⁵² FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013. p. 437.

⁵³ FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário *In* FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017. p. 21.

A Lei nº 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, pretendeu promover algum avanço neste ponto. Quando tratou da ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, referida lei estabeleceu que o relator deveria pedir informações aos órgãos ou autoridades das quais tenha emanado o ato normativo impugnado (art. 6º) e que essas informações deveriam ser prestadas em trinta dias. Na sequência, o relator poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, também no prazo de trinta dias. Após, deverá ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, cada um no prazo de quinze dias (art. 8º). Em seguida, no que poderia ser compreendido como prazo para o relator, o artigo 9º diz que, “vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento”. Procedimento semelhante foi adotado nas ações de inconstitucionalidade por omissão (artigos 12-E e §§) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (artigos 19 e 20). Embora com prazos diferentes, a Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seguiu a mesma diretriz da Lei 9.868/99, dispondo, em seu artigo 7º que “decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento”.

A despeito da disciplina pretensamente mais detalhada contida nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, não houve efetiva fixação de prazo para a liberação do processo, sobretudo por conta do citado artigo 21, X, do RISTF, e a previsão de que o relator pedirá dia quando se sentir habilitado a proferir voto⁵⁴.

Liberado o processo pelo relator, o julgamento estará na dependência da inclusão em pauta, incumbência do presidente⁵⁵, derivada de sua atribuição de “dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias” (RISTF, art. 13, III).

O poder de pauta do presidente é mitigado quando o julgamento se dá pelo plenário virtual, pois neste caso, após a liberação pelo relator, o processo passa a aguardar

⁵⁴ Em sentido semelhante, ver DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre um caso de configuração autocrática do processo objetivo. **Revista dos Tribunais**, ano 97, v. 28, p. 11-28, 2008, p. 17. Embora a proposta não seja realizar um estudo de direito comparado, convém anotar a lembrança desses mesmos autores, de que o artigo 65 da “Lei do Tribunal Constitucional português estabelece prazo rígido para o relator, concedendo certo poder de flexibilização da pauta ao Presidente do Tribunal: ‘1. Concluso o processo ao relator, é por este elaborado, no prazo de 40 dias, um projeto de acórdão, de harmonia com a orientação fixada pelo Tribunal’” (2008, p. 17). Como o texto de DIMOULIS e LUNARDI é de 2008, o autor desta dissertação promoveu nova pesquisa quanto ao diploma legal português, Lei 28/82, e constatou que o artigo 65, 1, continua em vigor, podendo ser encontrado no mesmo endereço eletrônico indicado pelos autores há mais de treze anos.

⁵⁵ Quanto ao poder de pauta do presidente do Supremo Tribunal Federal, ver ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. **Revista de Estudos Institucionais**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 129-154, 2020.

virtualmente a juntada de votos de cada ministro, não havendo designação de data específica para que isso seja realizado. Se houver pedido de destaque, o processo deixa o ambiente virtual e passa para o físico, quando, então, volta a depender de pauta elaborada pelo presidente.

Incluído em pauta, o julgamento do caso ainda estará condicionado à inexistência de pedido de vista, faculdade que possui qualquer dos ministros que compõem o respectivo colegiado. Formulado pedido de vista, há interrupção do julgamento, que passa a aguardar a devolução do feito pelo ministro vistor e a reinclusão na pauta de julgamento.

O pedido de vista tem previsão no Código de Processo Civil, no artigo 940, em seus dois parágrafos:

Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.

§ 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído.

§ 2º Quando requisitar os autos na forma do § 1º, se aquele que fez o pedido de vista ainda não se sentir habilitado a votar, o presidente convocará substituto para proferir voto, na forma estabelecida no regimento interno do tribunal.

Embora os dispositivos do Código de Processo Civil acima descritos tenham conferido uma rigorosa disciplina ao pedido de vista, no caso do STF ele está previsto no artigo 134, do Regimento Interno, com a redação dada por uma emenda regimental de julho de 2020, que não seguiu o mesmo caminho do diploma processual. De acordo com o citado artigo 134, o ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-lo no prazo de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. E o § 4º desse mesmo artigo permite a prorrogação desse prazo por uma única vez, também por trinta dias, “mediante manifestação expressa do ministro vistor ao presidente do respectivo colegiado”. A disciplina do Regimento Interno, portanto, não tem referência à possibilidade de o presidente requisitar o processo e, ainda menos, de que magistrado substitua aquele que pediu vista do processo e não o devolveu.

Por fim, cabe comentar a *tomada de decisão* que, enquanto manifestação individual, pode ser proferida pelo presidente ou pelos relatores. Como as decisões da Presidência não são objeto da pesquisa, conforme esclarecido já na Introdução deste trabalho, importa dizer que os relatores têm atribuição para um leque amplo de decisões, pois processualmente seu poder tem sido bastante ampliado, permitindo-lhes atuar como filtro dos

casos que merecerão julgamento colegiado. Esses filtros tiveram início com a alteração do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, com a redação que lhe foi dada pelas Leis 9.139/95 e 9.756/98, pois permitiam ao relator, em casos que especificava, tanto negar seguimento ao recurso, quanto dar-lhe provimento, fazendo-o sem a intervenção do colegiado. Embora o objetivo das alterações, que vieram num movimento conhecido como “minireforma recursal”, fosse dar mais eficiência ao Judiciário, enfrentou forte crítica da literatura especializada⁵⁶. No Código de Processo Civil atual, o poder do relator foi estendido e o artigo 932 passou a permitir-lhe negar ou dar provimento a recursos em hipóteses ainda mais amplas.

Apesar de expressivo o número de decisões monocráticas tomadas com base nesses dispositivos acima mencionados⁵⁷, não é este tipo de atuação que move a pesquisa, mas a concessão monocrática de cautelares proferidas no controle concentrado de constitucionalidade.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelos Tribunais, aí incluída a Corte máxima, impõe a decisão da maioria de seus membros, conforme artigo 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Denominada pela doutrina como reserva de plenário, ou *full bench*, a exigência do quorum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, em seu artigo 179, que tinha a seguinte redação: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

Embora o atual artigo 97 da Constituição de 1988 não se refira a medida cautelar, o artigo 102, I, “p”, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência processar e julgar “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”.

⁵⁶ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza. ano 13, n. 17, p. 268-283, 2015. p. 269. Merece registro, a propósito, a crítica realizada por Leonardo Greco, para quem “estão aplicando a solução mais simplista, mais inconveniente e, ao mesmo tempo, mais econômica, porque mudar a lei processual e monocratizar não custa um tostão para os cofres públicos, sacrificando a qualidade das decisões dos tribunais, em benefício da quantidade, o que somente interessa aos próprios tribunais superiores, alguns deles com centenas de milhares de recursos para julgar anualmente, desprezando o interesse dos jurisdicionados. Como disse um insigne jurista italiano em escrito recente, é como se um hospital fosse reformado no interesse do conforto dos médicos e não dos doentes” (GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. ano 4, v. 5, p. 5-62, Rio de Janeiro, jan-jun 2010. p. 37).

⁵⁷ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. *Op. cit.*

Mesmo a Lei nº 9.868/99, que pretendeu distanciar-se da exigência constitucional prevendo a possibilidade de concessão monocrática de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), restringiu a exceção ao período do recesso. Além disso, no mesmo artigo que abriu referida exceção (artigo 10), foi expressa ao afirmar que, nos demais casos, a concessão da cautelar exigia maioria absoluta dos membros do Tribunal. O teor do mencionado dispositivo é o seguinte:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Quando disciplinou a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão), a mesma Lei nº 9.868/99 igualmente exigiu a maioria para a concessão da medida:

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

O tratamento conferido à ação direta de constitucionalidade (ADC) pela mesma Lei nº 9.868/99, não foi diferente:

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Em resumo, a Lei nº 9.868/99, salvo a exceção das cautelares no período do recesso, em nenhum momento previu a concessão da medida monocraticamente, antes deixou expressa a exigência da maioria absoluta dos membros da Corte para sua concessão.

Afastando-se do regramento constitucional, a Lei 9.882/99, que tratou especificamente da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), previu, em seu artigo 5º, §1º, que, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

O referendo do plenário, a propósito, está previsto no artigo 21, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação

Art. 21. São atribuições do Relator:
(...)

v – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma;

Observe-se que, embora este dispositivo não tenha tido o objetivo de disciplinar as cautelares no controle concentrado, ele constitui a regra geral para qualquer concessão monocrática de cautelar no Supremo Tribunal Federal, ou seja, nos casos em que couber, deferida a medida, deve ser submetida ao referendo do colegiado.

5 ATUAÇÕES MONOCRÁTICAS DISFUNCIONAIS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

“Passo a passo, pouco a pouco, por toques sucessivos, lenta mas seguramente, discretamente, mesmo sub-repticiamente, o princípio da colegialidade das jurisdições vai sendo corroído, danificado, reduzido... a tal ponto que sua própria existência agora está ameaçada”. A frase, que dá início ao texto intitulado *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?*, de autoria de Marie-Anne Cohendet¹, pode ser usada de empréstimo para dar início também a este tópico.

De fato, se a supremacia judicial, simbolicamente representada pela já citada expressão *Supremocracia*, de Oscar Vilhena Vieira², foi a primeira preocupação com o engrandecimento do Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de que a concentração de forças na Corte pudesse comprometer o equilíbrio da relação com os demais poderes, a atenção subsequente passou a ser endereçada a outra forma mais preocupante de o STF externar suas interpretações normativas, que é a atuação individualizada destoante da previsão normativa³.

Fabrizio Castagna Lunardi afirma não ser incomum a identificação de casos em que ministros, apoiados em preferências pessoais, muitas vezes ideológicas ou partidárias, decidem liminares, monocraticamente, em nome da Corte, porém as subtraem da apreciação do plenário; muitas dessas liminares, com força vinculante e efeitos *erga omnes*, desconstituem atos normativos aprovados pelo Congresso, inclusive emendas constitucionais; casos em que o presidente do Supremo, por meio do controle da pauta, maneja de forma estratégica o *timing* dos feitos que serão julgados; situações em que pedidos de vista são formulados para interromper o julgamento e impedir a definição do caso pelo plenário, mesmo já tendo sido alcançada maioria⁴.

Com preocupação semelhante, Conrado Hübner Mendes lembra que o relator não tem prazo para liberar o processo para julgamento, fazendo-o quando entender mais oportuno; que o presidente também insere o processo em pauta quando entender mais apropriado; e que

¹ **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Paris, n. 68, p. 713-735, 2006. p. 715.

² Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, 2008.

³ Daí, a propósito, a afirmação de Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, de que, “se, em certas condições, a força do STF pode ser mobilizada sobre a política a partir de ações puramente individuais, várias premissas que sustentam os debates nacionais sobre a legitimidade da jurisdição constitucional precisariam ser reexaminadas (O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, 2015. p. 122).

⁴ LUNARDI, Fabrizio Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 178.

cada ministro tem o poder de interromper o julgamento e a deliberação por meio do pedido de vista⁵.

Da mesma forma, Arguelhes e Ribeiro anotam que um único ministro pode impedir mudanças que uma legislação tenha pretendido promover no *status quo* político, seja, na condição de relator, impedindo indefinidamente que um determinado caso seja submetido ao colegiado, seja, como membro da Corte, pedindo vista do processo e evitando a continuidade do julgamento, bloqueando, com isso, a decisão do Plenário⁶.

Na mesma linha, Fernando Leal anota que, marcado pela individualização, no Supremo, os prazos para os relatores liberarem seus casos para julgamento, para o presidente inclui-los em pauta e para que os ministros devolvam os processos de que tenham pedido vista, não são submetidos a qualquer controle⁷.

Observa-se, portanto, que a realidade institucional do Supremo tem demonstrado várias situações que não permitem que um analista atento se restrinja a descrevê-la. Seja por meio de decisões individuais, seja conjugando o poder de deferi-las com poderes de agenda, seja ainda, como visto no capítulo anterior, por meio de sinalização de preferências, a atuação monocrática no Supremo Tribunal Federal tem inúmeras vezes se revelado disfuncional e redutora do caráter institucional da Corte⁸. Pesquisar tais disfuncionalidades, todavia, impunha o recorte já esclarecido na Introdução, que levou a pesquisa a restringir-se a três formas de atuação individual no controle concentrado de constitucionalidade: liberação do processo pelo relator para julgamento pelo colegiado, pedidos de vista e excesso de prazo e decisões monocráticas em cautelares. Essas três formas de atuação serão enfrentadas a seguir. O próximo tópico cuidará das decisões monocráticas no controle concentrado de constitucionalidade. Na sequência, serão abordadas as duas formas de atuação monocrática

⁵ MENDES, Conrado Hübner. A ingovernabilidade do STF. **Jota**, 17 de setembro de 2014. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf-17092014>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 29

⁷ LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. In FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017. p. 57-58.

⁸ Segundo Juliano Zaiden Benvindo e Gabriel Rübinger-Betti, “a disfuncionalidade da corte em uma análise sistemática do constitucionalismo é notória. Afinal, se o constitucionalismo decorre de interações entre instituições, que, por sua vez, derivam de interações entre indivíduos, o crescimento exacerbado do individualismo decisório resulta naturalmente em uma quebra desse equilíbrio interativo. Ao invés de uma decisão institucional que nasce de uma adequada distribuição do poder decisório entre os ministros, o desenho institucional e as práticas arraigadas desta corte permitem e favorecem que indivíduos, isoladamente, afetem diretamente o constitucionalismo, com relevantes consequências sobre a legitimidade da corte e a separação de poderes” (Do solipsismo supremo à deliberação racional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, p. 149-178, 2017. p. 160)

relacionadas ao poder de agenda, que são o poder de liberação do processo pelo relator e o poder de pedir vista dos ministros. No decorrer desses tópicos serão expostas situações em que a conjugação das formas de atuação potencializa o poder individual dos ministros.

5.1 Decisões monocráticas em cautelares

Pela doutrina da separação dos poderes, explorada no segundo capítulo deste trabalho, a elaboração das leis é função preponderante do Poder Legislativo, cujos membros agem respaldados pelo voto popular, no autêntico exercício da democracia representativa. A produção normativa é disciplinada, formal e materialmente, pela Constituição e não há razão para crer, *a priori*, que os legisladores agiriam em desacordo com as normas constitucionais.

Se assim é, o resultado da atividade legislativa presume-se constitucional. Embora essa presunção seja passível de ser desconstituída caso identificada afronta à Constituição, ela decorre do respeito à separação dos poderes, ao regime democrático, bem como à segurança jurídica, pois a própria estabilidade das relações sociais está assentada na crença de que as leis editadas pelo Legislativo são válidas e devem ser cumpridas.

Por vezes, contudo, a lei, apesar de produto do Legislativo, não foi produzida dentro das exigências constitucionais, e como sua validade depende de sua coerência com a Constituição, ela é passível de ser invalidada. Como o afastamento do ato normativo produzido formalmente pelo Legislativo é uma atividade extremamente grave no equilíbrio entre os poderes, só pode ser realizado por quem a própria Constituição autorizou e na forma nela prevista.

Embora o Poder Judiciário tenha sido inserido na doutrina da separação de poderes de Montesquieu, formulada com o objetivo de promover uma contenção recíproca entre eles, sua verdadeira força, decorrente da possibilidade de exercer poder de veto quanto à atuação dos demais Poderes, só emerge com a Constituição Americana, especialmente com as ideias divulgadas pelos Federalistas e, mais a frente, sacramentadas por Marshall em 1803.

Trazido para o universo constitucional brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis está estruturado com feições próprias na Constituição Federal de 1988 e nas leis que vieram disciplinar as ações constitucionais: Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e Lei nº 9.882/90, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O reconhecimento da inconstitucionalidade das normas pelos tribunais, aí incluída a Corte Máxima, impõe a decisão da maioria de seus membros, conforme artigo 97, da Constituição Federal de 1988: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Esta regra é conhecida doutrinariamente como reserva de plenário ou *full bench*.

Segundo reconhece o Supremo Tribunal Federal, a regra do *full bench* “atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado”⁹.

Tendo em vista que, a exemplo do que ocorre nos processos subjetivos, situações singulares podem justificar a adoção de medidas urgentes, que não admitam que se aguarde o julgamento final do processo para serem implementadas, a própria Constituição previu a possibilidade de medida cautelar no controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo essa função igualmente ao Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, p, CF/88). Observe-se, contudo, que a Constituição em nenhum instante reduziu a importância da tarefa de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, autorizando que, nos tribunais, a medida, mesmo cautelar, fosse adotada por decisão monocrática.

Quando disciplinou a ADI, a ADI por omissão e a ADC, a Lei nº 9.868/99, reforçou a previsão constitucional, pois estabeleceu, em seus artigos 10, 12-F e 21, que a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Por certo ponderando a realidade do Judiciário e o fato de que situação específica em que se encontrassem presentes os requisitos da cautelar – fumaça do direito e perigo na demora – ocorresse no período em que o colegiado não pudesse se reunir, admitiu, excepcionalmente, na ação direta de inconstitucionalidade, que no período do recesso a exigência do plenário fosse flexibilizada, autorizando a concessão monocrática da medida pela Presidência da Corte.

Fácil perceber, portanto, seja pela clareza da norma constitucional (artigo 97), seja pela disciplina da Lei nº 9.868/99, que só excepcionalmente no período do recesso dispensou o *full bench*, que não há espaço normativo para a concessão monocrática de cautelar em controle concentrado de constitucionalidade.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 791.932**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4517937>. Acesso em: 16 jan. 2022.

É verdade que nova exceção foi trazida pela Lei nº 9.882/99, que autorizou, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno” (artigo 5º, §1º). A regra, contudo, veio prevista apenas para a ADPF, não tendo a Lei nº 9.868/99 trazido semelhante dispositivo.

O próprio Supremo Tribunal Federal pareceu não ter dúvida quanto à proibição de decisões monocráticas na ação direta de inconstitucionalidade, salvo no caso de recesso, tanto que, após o ex-Ministro Carlos Ayres Brito, na condição de relator da ADI 3273¹⁰, ter, em agosto de 2004, deferido monocraticamente medida cautelar, a Presidência da Corte, então nas mãos do ex-Ministro Nelson Jobim, acionada por meio de mandado de segurança que buscava suspender a decisão do Ministro Brito, afirmou não haver espaço para decisão monocrática no controle abstrato, salvo no período do recesso, conforme previsto na Lei nº 9.868/99:

A questão das medidas cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade está tratada, com exaustão, na L. 9.868, de 10.11.1999. A decisão sobre medida cautelar é da competência do Tribunal Pleno e sua concessão depende do voto da maioria absoluta de seus membros, ouvidos, previamente, os “órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei” (L. 9.868/99, art. 10). A lei abre uma única exceção à regra: “Salvo no período de recesso” (L. 9.868/99, art. 10). Em nenhum momento, salvo o recesso, a lei autoriza a decisão de cautelar pelo Relator. Mesmo nos casos de “excepcional urgência”, a lei mantém a competência da decisão com o Tribunal. Autoriza que tal decisão possa ser tomada “sem a audiência dos órgãos o das autoridades das quais emanou a lei ...” (L. 9.868/99, art. 10, § 3º)¹¹.

Mas não foi esse o caminho trilhado pela Corte daí em diante. Segundo Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro foram proferidas no Supremo Tribunal Federal 20.830 liminares monocráticas, entre 2010 e 2017, sem contar as do presidente da Corte, enquanto, no mesmo período, apenas 177 liminares foram proferidas pelo Plenário e pelas Turmas do Tribunal. Especificamente no controle concentrado, foram 883 liminares monocráticas entre 2012 e 2016, aí incluídas as proferidas pela presidência e pela vice-presidência e 90% de todas as liminares em controle abstrato foram individuais¹².

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273-9**. Relator originário: Min. Carlos Brito, Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 16 de março de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864>. Acesso em 10 jan. 2022.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.024**. Relator: Min. Eros Grau, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=162&dataPublicacaoDj=23/08/2004&incidental=3745898&codCapitulo=6&numMateria=117&codMateria=10>. Acesso em 10 jan. 2022.

¹² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 23-24.

Dois são os principais fundamentos para a concessão liminar monocrática no controle abstrato: o poder geral de cautela e a interpretação de que a reserva de plenário somente seria exigível para a declaração definitiva de inconstitucionalidade, não alcançando, assim, a concessão de medida cautelar.

O poder geral de cautela tem sido o principal fundamento comumente utilizado. Havendo situação em que a negativa da cautelar pudesse gerar grave dano a ponto de, num juízo particular de ponderação, admitir-se superar a ausência de previsão normativa, a concessão monocrática se revelaria necessária. Segundo Teori Zavaski, o poder geral de cautela é próprio da função jurisdicional e decorre da Constituição, daí porque seu exercício, quando necessário para assegurar a efetividade das decisões, sequer depende de norma infraconstitucional¹³.

Embora não se refute o entendimento mais elástico emprestado ao poder geral de cautela, o que se entende é que não basta a só existência dos requisitos da cautelar para autorizar a concessão *monocrática* da medida. As tutelas de urgência de forma geral, aí incluídas as cautelares e as antecipações de tutela, exigem, nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil, que tenham sido evidenciados a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Assim, presente situação de urgência, e por isso contentando-se com a mera probabilidade do direito, a ordem jurídico-processual dá-se por satisfeita com uma cognição sumária.

Acontece que a existência da probabilidade do direito e do perigo na demora já é imprescindível para a concessão do próprio pedido de medida cautelar no controle concentrado, cuja competência é do colegiado, ou seja, ausente a urgência, o Tribunal promoverá de forma exauriente o confronto entre a lei ou ato normativo e o paradigma constitucional; em casos excepcionais, quando presentes o perigo na demora e a fumaça do bom direito, permite-se que, pela maioria absoluta de seus membros, conceda medida cautelar.

Sendo assim, a só alegação de que estão presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* de forma alguma autoriza que a medida cautelar seja concedida *monocraticamente*. Para que possa haver a decisão individual, é preciso que se justifique a razão exata pela qual, além da presença desses requisitos, impõe-se, ainda, que a decisão seja subtraída de seu juízo natural e atribuída monocraticamente ao relator. Ou, qual o adensamento do perigo na demora, que leva a essa conclusão. Como lembra Marinoni, não

¹³ ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 60.

basta, para permitir que a decisão seja monocrática, trabalhar com a presença dos conceitos indeterminados que informam as cautelares. É preciso que o relator justifique a urgência que o impede de aguardar que a própria Corte decida a cautelar¹⁴.

O fundamento manejado pelo relator, portanto, não pode vir desguarnecido de robusta argumentação em que, de fato, conste tanto a existência de grave dano, quanto, e sobretudo, a impossibilidade de o caso, mesmo cautelarmente, ser submetido ao seu juízo natural, que é o plenário da Corte. A alegação do poder geral de cautela é apenas o fundamento remoto, que poderia, em tese, legitimar a superação do óbice normativo. Mas ele é vazio se não vier acompanhado dos fundamentos próximos, reveladores de que, no caso, não era possível, sob qualquer perspectiva, pudesse aguardar julgamento pelo colegiado¹⁵.

Em vários casos, contudo, cautelares monocráticas foram concedidas sem nenhum fundamento que autorizasse a superação do empeco normativo. Pesquisa realizada junto ao portal eletrônico do STF ao longo do mestrado pelo autor desta dissertação, seu orientador, José Duarte Neto, e a também mestranda Laura Rizzo, identificou alto número de decisões monocráticas proferidas por relator sem fundamentação idônea¹⁶.

Durante a pesquisa foram analisadas decisões individuais que haviam concedido cautelares em ADI no período de janeiro de 2010 a junho de 2020, e que até o final desse intervalo ainda não haviam sido submetidas ao plenário, vale dizer, ainda estavam em vigência. A partir desse critério foram encontradas 37 ADIs, que foram classificadas como “Sem Fundamentação” e “Fundamentadas”. Na categoria “Sem Fundamentação” foram classificadas aquelas decisões que não justificavam a razão pela qual a cautelar não foi submetida a seu juízo natural, o colegiado, mas decidida monocraticamente pelo relator. A fundamentação exigida, portanto, não era quanto à cautelar em si, mas quanto ao fato de ter sido proferida monocraticamente. Em linha com o objetivo da pesquisa, não foram

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico]. p. RB-24.14.

¹⁵ Menos condescendente, Miguel Gualano de Godoy oferece uma sequência de opções que o relator poderia lançar mão para provocar a decisão pelo Plenário, não encontrando, por isso, justificativa para, ainda que excepcionalmente, consentir-se com a liminar monocrática. Segundo o autor, sendo a questão urgentíssima, o relator poderia requerer que o caso fosse apreciado pelo Pleno, com preferência, na próxima sessão, com fundamento no artigo 21, IV, do RISTF. Não pautado pelo presidente, nem chamada a julgamento a ADI, o relator poderia leva-la diretamente em mesa e, por meio de questão de ordem à pauta e calendário, buscar seu julgamento na sessão, isso a partir dos artigos art. 21, III; art. 7º, IV; art. 13, VII, todos do RISTF. Sem solução, poderia o relator, apelando “à evidente iminência do dano irreparável”, solicitar ao presidente do STF que convocasse sessão extraordinária (art. 21, I, III, IV; art. 122, todos do RISTF). De resto, lembra a possibilidade de levar o pedido de medida cautelar ao Plenário Virtual, agora possível, a partir da inclusão do artigo 21-B no Regimento Interno do STF (GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1034-1069, 2021. p. 1043-1045).

¹⁶ DUARTE NETO, José; RIZZO, Laura; SILVA, Rudson Coutinho da. **Decisões liminares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade**. No prelo, 2020.

consideradas fundamentadas as decisões que faziam mera referência ao suposto normativo que permitiria a concessão monocrática, tampouco a simples referência a precedentes ou mesmo construção que descrevesse a possibilidade, em tese, da decisão, mas não apresentasse naquele específico caso porque o Plenário era evitado¹⁷. Exigiu-se, enfim, para ser considerada “Fundamentada”, a descrição de uma situação fática que revelasse uma urgência qualificada. Pois o resultado foi que, de um total de 39 decisões monocráticas analisadas¹⁸, “19 delas não continham fundamentação capaz de justificar a razão pela qual a decisão não fora submetida ao Plenário, conforme exigência do artigo 97 da Constituição Federal de 1988 e do artigo 10 da Lei 9868 de 1999”¹⁹. O quadro com as ADIs pesquisadas está no apêndice desta dissertação.

Outra fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para admitir a cautelar monocrática no controle abstrato é a de que o impedimento do artigo 97, da Constituição Federal de 1988, é endereçado apenas à declaração definitiva de inconstitucionalidade, não alcançando, assim, a concessão de medida cautelar. Foi assim que decidiu a Suprema Corte, por exemplo, no Agravo Regimental na Reclamação nº 10.864, em que a relatora, Ministra Carmem Lúcia, transcreveu trecho de decisão semelhante proferida monocraticamente pelo ex-Ministro Celso de Mello na Petição 1.458, com o seguinte teor: “a regra inscrita no art. 97 da Constituição Federal possui um domínio temático de incidência normativa específica, restringindo-se, unicamente, em sua aplicabilidade, às hipóteses de declaração final de inconstitucionalidade”²⁰.

¹⁷ A exigência da pesquisa tem amparo na doutrina: “O relator deve justificar que o tempo para a Corte julgar a ação ou decidir sobre a liminar é inconciliável com a urgência que legitima a sua atuação isolada. A ausência ou a inconsistência dessa justificativa deslegitima a liminar, tornando-a um ato violador da autoridade da Corte. Essa justificativa não pode consistir em argumentos destituídos de significado concreto, como a simples alegação de que há urgência ou perigo de lesão. Alegações desse tipo nada dizem e, portanto, são inconsistentes enquanto justificativa capaz de autorizar decisão monocrática ou mesmo liminar da própria Corte. Como é evidente, a urgência deve ser demonstrada com base nos motivos concretos que podem evidenciá-la. Esses motivos devem ser justificados com clareza e precisão na fundamentação da decisão concessiva da liminar” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico]. p. RB-24.14.

¹⁸ Em 37 ADIs foram identificadas 39 decisões.

¹⁹ DUARTE NETO, José; RIZZO, Laura; SILVA, Rudson Coutinho da. **Decisões liminares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade**. No prelo, 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3981292>. Acesso em: 14 jan. 2022. Fez-se questão de mencionar que a origem da fundamentação do voto da ministra Carmem Lúcia é uma decisão monocrática do ex-Ministro Celso de Mello, porque seu uso como precedente passa a ser de duvidoso acerto. Se monocrática, a decisão utilizada como fundamento no acórdão não foi submetida ao Plenário e não constitui, por isso mesmo, verdadeiro precedente da Corte. Esta preocupação foi bem demonstrada em ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, 2015.

Os efeitos da cautelar, contudo, não se distanciam dos efeitos da decisão definitiva proferida no julgamento final do processo objetivo, de modo que o argumento não supera a razão de ser da exigência do Plenário. A concessão da medida cautelar, além de suspender a eficácia do ato normativo questionado, ainda “torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”, nos termos do artigo 11, §2º, da Lei nº 9.868/99. Assim, mesmo que em sede cautelar, promover a suspensão da eficácia da norma derivada da atuação do Poder Legislativo, e ainda sancionada pelo Executivo, implica forte intromissão nos demais Poderes, de modo a exigir que seja resultado de uma posição institucional da Corte e não de um de seus membros isoladamente.

Enfim, como observado, a despeito da expressa previsão legal e constitucional, a Suprema Corte brasileira, sem fundamentação consistente, quase sempre alicerçada no poder geral de cautela, tem admitido a concessão monocrática de cautelares, mesmo fora do período do recesso²¹.

A opção da Corte, contudo, tem resistência inclusive internamente. O Ministro Gilmar Mendes, com a colaboração de André Rufino do Vale, afirma textualmente que “a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é da competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal. A decisão liminar nessas ações diretas está submetida à *reserva de plenário* [...]”²². É que, segundo os autores, a lógica que impõe a decisão colegiada no caso da ação direta deve ser a mesma no caso da cautelar, pois ambas atuam

²¹ Mas a concessão da cautelar monocraticamente, já indevida por si só, por vezes revela-se ainda mais grave por protrair-se no tempo sem que seja submetida ao referendo do Tribunal. Nessas situações, nem há confirmação da liminar pelo colegiado, nem o julgamento do mérito da ação é realizado pela Corte. A ADI 4917 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917**. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4379376>. Acesso em: 16 jan. 2022), que discute a distribuição dos royalties do petróleo, por exemplo, embora tenha tido cautelar monocrática deferida em 18 de março de 2013, até a data de redação desta pesquisa não tinha sido julgada pelo Plenário. Pior que isso, não havia tido sequer a liminar referendada. Observe-se que uma situação é haver a concessão da cautelar, seja monocrática, seja pelo colegiado, e o mérito ser julgado em outra oportunidade. Situação diferente é a concessão monocrática da cautelar e seu referendo pelo colegiado. Quando há pedido de medida cautelar, o Tribunal pode concedê-la, num juízo provisório e de cognição sumária, como é própria da cautelar, julgando posteriormente o mérito da ação, aí já por meio de um juízo de cognição exauriente. Nos casos excepcionais, entretanto, que a cautelar é deferida monocraticamente, ela mesma – e não o mérito – precisa ser levada a *referendum* do colegiado. De fato, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê que, nos casos em que cabível a cautelar, relator poderá concedê-la, *ad referendum* do colegiado (artigo 21, V). Procedimentalmente, portanto, o correto é que, nos excepcionais casos em que couber a concessão monocrática de cautelar, ela seja submetida, na sequência, ao referendo do colegiado e, trazidas ao feito todas as informações que importam ao julgamento do caso, seja liberada para que a Corte promova o julgamento de seu mérito. A exceção a este procedimento seria a aplicação do artigo 12, da Lei nº 9.868/99, quando, levada a cautelar ao Plenário, o colegiado julgar diretamente o mérito da ação. A mencionada ADI 4917 é exemplo típico, contudo, de que não só o mérito não foi julgado, a despeito do longo tempo decorrido desde a concessão da cautelar, mas nem mesmo a cautelar foi referendada por seu juízo natural, que é o Plenário do STF.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino do. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 5, 2011/2012. p. 5.

sobre a vigência da norma, eventualmente com efeitos repristinatórios²³. Assim, apesar de admitirem as liminares monocráticas em casos excepcionalíssimos, são bastante incisivos em reconhecer que seu juízo natural é o Plenário e que cautelares individuais em controle concentrado são, regra geral, ilegais, por afronta à Lei nº 9.868/99 (art. 10), e ainda inconstitucionais, por ofenderem o art. 97 da Constituição Federal de 1988²⁴.

De fato, embora se possa compreender que o poder geral de cautela pode autorizar, em situações absolutamente excepcionais, a superação dos obstáculos normativos às cautelares monocráticas no controle abstrato, a decisão precisa trazer uma carga de argumentação bastante robusta, pois implicará, em última análise, a desconsideração de dispositivo constitucional.

Entretanto, a pesquisa apontada acima²⁵ constatou a ausência, em boa parte das ADIs analisadas, de um discurso jurídico claro, capaz de justificar, no caso específico, o afastamento da exigência do *full bench* a autorizar a análise monocrática da cautelar. E essa deficiência argumentativa, sobretudo porque não auditada, permite uma atuação individual sem controle, redutora da autoridade da Suprema Corte. Como lembram Arguelhes e Ribeiro, “a atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juízes que não necessariamente refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo”²⁶.

E as decisões monocráticas no controle concentrado afetam diretamente a separação dos poderes, pois, numa inversão dos propósitos que estão na sua origem, concentra em uma só pessoa, além da possibilidade de exercer as funções da Corte sem amparo do colegiado, a grave faculdade de promover a interferência máxima nos outros Poderes (veto), de que o exemplo mais grave talvez seja a suspensão cautelar monocrática da emenda constitucional²⁷.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino do. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 5, 2011/2012. p. 6-9.

²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 14.

²⁵ DUARTE NETO, José; RIZZO, Laura; SILVA, Rudson Coutinho da. **Decisões liminares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade**. No prelo, 2020.

²⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 15-16.

²⁷ A ADI 5.017 é emblemática. Proposta com o fim de obter-se a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 73/2013, que criava Tribunais Regionais Federais no Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional, teve cautelar deferida monocraticamente pelo ex-Ministro Joaquim Barbosa em julho de 2013, então no exercício da Presidência, e até hoje não foi submetida a referendo. Assim, embora – e sem avaliar o mérito – a decisão pudesse ser deferida monocraticamente, porque amparada no artigo 10, da Lei nº 9.868/99, a ausência do referendo passados quase 9 anos, descaracteriza qualquer legalidade e mesmo constitucionalidade que à decisão monocrática se quisesse emprestar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Enfim, não há temática em que a decisão monocrática mais verdadeiramente usurpe a competência do Tribunal do que nas decisões cautelares em controle concentrado de constitucionalidade. O peso da decisão que afasta do mundo jurídico uma norma resultante da atuação de representantes eleitos impõe que seja também ela resultado de uma deliberação efetiva do Poder que tem competência para tanto e não de uma fração desse Poder, a permitir o que Arguelhes e Ribeiro denominaram de “*judicial review* individual”²⁸, e Marinoni de “controle de constitucionalidade unipessoal”²⁹, em que ministros, isoladamente, decidem a constitucionalidade de atos normativos sem qualquer controle do Plenário.

5.2 Poder de agenda. Liberação do processo para julgamento

Neste item pretende-se desenvolver as implicações que decorrem do poder do ministro do STF que, assumindo a relatoria de um determinado processo, tem para determinar sua agenda³⁰, controlando a data em que promoverá a liberação do caso para julgamento.

Segundo o artigo 21, X, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cabe ao relator “pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso”. O dispositivo, no entanto, não fixa prazo para que o relator libere o feito para julgamento.

No item 4.2 já foi realizada análise mais detida quanto aos prazos gerais do artigo 111, do RISTF, e a disciplina contida nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99. A conclusão, contudo, é de que continua não existindo formalmente prazo definido para que o relator promova a liberação do processo.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4437805>. Acesso em: 16 jan. 2022).

²⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 15.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico]. p. RB-24.9.

³⁰ Na verdade, quando o tema é poder de agenda, costuma-se remeter a uma abordagem mais ampla que envolve (i) o poder de pauta da Presidência da Corte e das Turmas; (ii) o poder de agenda do relator, uma vez que a liberação do caso para votação pelo colegiado é condição para o avanço processual; e (iii) a faculdade de cada ministro de pedir vista do processo, pois, com isso, pode interromper o julgamento e, consequentemente, a apreciação final pelo colegiado. Arguelhes e Ribeiro, após destacarem o fato de que “os poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos”, afirmam que o poder do relator de liberar o processo para julgamento é um poder individual *descentralizado*, enquanto o poder do presidente do tribunal para controlar a pauta é um poder individual *centralizado*. Essa classificação, como já abordado neste trabalho, pretendeu denominar *centralizada* a ação individual de um ministro que ocupa específica posição na Corte, como a Presidência do Tribunal ou de uma das Turmas. Alocação individual *descentralizada*, por sua vez, é aquela que pode ser exercida por qualquer ministro (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 19-20).

Embora a liberação do feito não implique automática inclusão em pauta – salvo nos casos do Plenário virtual³¹ – nem assegure que o processo será julgado pelo colegiado, a liberação é condição para o passo subsequente. Não garante a automática inclusão em pauta, porque, nesse itinerário processual, o julgamento ainda depende do poder de agenda da Presidência, que é a instância responsável pela elaboração da pauta de julgamento. Tampouco assegura que o processo será julgado pelo colegiado, uma vez que eventual pedido de vista poderá interromper o julgamento. Neste último caso, quando o ministro vistor devolver o processo, a retomada do julgamento dependerá novamente da pauta da Presidência do respectivo colegiado e ainda estará sob a contingência de haver novo pedido de vista.

Dito isso, avança-se para o registro de que a definição do *timing* do julgamento do processo pode ter consequências mais expressivas do que uma análise superficial poderia indicar. O resultado final de um julgamento pelo Supremo Tribunal Federal pode ser impactado diretamente pela intervenção de quem tenha instrumentos para controlar-lhe a agenda. Se a liberação do processo é condição para que seja julgado pelo colegiado, o relator passa a dispor de um poder individual para evitar que o Tribunal aprecie a matéria que lhe foi distribuída, afinal “o poder de definir a agenda envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos”³². E a ausência de instrumentos para forçá-lo a levar o caso a julgamento, dota o relator de um poder bastante concentrado quanto à própria agenda da Corte.

Em entrevistas realizadas com ministros do Supremo Tribunal Federal, Vírgilio Afonso da Silva anota o fato de um deles – a entrevista garantia o anonimato – ter reconhecido que “o relator tem um papel quase absoluto quanto à agenda, porque o processo só vai a julgamento a partir do momento em que ele resolve levar o processo a julgamento. [...] Esse é um poder grande de supressão da discussão”³³.

Outro ministro, ainda nas entrevistas de Virgílio, igualmente destaca o poder de agenda do relator e o uso estratégico que dele pode ser feito:

³¹ Em se tratando de Plenário virtual, a “ação é incluída em uma lista, recebe uma numeração e ingressa de modo automático no calendário de julgamentos. A pauta de julgamentos é determinada, assim, cronologicamente. Como o acervo de casos aguardando julgamento no plenário virtual é pequeno e não existe intermediário entre a liberação e o início do julgamento, o relator detém, na prática, tanto o poder de liberação quanto o poder de pauta” (BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 22).

³² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 18.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 181-200, 2015. p. 190.

“O relator administra a tese que ele tem sob julgamento com o tempo. Se ele for uma pessoa de visão tática, aí é uma questão não estritamente técnico-jurídica, mas que faz parte da formação do ser humano e também de quem chegou à Suprema Corte, de saber o seguinte: ‘olha esse não é o momento de eu levar tal tema’. [...] Eu, por exemplo, eu não me surpreendi que o ministro Marco Aurélio não tenha trazido a anencefalia antes da aposentadoria do ministro Eros Grau”³⁴.

Segundo Lunardi³⁵, o relator pode agir estrategicamente em duas situações, sobretudo quando sabe antecipadamente que seu entendimento não tem ressonância no colegiado. A primeira, quando, havendo pedido de liminar – e aqui já há conjugação das formas de atuação monocrática –, ele não decide nem submete o pedido ao pleno, mantendo pendente de decisão a medida liminar. A segunda, quando, havendo pedido de liminar, ele decide, deferindo ou indeferindo, porém não submete a questão ao Plenário. Em tais casos, o poder de pauta do relator pode ser mais nocivo, pois, diante da hipotética urgência, a não liberação do processo pode causar grave dano à parte. É verdade que o deferimento ou indeferimento da liminar desafia agravo para o colegiado, conforme artigo 317, do Regimento Interno do STF. A submissão do agravo ao Plenário ou Turma, contudo, é outra vez atribuição do prolator da decisão agravada, que novamente volta a ter controle sobre o *timing* de seu julgamento³⁶. Além disso, o STF já entendeu que, se a concessão de liminar monocrática deve ser submetida a referendo do colegiado, não há razão para a existência do agravo regimental, ou, conforme constou da ementa da decisão, “a simples circunstância de o ato do relator ficar sujeito a referendo afasta a adequação do agravo regimental, devendo a minuta ser tomada como memorial”³⁷.

Na primeira situação acima apontada – o relator não decide nem submete o pedido ao pleno, mantendo a liminar pendente de decisão – a retenção do processo pode ter o objetivo de evitar o Plenário, aguardando momento propício para liberar o caso para julgamento. E o vácuo decisional equivale ao declínio, pela Corte, de sua função de promover

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 181-200, 2015. p. 189-190.

³⁵ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 200-201.

³⁶ No mesmo sentido, Arguelhes e Ribeiro, para quem, “mesmo quando a parte prejudicada recorre da liminar, o relator da liminar atacada também controla quando esse recurso estará liberado para decisão do plenário – a quem caberia, em tese, controlar sua atuação individual” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 24).

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.626**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2342651>. Acesso em: 14 jan. 2022.

o controle de constitucionalidade das leis, permitindo-a deixar de vetar legislação em tese ofensiva à Constituição, esvaziando a função que lhe fora destinada institucionalmente³⁸.

Forma interessante de utilizar essa estratégia é apontada por Hartmann e Ferreira. Segundo os autores, o ministro relator pode “pular” a liminar, lançando mão do artigo 12 da Lei 9.868/99, denominado “rito sumário”³⁹. Reza o seguinte, mencionado artigo:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Como o rito sumário não tem a celeridade esperada, sua adoção acaba apenas excluindo a exigência de uma decisão imediata, tendo efeito semelhante ao indeferimento da cautelar, com a diferença de que, nesses casos, o relator sequer precisa justificar a negativa da liminar⁴⁰. Mesmo adotado o rito sumário, aliás, o julgamento pelo colegiado continuará a depender da liberação pelo relator.

Na segunda situação apontada por Lunardi, em que o relator, negando ou concedendo a cautelar, não libera o processo para julgamento, o ministro acaba por apropriar-se individualmente de uma decisão que deveria ser coletiva, pois impede o colegiado de sobre ela deliberar, exercendo efetivo poder de veto.

A atuação estratégica do relator em qualquer dos desdobramentos apontados quase sempre está relacionada ao momento que lhe parece mais oportuno submeter o processo ao colegiado. Momento oportuno pode ter mais de uma compreensão⁴¹. Por vezes pode estar relacionada a um propósito nobre, como permitir que outras instâncias debatam a mesma matéria (quicá o próprio Legislativo), outras vezes nem tanto, como consistir na espera por

³⁸ BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 194.

³⁹ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 268-283, 2015. p. 276-277.

⁴⁰ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 268-283, 2015. p. 276-277. p. 277.

⁴¹ Segundo Arguelhes e Ribeiro, “quaisquer que sejam os mecanismos utilizados pelo tribunal para definir o que decidirá, modular o *timing* de uma decisão pode afetar o seu próprio resultado de ao menos três maneiras não excludentes: 1. alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação de partes derrotadas; 2. Interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; 3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos” (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 18.

uma composição da Corte que mais agrade ao relator – que seja mais propícia a comungar de seu entendimento. Rememore-se, neste ponto, o que dissera um ministro do STF na entrevista citada acima: “eu não me surpreendi que o ministro Marco Aurélio não tenha trazido a anencefalia antes da aposentadoria do ministro Eros Grau”⁴². Pode ainda envolver um contexto político mais adequado, pois a Corte não está insuscetível à pressão externa. Finalmente, pode ter por intenção aguardar que eventual decisão favorável ao pedido – em desacordo, portanto, com seu posicionamento pessoal, no caso de negar a liminar – não tenha mais proveito, pois, por vezes, é possível evitar a manifestação colegiada até a questão perder o objeto⁴³.

Havendo concessão monocrática de cautelar em controle concentrado de constitucionalidade e não liberação do julgamento a situação conjuga duas formas nefastas de atuação individual em prejuízo do Plenário, pois permite que um ministro, individualmente, atue em nome da Corte e sua decisão nunca seja submetida ao julgamento do Pleno. E o uso desvirtuado das regras procedimentais com o objetivo de evitar uma decisão colegiada ofende a essência da Constituição, que, ao prever a competência do STF, fia-se num julgamento institucional e não na decisão monocrática de um dos membros da Corte⁴⁴. Pior, como essa

⁴² A descrição de Ana Laura Pereira Barbosa do ocorrido com a ADPF da anencefalia permite compreender o que sugeriu o ministro entrevistado: “A ADPF 54 foi ajuizada em junho de 2004, e contou com uma demora de oito anos entre a atuação e a liberação para julgamento de mérito. Em julho de 2004, em decisão monocrática, o ministro Marco Aurélio reconheceu liminarmente o direito das gestantes à antecipação terapêutica do parto, desde que existisse laudo médico atestando a anomalia, e determinou o sobrestamento dos processos e de decisões não transitadas em julgado na matéria. O ministro submeteu a decisão a referendo em outubro do mesmo ano. Na ocasião, a maioria do plenário decidiu por revogar a cautelar concedida, na parte em que permitia o aborto. Votaram por cassar a cautelar os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim. Após o resultado da cautelar, o ministro Marco Aurélio só liberou o mérito da ação para julgamento seis anos depois, em fevereiro de 2011. No julgamento de mérito, em abril de 2012, o tribunal decidiu nos termos do voto do relator. Por maioria, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual o aborto de fetos anencefálicos é conduta tipificada no Código Penal. No período de sete anos entre o julgamento da cautelar e do mérito, houve significativa mudança na composição do tribunal, com a aposentadoria de cinco ministros (Eros Grau, Nelson Jobim, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie). Quatro desses cinco ministros haviam votado contrariamente ao referendo da cautelar no ano de 2005” (BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 43-44). Segundo a autora, “O caso ilustra o modo como a definição do tempo de julgamento pode influenciar a formação da maioria decisória, na hipótese de alteração de composição. No caso, isso ocorreu por meio da liberação pelo relator. Mas situação similar pode ser atingida por meio de pedidos de vista” (*Ibid.* p. 44).

⁴³ FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário *In* FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: **Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota**; FGV Rio, 2017. p. 22.

⁴⁴ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 180-181.

atuação estratégica é sugestiva de que o relator não tem o apoio do colegiado, acaba revelando um contramajoritarismo interno que afeta a própria legitimidade do Tribunal⁴⁵.

Na Ação Ordinária nº 1.773⁴⁶, em que se discutia o auxílio moradia a magistrados, o ministro Luiz Fux concedeu monocraticamente a cautelar em setembro de 2014, determinando que o benefício fosse pago a todos os juízes federais do país. A liberação do processo para julgamento pelo Plenário, todavia, só foi acontecer em dezembro de 2017, mais de três anos, portanto, após a concessão da liminar.

A ADI 4.598⁴⁷, também da relatoria do ministro Luiz Fux, teve a cautelar concedida monocraticamente em 30 de junho de 2011 e só foi liberado para inclusão em pauta em setembro de 2020.

A ADI 5.017⁴⁸, proposta com o fim de obter-se a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 73/2013, que criava Tribunais Regionais Federais no Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional, teve cautelar deferida monocraticamente pelo ex-Ministro Joaquim Barbosa em julho de 2013, então no exercício da Presidência, e até hoje não foi liberada para julgamento pelo Plenário ou submetida a referendo. Embora a decisão pudesse ser deferida monocraticamente, porque amparada no artigo 10, da Lei nº 9.868/99, o destaque está no tempo decorrido desde então, quase 9 anos, sem que tenha sido liberada para julgamento pelo Plenário ou levada a referendo.

A ADI 5.838⁴⁹, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, teve a cautelar concedida monocraticamente em 06 de dezembro de 2017 e só foi liberado para inclusão em pauta em abril de 2019.

Como o controle do *timing* do processo é discricionário, a ausência de prazo determinado para liberação dificulta qualquer tentativa de cobrar do ministro relator que peça dia para julgamento. Naturalmente, isso resulta numa absoluta insegurança para as partes, que

⁴⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 16. LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 189.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Ordinária nº 1.773**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.598**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4074774>. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4437805>. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.838**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320500>. Acesso em: 16 jan. 2022.

não têm como exercer qualquer influência sobre a agenda da relatoria e, com isso, sobre o tempo em que irá a julgamento seu processo.

Aqui haveria, portanto, caso bastante expressivo de ausência de *accountability*. Nessas situações, as decisões dos ministros passam distante de qualquer forma de controle. Embora não se negue haver transparência nas decisões, não há transparência nas razões pelas quais o caso não é levado à Turma ou ao Plenário, daí a afirmação de que a inexistência de prazo vinculativo, seja por parte do RISTF, seja por parte da legislação, permite que o poder individual seja exercido de acordo com critérios pessoais, imprevisíveis e não revelados⁵⁰. Ou, segundo anotam Arguelhes e Ribeiro, considerando que os ministros relatores podem combinar “o poder de decidir liminares monocráticas e o poder de liberar ou não essas liminares para apreciação das turmas e do plenário, cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo”⁵¹. A possibilidade de decisão individual sem controle coletivo leva, ainda, à preocupação quanto ao risco de captura, conforme igualmente lembrado pelos mesmos autores⁵²:

Por fim, em qualquer cenário, esse poder individual descontrolado, combinado a mecanismos de *accountability* individual inoperantes na prática, amplifica alguns dos perigos associados a instituições independentes. Em especial, aumenta-se o risco de captura da ação de Ministros por grupos de interesse ao redor do Tribunal. Embora no Brasil o tema seja discutido de forma sistemática no caso de agências reguladoras e outras instituições independentes, o risco de captura não recebe atenção devida quando se trata de tribunais, em especial do STF. Não há, porém, nenhuma razão para imaginar que o Tribunal está imune. Ao contrário, a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os Ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer Ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade.

O que pretendia o RISTF, no artigo 21, VI, ao permitir que o relator concedesse liminar, mas, ao mesmo tempo, determinar que a decisão fosse referendada pelo Plenário, é que o colegiado mantivesse o controle sobre a decisão individual. Contudo, ao conjugar o poder de agenda com o poder de tomada de decisão (concessão da liminar), o ministro relator pode isolar o Plenário, mantendo-se senhor do processo.

Uma última observação quanto ao poder de agenda – e que também se aplica ao próximo tópico, portanto – se faz importante. Embora no Brasil não se admita que, a exemplo

⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre um caso de configuração autocrática do processo objetivo. **Revista dos Tribunais**, ano 97, v. 28, p. 11-28, 2008. p. 27.

⁵¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018. p. 15.

⁵² *Id.*, *ibid.*, p. 30.

do *writ of certiorari* do direito americano, a Suprema Corte deixe de julgar demandas que a ela são endereçadas⁵³, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente por seu componente político, não seria desarrazoado avaliar, *de lege ferenda*, a conveniência de uma interrupção temporária do julgamento, vale dizer, de temporariamente evitar-se o julgamento definitivo do caso. Trata-se do que a literatura denomina virtudes passivas, elemento relevante do constitucionalismo dialógico⁵⁴. O não-agir da Corte constituiria oportunidade para o amadurecimento da discussão e para permitir que outros atores pudessem se debruçar sobre o problema, fazendo com que uma solução viesse de órgãos muitas vezes mais legítimos para decidir sobre a matéria do que o Judiciário. De qualquer sorte, a opção por não agir seria estratégia da Corte, resultado, portanto, de uma decisão do colegiado, o que poderia lhe conferir alguma legitimidade. Nunca, todavia – e aí o grave problema aqui apontado – resultado da ação individual de um de seus membros.

5.3 Poder de agenda. Pedidos de vista e excesso de prazo

Neste item a discussão abordará os pedidos de vista em que os ministros mantêm os processos em gabinete por longo tempo, impedindo, com isso, que o caso seja efetivamente julgado. Ao interromper o julgamento no colegiado e impedir a retomada, o ministro acaba exercendo verdadeiro poder de veto quanto à decisão que resultaria da apreciação definitiva do caso.

O Código de Processo Civil disciplinou o pedido de vista no artigo 940 e seus parágrafos. De acordo com o CPC, o prazo da vista será de dez dias, prorrogáveis por outros dez, após o qual o feito será reincluído em pauta. Se não houver devolução dos autos, o presidente do colegiado requisitará o feito, incluindo-o na sessão subsequente. Se houver requisição do processo e o vistor ainda não se sentir habilitado a votar, um magistrado substituto será convocado para proferir voto.

No Supremo Tribunal Federal a previsão do pedido de vista, com disciplina bem mais flexível, está no artigo 134 do Regimento Interno, com a redação dada por uma emenda

⁵³ É verdade que a repercussão geral é um passo nesta direção, porém só acontece no controle difuso de constitucionalidade.

⁵⁴ Para uma análise mais detida do tema, especialmente dos entendimentos de Alexander Bickel e Cass Sunstein (minimalismo judicial), ver CHAGAS, Carolina Alves das. **O Supremo, uma ilha – o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, e BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

regimental de julho de 2020. Segundo o citado artigo 134, o prazo para devolução dos autos será de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. O §4º desse mesmo artigo permite a prorrogação do prazo por uma única vez, mas o condiciona a “manifestação expressa do ministro vistor ao presidente do respectivo colegiado”. Observe-se que, diferentemente do que disciplinou o CPC, não há no Regimento Interno previsão de que o presidente requisite o processo, tampouco de que haja substituição do ministro vistor.

O Regimento Interno, porém, não tem constituído obstáculo à manutenção da vista por tempo indeterminado. Em inúmeros casos nem os prazos são respeitados, nem há a “manifestação expressa do ministro vistor ao presidente do respectivo colegiado”, conforme prevê o §4º, do artigo 134, do RISTF.

Na verdade, antes da citada emenda regimental de julho de 2020, a Resolução nº 278/2003, do STF⁵⁵ havia pretendido aperfeiçoar os prazos nos pedidos de vista. Referida Resolução determinava em seu artigo 1º, e seus dois parágrafos:

Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos deverá devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir à devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais o Presidente do Tribunal ou da Turma consultará, na sessão seguinte, o Ministro, que poderá, justificadamente, renovar o pedido de vista.

§ 2º Esgotado o prazo da prorrogação, o Presidente do Tribunal ou da Turma requisitará os autos e reabrirá o julgamento do feito na segunda sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.

A redação da Resolução nº 278/2003 levou à expectativa de que problemas relacionados a pedidos de vista em que se retardava a devolução do feito estivessem por desaparecer. Foi assim que Dimoulis e Lunardi, em texto publicado em 2008, afirmaram “que essa prática [falta de limitação temporal para o pedido de vista] foi definitivamente erradicada em 2003 após regulamentação interna do STF que limitou drasticamente a duração do pedido de vista”⁵⁶.

Mas a Resolução nº 278/2003, nem mesmo com a previsão, em seu artigo 5º, de que “As Coordenadorias de Sessões deverão manter rigoroso controle dos processos e dos

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 278 de 15 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO-C-278.PDF>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre um caso de configuração autocriativa do processo objetivo. **Revista dos Tribunais**, ano 97, v. 28, p. 11-28, 2008. p. 18.

prazos ora estabelecidos, devendo entregar ao respectivo Presidente, a cada sessão, relatório circunstanciado a respeito”, viria solucionar o problema⁵⁷.

Na sessão plenária de 28 de abril de 2004, o então presidente do STF e responsável pela edição da Resolução nº 278/2003, Maurício Correa⁵⁸, apresentou relação dos processos cujos prazos de vista haviam se esgotado, solicitando manifestação dos ministros quanto à eventual renovação dos pedidos de vista, justificando-a nos termos da referida Resolução. Pois a resposta do então ministro Marco Aurélio dava a nota do insucesso que a medida viria a ter: “Todos nós nos pronunciaremos pela prorrogação. A justificativa é notória: a sobrecarga suportada pelos integrantes da Corte”. Na mesma sessão, renovaram os pedidos de vista os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa⁵⁹.

De acordo com matéria publicada no portal eletrônico CONJUR a partir de informações da Assessoria de Imprensa do STF⁶⁰, em março de 2015 havia pelo menos 200 processos com vista no Supremo Tribunal Federal, alguns deles aguardando a devolução há vários anos, como o MS 28.286 (mais de 4 anos)⁶¹, a AP 478 (mais de 5 anos)⁶², ADI 2154 (mais de 7 anos)⁶³, ADI 3538 (mais de 7 anos)⁶⁴ e a ADI 1764 (mais de 17 anos)⁶⁵.

⁵⁷ A Resolução nº 278/2003 foi alterada pelas Resoluções STF 313/2005 (Art. 1º O artigo 4º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 4º Será colocada à disposição dos Ministros versão eletrônica da petição inicial e do parecer da Procuradoria-Geral da República dos processos de habeas-corpus.”) e 322/2006 (Art. 1º A Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º, § 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo. § 2º REVOGADO. Art. 2º Não se dará a prorrogação automática prevista no § 1º do artigo anterior quando se tratar de processo de réu preso, caso em que findo o prazo do caput do art. 1º será feita a comunicação ao Ministro.”).

⁵⁸ Em entrevista à Revista Piauí, o ex-Ministro Maurício Correa afirmou que o pedido de vistas “é o drama pior, mais terrível, mais lamentável, do Supremo. Tem ministro lá que está com processo desde que tomou posse”. (CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?* **Piauí**. Ed. 48, 2010. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-supremo-quosque-tandem/>. Acesso em: 14 dez 2021).

⁵⁹ MINISTROS não conseguem cumprir prazo pra devolver processos. **Consultor Jurídico**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2004-abr-28/ministros_nao_cumprir_prazo_devolver_acoes. Acesso em 08 jan. 2022.

⁶⁰ MAIS de 200 processos do STF estão suspensos por pedidos de vista. **Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mar-11/200-processos-stf-suspensos-pedidos-vista>. Acesso em 08 jan. 2021. A matéria, elaborada com informações da Assessoria de Imprensa do STF, trouxe uma lista dos processos que, àquela data, aguardavam vista, tendo esta sido a fonte das informações, que, após conferidas junto ao portal eletrônico do Supremo, foram aqui reproduzidas. A própria lista, contudo, dava a informação de que o total de processos com vista era de 217, já tendo, contudo, 30 deles sido liberados para julgamento.

⁶¹ Vista ao Ministro Gilmar Mendes em 15.12.10.

⁶² Vista à Ministra Carmem Lúcia em 25.06.09.

⁶³ Vista à Ministra Carmem Lúcia em 16.08.07. O ocorrido nesta ADI é sintomático da impotência de quem espera que os limites normativos da atuação monocrática sejam obedecidos. Como a Ministra Carmem Lúcia não restituía os autos há mais de 4 anos, em março de 2011 a autora da ADI, Confederação Nacional das Profissões Liberais, peticionou nos autos requerendo que a Ministra *precisasse* – o verbo é da autora da ação – “se possível for, o momento em que o processo retornará à mesa para julgamento, a fim de que os inúmeros interessados possam receber da autora uma informação, pelo menos, aproximativa do desfecho, até porque

Em texto publicado no jornal Folha de São Paulo, em 15 de abril de 2015, Diego Werneck Arguelhes e Ivar Hartmann anotavam que dados do projeto *Supremo em Números*, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, indicavam que o tempo de devolução dos pedidos de vista não estava relacionado ao volume de processos do gabinete do ministro vistor. Exemplificando o excesso de prazo, lembravam que a ação que contestava aspectos da privatização das telecomunicações, que tivera início em 1996, ainda não havia sido julgada. Juntos, três pedidos de vista somavam, na referida ação, mais de 14 anos. Afirmavam não haver carga de trabalho que pudesse justificar o prazo de mais de 19 anos que o Agravo de Instrumento nº 132.755 permanecera com vista para o ex-Ministro Sepúlveda Pertence. Enfim, a vista constituiria mecanismo individual de controle de agenda dentro da Corte Suprema e podia ser utilizado como poder de veto, ao impedir o julgamento do caso⁶⁶.

Pesquisa realizada pelo citado projeto *Supremo em Números* de fato apontava para excesso de prazo nos pedidos de vista. Dentre os processos analisados nesse projeto, constatou-se uma média de 346 dias entre os pedidos que, à época da pesquisa, já haviam sido devolvidos pelo ministro vistor. Dentre os não devolvidos, a média identificada foi de 1.095 dias⁶⁷.

Que o prazo regimental do pedido de vista não é cumprido é um dado, portanto, que não se contesta. Há desconsideração pelo Regimento e “na ausência de qualquer controle institucional interno sobre os pedidos de vista, o uso desse mecanismo fica sujeito à discricionariedade de cada Ministro”⁶⁸.

Observe-se que o pedido de vista não é um problema em si mesmo. A razão que o move, em tese, é o fato de o ministro vistor não se sentir em condições de oferecer seu voto na sessão em que o processo está pautado, optando por ter o processo consigo por certo tempo, a fim de melhor conhecê-lo, refletir mais detidamente e apresentar um voto de maior qualidade. Assim, por vezes o pedido de vista tem a função de permitir o adensamento da deliberação,

poderão ser formulados novos pedidos de vistas e registradas as vicissitudes naturais de todo processo, até a proclamação do resultado”. Em maio de 2011, a Confederação Nacional das Profissões Liberais formulou nova petição nos autos pedindo a “colocação em pauta” da ação direta. Os requerimentos, todavia, não foram atendidos.

⁶⁴ Vista à Ministra Carmem Lúcia em 18.06.07.

⁶⁵ Vista ao Ministro Nelson Jobim em 07.05.1998. Posteriormente, a Ministra Carmem Lúcia, sucessora do Ministro Nelson Jobim, recebeu os autos em 20.08.10, só o devolvendo para julgamento em 14.04.15.

⁶⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Pedido de vista é poder de veto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 abr. 2015. Caderno Opinião, p. 3.

⁶⁷ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto Martins; CHAVES, Vitor Pinto, **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 92.

⁶⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, 2015. p. 137.

qualificando a performance deliberativa da Corte. Mesmo nesses casos, contudo, o pedido de vista sofre alguma crítica, quando manejado sem critérios muito definidos. Conrado Hübner Mendes, por exemplo, refuta a possibilidade de que o pedido de vista constitua uma prerrogativa incondicional do ministro, que possa ser formulada sem nenhuma justificativa. Apesar de reconhecer que o pedido possa justificar-se em casos excepcionais, o autor acredita que seria necessário, antes, ter havido um esforço de deliberação por parte do colegiado. Segundo Conrado, embora do ponto de vista da ética da deliberação não seja reprovável entrar em um debate sem estar certo de possuir a melhor resposta, revelando, na verdade, honestidade intelectual fazê-lo sem possuir ao menos uma inclinação para a solução mais apropriada, não se compactua com a ética deliberativa interromper o debate antes mesmo que ele comece, como é o caso do voto-vista solicitado logo após o voto do relator, ao argumento de que pretende, sozinho, refletir melhor sobre o que está em julgamento. Assim, a despeito de não afastar a possibilidade de o pedido realmente fazer-se necessário – estimular novos ciclos de debates, por exemplo –, a medida deveria ser o último recurso, a exceção, e nunca a primeira de que o magistrado deveria lançar mão⁶⁹.

Pensa da mesma forma Marinoni, para quem é insuficiente solucionar o problema na demora da restituição dos autos, pois o próprio pedido de vista deve constituir exceção e precisa ser justificado. Para o autor, o ministro que pretender interromper o julgamento por meio de um pedido de vista deve justificá-lo aos demais membros do tribunal, às partes e, sobretudo, à sociedade. Todo ato de poder individual que possa interferir na formação da vontade da Corte deve ser justificado⁷⁰.

De fato, a só interrupção do julgamento afasta a qualidade da deliberação que seria possível atingir-se se o debate transcorresse normalmente, permitindo que as dúvidas do ministro fossem sanadas diante do colegiado e a partir de uma interação em que todos estivessem dispostos a ser convencidos, sempre mirando a busca de um consenso. Por isso, aliás, que Virgílio Afonso da Silva lembra o quanto o pedido de vista revela de desconsideração pelo caráter deliberativo da Corte, pois, ao fazê-lo, o ministro vistor, ao pretender pensar sozinho, assume que os demais membros da Corte são incapazes de contribuir para sua reflexão⁷¹.

⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico]. p. RB-14.11.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 572.

O prejuízo também foi observado por André Rufino do Vale, ao afirmar que o pedido de vista indica uma prática anti-colegiada, pois assentado na premissa de que a reflexão será realizada individualmente, quando deveria estar configurado para viabilizar a suspensão do julgamento como uma oportunidade para reflexão conjunta do colegiado, daí porque o “pedido de vista, portanto, pode ser ao mesmo tempo uma causa e uma consequência da prática de deliberação individualista, autônoma e independente dos Ministros do STF [...]”⁷².

Bruno Marzullo Zaroni acrescenta que, ao devolver o pedido de vista, o ministro promove a leitura do seu voto, que já é trazido adrede preparado, de sorte que a reflexão realizada isoladamente tem apenas o propósito de firmar seu entendimento e não o de provocar o debate com o colegiado, convidando-o a uma discussão. Esse procedimento, lembra Bruno, reafirma a lógica individualista do julgamento *seriatim*, tema que foi tratado no item 4.1⁷³.

A preocupação maior, contudo, está em que nem sempre o pedido de vista é utilizado com os fins acima apontados, mas como instrumento de uma atuação estratégica do ministro. Dentre fins outros, os motivos perseguidos caminham do aceitável ao reprovável.

Em entrevistas com ministros do Supremo Tribunal Federal, André Rufino do Vale constatou que a finalidade mais importante dos pedidos de vista é viabilizar uma melhor reflexão sobre o que está sendo julgado. Outras vezes, entretanto, o pedido pode ser formulado como estratégia legítima de permitir ao colegiado a suspensão temporária de deliberação cujo rumo seguido não corresponda ao desejado pelos ministros, o que pode derivar de dificuldades de compreender-se de forma adequada as questões em julgamento, ou do “desenvolvimento inesperado de discussões mais acaloradas e de baixa qualidade deliberativa”⁷⁴. Segundo o autor,

como chegou a afirmar um dos Ministros entrevistados, nunca foi incomum, na prática deliberativa do STF, os pedidos de vista realizados em hipóteses em que o Tribunal como um todo sente que não é o momento oportuno, do ponto de vista político, econômico, social, histórico etc., para proferir qualquer decisão sobre o tema. O pedido – que nesses casos pode ser objeto de uma combinação prévia entre os magistrados no momento da votação, normalmente sob sugestão do Presidente – constitui, assim, um instrumento utilizado para que o Tribunal consiga evitar possíveis erros antecipadamente identificados no curso da deliberação. Em outras hipóteses, o pedido, também objeto de algum acerto entre magistrados e o

⁷² **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais.** 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 280.

⁷³ ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e julgamento colegiado. Uma análise do processo decisório do STF.** 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 309-310.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 279.

Presidente, tem a finalidade de “reduzir a temperatura” da discussão, como afirmou um dos Ministros entrevistados⁷⁵.

O mesmo autor, contudo, reconhece que o formato atual do pedido de vista oferece condições apropriadas para que se promova uma obstrução individual dos julgamentos, pois ao ser encarado como uma prerrogativa incondicional do magistrado, pode ser utilizado para individualmente vetar-se a deliberação da Corte⁷⁶.

Essa última perspectiva é a menos nobre e a mais preocupante. A flexibilidade com que o STF trata os limites normativos do Regimento Interno quanto ao pedido de vista permite que seu uso possa ser desvirtuado, dele lançando-se mão com propósito de impedir o avanço do julgamento e retardar o posicionamento colegiado do Tribunal. O pedido de vista, “na prática, diversas vezes tem se mostrado uma forma de poder estratégico, de empoderamento de um ministro do Supremo, em detrimento do seu colegiado, do Congresso e de toda a sociedade”⁷⁷.

E se o poder de vista é conferido a cada um dos ministros da Corte, é possível concluir que é preciso a concordância de todos para que o processo seja definitivamente julgado ou, visto de outro ângulo, cada ministro pode funcionar como *veto player*.

A força do pedido de vista é tão grande que um ministro pode utilizá-lo mesmo diante de uma maioria já formada. Nesses casos, pode manter o processo consigo pelo tempo que pretender, alcançando objetivos que a proclamação do resultado não permitiria.

Caso sempre lembrado pela literatura se deu com a ADI nº 4650⁷⁸, que tinha o objetivo de impedir a doação de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Embora já houvesse maioria formada pela parcial procedência do pedido, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo em 2 de abril de 2014, só vindo a devolvê-lo em 10 de setembro de 2015, mais de ano e cinco meses depois.

⁷⁵ VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015. p. 279.

⁷⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 279. É a mesma a constatação de Ana Laura Pereira Barbosa: “Ao conferir poderes de obstrução de julgamento aos onze ministros que compõem o tribunal, o desenho institucional do STF favorece o não julgamento. Enquanto o poder de não julgar é concentrado em 11 ministros, cada qual com a oportunidade de decidir sozinho por vetar um julgamento, a decisão por julgar é pulverizada, porque exige a concordância de todos os ministros. A definição da agenda de julgamentos não passa por um engajamento colegiado, não é motivada, e é fragmentada em etapas distintas do tempo, de modo que o poder de veto pode ser tanto utilizado para obstruir o início de um julgamento quanto para, após iniciado, impedir sua finalização” (BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 193).

⁷⁷ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 205.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650**. Relatora: Ministra Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>. Acesso em: 16 jan. 2022.

O pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, contudo, não tinha o objetivo de refletir sobre o conteúdo da controvérsia, pois nunca escondeu sua posição frontalmente contrária ao que pretendia a ADI nº 4650⁷⁹. Em 17 de março de 2015, indagado acerca da matéria, respondeu à imprensa: "Isso é uma matéria do Congresso por excelência. Alguém já imaginou o Supremo definindo qual vai ser o sistema eleitoral? Se vai ser proporcional, se vai ser sistema misto, ou majoritário?"⁸⁰. Em 24 de abril do mesmo ano, o ministro voltou a sinalizar que não devolveria o processo antes do Congresso discutir a reforma política. Em pronunciamento à imprensa, disse o seguinte à ocasião:

“A ação voltará ao plenário, estamos examinando todos os aspectos. É uma matéria bastante complexa, talvez estejamos dando uma resposta muito simples. Nós temos que saber antes o que o Congresso está discutindo, qual é o modelo eleitoral, para saber qual é o modelo de financiamento adequado”⁸¹.

Com a retomada do julgamento em 2 de abril de 2014, o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto divergente, pela improcedência do pedido. Mas o atraso provocado pelo pedido de vista do ministro, “quando já havia formação da maioria em sentido contrário ao seu voto, implicou que esse julgamento não pudesse ser finalizado e a decisão não fosse aplicada às eleições federais e estaduais de 2014”⁸².

Desse modo, a falta de controle da Corte sobre tais pedidos de vista, por vezes utilizados de forma estratégica e com propósitos nem sempre nobres, põe o colegiado refém do individualismo, afetando a natureza institucional do STF.

⁷⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Pedido de vista é poder de veto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 abr. 2015. Caderno Opinião, p. 3.

⁸⁰ RAMALHO, Renan. Gilmar Mendes diz esperar “êxito” em mudança no financiamento eleitoral. **G1**. 17 mar. 2015. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/gilmar-mendes-diz-esperar-exito-em-mudanca-no-financiamento-eleitoral.html>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁸¹ GILMAR Mendes diz que só vota financiamento privado após reforma política. **Estado de Minas**. 24 abr. 2015. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/04/24/interna_politica,640766/gilmar-mendes-diz-que-so-vota-financiamento-privado-apos-reforma-polit.shtml. Acesso em: 15 dez 2021.

⁸² LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 209. O ocorrido nesta ADI traz à lembrança a afirmação de Juliano Zaiden Benvindo, para quem “é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional” (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, ano 51, n. 201, p. 71-95, 2014. p. 73).

6 ANÁLISE NORMATIVA DA ATUAÇÃO MONOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO

6.1 Planos da norma jurídica

A exemplo do que ocorre com o ato jurídico, qualquer análise dos planos da norma jurídica enfrenta uma primeira dificuldade que consiste na ausência de uniformidade nas classificações e na terminologia apontadas pela literatura.

De qualquer sorte, é necessário traçar um panorama mínimo das compreensões doutrinárias e selecionar aquela que se entende mais adequada. Adiante-se que essa abordagem não tem a pretensão de ser exaustiva, mas apenas de permitir o avanço da pesquisa, por constituir premissa para a análise normativa que se pretende fazer.

Dos planos da norma jurídica importam mais diretamente a este trabalho o da validade e o da eficácia¹. A validade da norma, para Hans Kelsen, deriva do fato de ter sido estabelecida por quem tenha autoridade para fazê-lo, vale dizer, a norma será válida se produzida por quem estava autorizado institucionalmente para tanto. O fundamento da validade da norma jurídica, por sua vez, estará na existência de outra norma que a autorize, numa sequência que levará à norma fundamental, que, por sua vez, será pressuposta, pois, anota Kelsen, “não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)”².

Kelsen acredita que a validade, porém, impõe um mínimo de eficácia da norma. Para o jurista, a norma jurídica só é objetivamente válida, quando o comportamento por ela regulado atender sua prescrição, ainda que numa certa medida. Uma norma que nunca é aplicada e respeitada, ou seja, que não é eficaz sequer em certa medida, não será considerada válida³.

Bobbio, de sua parte, concorda com a construção escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen, capaz de dar unidade ao ordenamento jurídico. Não estando as normas

¹ Detida análise quanto à categoria da existência do ato legislativo pode ser encontrada em TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 244-252.

² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 217. O destaque é do original. Tércio Sampaio Ferraz Júnior dirá que a concepção de Kelsen é sintática: “a norma é um signo, meio para outro signo, e a relação signo/signo, norma/norma, é uma relação de validade. Identificar a validade de uma norma significa, pois, verificar sua relação de subordinação em face de outra norma” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 145).

³ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 12.

num mesmo plano, haverá normas superiores e normas inferiores. Subindo-se das normas inferiores para as normas superiores, será possível chegar a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra, que é a norma fundamental⁴. Para Bobbio, a norma fundamental “não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc”⁵. Sendo assim, validade, consiste no fato de a norma pertencer a um dado ordenamento jurídico⁶.

Já a eficácia da norma jurídica está relacionada à efetivação no mundo dos fatos da hipótese nela prevista. Para Kelsen, a eficácia está relacionada à observância do comando normativo, seja pelos destinatários da norma (observância), seja pelas autoridades que devem aplicá-la (aplicação)⁷. Embora guarde conexão com a validade, a eficácia com ela não se confunde. A conexão deriva do fato de que um mínimo de eficácia é condição de validade da norma jurídica, de sorte que não é possível considerar válida a norma que carece de total ineficácia.

Não é diferente o pensamento de Norberto Bobbio, que igualmente relaciona a eficácia da norma ao seu efetivo cumprimento por parte daqueles a quem foi endereçada. Segundo o jurista, “o problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”⁸. Para Bobbio, a investigação da eficácia ou ineficácia da norma não é de natureza jurídica, mas histórico-sociológico, pois tem por foco o comportamento dos indivíduos de um certo grupo social⁹. Ao lembrar que a norma pode ser válida e ineficaz, cita, como exemplo, as leis que

⁴ **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 49.

⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁶ *Ibid.*, p. 60. Em outra obra, *Teoria da Norma Jurídica*, Bobbio dirá que “para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com frequência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) averiguar se não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras)” (*Teoria da norma jurídica*. Bauru, Edipro, 2001. p. 47.).

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 12.

⁸ **Teoria da norma jurídica**. Bauru, Edipro, 2001. p. 130.

⁹ *Ibid.*, p. 48.

proibiam bebida alcoólica nos Estados Unidos da América durante o entreguerra, quando, a despeito da proibição, o consumo “não era inferior ao consumo do período imediatamente sucessivo, quando a proibição foi abolida. Certamente se tratava de leis ‘válidas’, no sentido que emanadas dos órgãos que tinham competência para tanto, mas não eram eficazes”¹⁰.

Eficácia da norma, portanto, na compreensão de Kelsen e Bobbio, equivale à efetividade da norma, já que corresponde à realização concreta da previsão normativa. E se assim é, o entendimento desses autores já poderia responder a parte das indagações que move esta pesquisa – porque não atendidos certos comandos normativos que deveriam limitar as hipóteses de disfuncionalidades aqui apresentadas, tais comandos seriam destituídos de eficácia/efetividade. Outros autores, contudo, irão distinguir eficácia, atribuindo-lhe mais de um sentido, e entenderão que o atendimento ao comando normativo, denominado de efetividade, corresponde à eficácia social da norma e não à sua eficácia jurídica, que é a mera existência de condições reais de que a norma venha a ser aplicada.

Assim, José Afonso da Silva, ao distinguir eficácia jurídica de eficácia social, dirá que a primeira é a possibilidade de que o objetivo do legislador seja alcançado, enquanto a segunda (eficácia social) diz com o alcance do controle social pretendido pela norma, sendo esta última o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Segundo o autor, a eficácia social consiste numa conduta que corresponda à previsão normativa, indicativo de que a norma é obedecida e aplicada, daí concluir que “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social”¹¹.

Na mesma linha, Luís Roberto Barroso dirá que a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”¹². Segundo o autor, naturalmente a efetividade das normas está na dependência de sua eficácia jurídica, que seria, segundo Tércio, a “capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, Edipro, 2001. p. 49. Arnaldo Vasconcelos comungará do mesmo entendimento. Segundo o jurista, diz-se que tem eficácia a norma que é de fato observada pela comunidade. A eficácia é medida pelo quanto a norma é seguida e realizada (**Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 228-229).

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65-66.

¹² **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 82-83.

atuação”¹³. Segundo Barroso, se não houver como se realizar o efeito jurídico que a norma pretendia impor, tampouco haverá de falar-se em efetividade¹⁴.

Como se percebe, portanto, efetividade, enquanto constatação empírica de que há correspondência entre o mundo fenomênico e a hipótese normativa, corresponde à própria eficácia da norma para Kelsen e Bobbio, ou a uma categoria específica da eficácia, denominada eficácia social da norma, para José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso.

Convém, ainda, abordar um senão que poderia surgir a partir da compreensão de que os problemas diagnosticados neste trabalho são de ineficácia social da norma, pois o campo de investigação tenderia a migrar do jurídico para o sociológico¹⁵. Para tanto, é preciso resgatar o fato de que a preocupação da pesquisa tem por foco a efetividade dos limites normativos relativos a um tipo específico de norma.

A Teoria Geral do Direito distingue a norma jurídica em normas de conduta e normas de estrutura. A primeira, também chamada norma de comportamento ou norma primária, destina-se, como o nome diz, a disciplinar a conduta humana, enquanto a segunda, também conhecida como norma de organização, norma de competência ou norma secundária, já não tem por foco a conduta humana, mas a estrutura do Estado, a produção e a aplicação das normas¹⁶.

Para Norberto Bobbio, “em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas”¹⁷.

Embora fazendo uso de nomenclatura diversa da utilizada por Bobbio, Miguel Reale segue semelhante classificação. Segundo o jurista¹⁸, as regras jurídicas que têm por

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 117.

¹⁴ **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 83. Paulo de Barros Carvalho confere semelhante entendimento à efetividade, equiparando-a à eficácia social. Após distinguir eficácia técnica, jurídica e social, o autor esclarece que esta última está relacionada aos padrões de acatamento de uma sociedade em relação aos mandamentos de uma determinada ordem jurídica. Se a norma é seguida pelos destinatários, satisfazendo às expectativas do legislador, a norma será eficaz; se, ao contrário, o comportamento determinado pela norma é reiteradamente descumprido, há ineficácia social. (**Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 88).

¹⁵ Norberto Bobbio, mesmo sem distinguir espécies de eficácia, diz que sua investigação não é de natureza jurídica, mas histórico-sociológica (**Teoria da norma jurídica**. Bauru, Edipro, 2001. p. 48). Paulo de Barros Carvalho (**Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021. p. 88), também entende que a análise da efetividade é de natureza sociológica e não jurídica, mas porque efetividade, para esse autor, equivale à eficácia social da norma.

¹⁶ Daí a afirmação de Norberto Bobbio de que “o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa”, afinal as próprias normas de estrutura fazem parte do sistema jurídico (**Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 45).

¹⁷ *Ibid.*, p. 46.

¹⁸ **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 96-97.

objetivo primeiro disciplinar os comportamentos individuais ou atividades de grupos e entidades sociais são denominadas normas de conduta. De outro lado, denomina normas de organização¹⁹ aquelas que teriam um caráter instrumental, porque direcionadas à estrutura e funcionamento de órgãos ou a reger a aplicação do direito.

Herbert Hart também promove uma distinção entre o que denomina regras primárias e secundárias. Segundo o autor, sociedades mais complexas não se contentam com a existência de regras primárias, que “dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer”, impondo a existência de regras secundárias, que, por sua vez “especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem o facto de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável”²⁰.

De acordo com Hart, as regras secundárias seriam de três tipos. Regras de reconhecimento “se destinam a identificar as normas primárias, possibilitando a verificação de sua validade e, por conseguinte, se elas podem ou não ser consideradas pertencentes a dado sistema ou ordenamento, como, por exemplo, ao ordenamento jurídico brasileiro”²¹. As regras de modificação estão relacionadas ao processo de alteração das regras primárias, devendo, “além de especificar quais as pessoas que devem legislar, definir em termos mais ou menos rígidos o processo a seguir-se na legislação”²². Finalmente, as regras de julgamento, que buscam solucionar a ineficácia daquilo que Hart chama de “pressão social difusa”, ou seja, da ausência de uma instância própria para identificar as violações às normas primárias e aplicar as respectivas sanções²³. As regras de julgamento, portanto, atribuem poderes a certas pessoas para “proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária [...]. Além de identificar os indivíduos que

¹⁹ A estas, Arnaldo Vasconcelos prefere nomear normas de sobredireito, as quais seriam destinadas “à estruturação e ao funcionamento de órgãos e à movimentação das técnicas processuais de identificação e aplicação de normas de conduta, de que resultaria seu caráter orgânica e instrumental” (VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 164). Tratando-as por normas de organização, Luís Roberto Barroso irá dizer que essa espécie de norma não têm por finalidade disciplinar o comportamento intersubjetivo, pois “têm um caráter instrumental e precedem, logicamente, a incidência das demais. É que, além de estruturarem organicamente o Estado, os preceitos dessa natureza disciplinam a própria criação e aplicação das normas de conduta” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113).

²⁰ HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 104.

²¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 98.

²² HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 105.

²³ *Id.*, *ibid.*, p. 103.

devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir”²⁴. Essas regras “disciplinam, da maneira mais precisa possível, a aplicação das normas primárias”²⁵.

Anote-se que, dentre as normas cuja produção é disciplinada pelas regras de julgamento a que se refere Hart – ou normas de estrutura – estão as normas individuais e concretas, ou seja, as sentenças, daí Norberto Bobbio afirmar que dentre as normas de estrutura estão as leis processuais, que têm por objetivo “oferecer aos juízes instruções sobre o modo através do qual eles devem produzir as normas individuais e concretas que são as sentenças; não são normas de conduta, mas normas para a produção de outras normas”²⁶. Barroso também dirá, igualmente, que, “além de estruturarem organicamente o Estado, as regras dessa natureza [normas constitucionais de organização] disciplinam a própria criação e aplicação das normas de conduta”²⁷.

Daí concluir-se que a análise realizada nesta pesquisa, que tem por objeto aferir a efetividade dos limites normativos da atuação monocrática no Supremo Tribunal Federal, não avalia norma de conduta, mas normas que disciplinam a produção das decisões proferidas pelos ministros. Assim, a norma que estabelece prazo para devolução dos pedidos de vista, bem como a que impõe a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, são normas de estrutura – regras de julgamento, segundo Hart – pois instituem condições, fixam os limites e prescrevem o procedimento que servirá de meio para a construção de outras normas, agora individuais e concretas, que são as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Embora Hart afirme que as regras primárias (normas de conduta) impõem deveres, enquanto as regras secundárias (normas de estrutura) impõem poderes, acredita-se que tais poderes constituem, na verdade, poderes-deveres, pois são atribuídos em razão da função desempenhada pelo agente na organização estatal. Isso tem especial importância, pois o cumprimento dessas normas, vale dizer, a obediência às regras de julgamento, não é mera faculdade daquele a quem foi atribuída a competência para aplicar as normas primárias, mas

²⁴ HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 106. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, essas normas “superam o problema da ineficiência, precisando o caráter difuso da pressão social exercida pelas normas de obrigação, ao determinarem competências judicantes e seus procedimentos para efeito de aplicação das normas primárias, quando violadas. Por exemplo, as normas de direito processual, em grande parte, são desse tipo” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94).

²⁵ REALE, Miguel. *Op. cit.*, 2002. p. 98.

²⁶ **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 46-47.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113.

um dever, que não pode ser descumprido²⁸. Se as regras de julgamento existem para remediar a inobservância das normas primárias, elas não somente podem ser aplicadas, como devem ser aplicadas, sob pena de manter a desobediência às normas primárias e, com isso, as graves consequências que derivam de uma sociedade em que as normas não são respeitadas.

Enfim, enquanto as normas de conduta referem-se aos comportamentos individuais, de grupo ou de entidades, as normas de estrutura estão relacionadas à organização do Estado e à produção e aplicação das normas²⁹. Por produção de normas deve ser compreendida também a produção da norma individual e concreta, que consiste nas decisões judiciais³⁰. Trata-se do que Hart chama de regras de julgamento³¹.

Sendo assim, as normas cuja falta de efetividade/eficácia importam para a investigação não são normas de comportamento, mas normas de estrutura. E as normas de estrutura, mais especialmente as regras de julgamento, não constituem mera faculdade para aquele que tem a tarefa funcional de cumpri-las, mas verdadeiro poder-dever. Pode-se, concluir, portanto, que a falta de eficácia das regras de julgamento é menos social, enquanto falta de aderência do indivíduo membro da sociedade, e mais estatal, ou institucional – a falta de aderência é de quem possui função estatal a desempenhar – o que faz com que sua análise não seja sociológica, mas eminentemente jurídico-dogmática³².

6.2 A atuação monocrática do STF e a efetividade dos seus limites normativos

Caracterizado o que se deve entender por efetividade, é preciso relacioná-la com as disfuncionalidades monocráticas expostas neste trabalho. Dito isso, passa-se a analisar a

²⁸ No direito processual, aliás, é reiterado o entendimento de que a jurisdição – e, em última análise, é disso que se está tratando – constitui um poder-dever do Estado. Por todos, conferir TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo civil* (subsídios para a teoria geral do processo civil). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 52, p. 7-40, 1988. Nessa obra, mencionado autor conceitua jurisdição como “poder-dever concedido aos agentes do Poder Judiciário - juízes e tribunais - para, no exercício de função em lei definida, e mediante atividade substitutiva dos membros da comunhão social, realizar o Direito aplicável, a uma pretensão ou a um conflito de interesses de alta relevância social (p. 1).

²⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 96-97.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 46-47.

³¹ HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 106.

³² Não fosse isso, de acordo com Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Teresa Fonseca Dias, a “vertente jurídico-dogmática não necessariamente deve ser considerada metodologicamente auto-suficiente. Sem dúvida, trabalha com relações normativas, e não poderia ser de outra forma. Isso não significa, entretanto, que deve estar voltada apenas para o interior do ordenamento ou ali enclausurada. As relações normativas devem, também, ser pensadas de forma externa, vital, no mundo dos valores e relações da vida. Logo, não interessará apenas a eficiência das relações normativas mas, inclusive, sua eficácia. E isso não transformará a vertente dogmática em um tipo sociológico puro” ((Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 21).

efetividade dos limites normativos das já estudadas formas de atuação monocrática no controle concentrado relacionadas ao poder de agenda, que são o poder de liberação do processo pelo relator e o poder de pedir vista dos ministros, e, ainda, à concessão monocrática de cautelares no controle abstrato.

Rememorando, a liberação do processo pelo relator tem previsão normativa no artigo 21, X, do RISTF, que tem a seguinte redação: “Art. 21. São atribuições do Relator: (...) X – pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso”.

A previsão de que o feito deve ser liberado quando o relator se sentir habilitado a proferir o seu voto, fragiliza eventual interpretação mais rígida que pudesse ser abstraída da Lei nº 9.868/99, que, ao disciplinar as ações diretas de inconstitucionalidade e a ADC, sinalizou que, cumpridas as etapas anteriores nela previstas, o relator deveria lançar seu relatório e pedir dia para julgamento. Isso porque sempre haverá a justificativa de que, a despeito de cumpridas as etapas antecedentes à liberação do feito, o relator ainda não se sente habilitado a proferir seu voto. Torna igualmente prescindível recorrer-se ao artigo 111 do RISTF, que define prazos gerais para os ministros, pois, de qualquer forma, traz o escape da justificativa do acúmulo de serviços³³.

A primeira compreensão, portanto, é a de que, no que se refere à liberação do processo pelo relator, o tratamento normativo é precário, em razão da ausência de um critério objetivo por meio do qual fosse permitido auditar o comportamento do ministro. Se o relator deve liberar o processo quando estiver habilitado a proferir o voto, abre-se um campo de insindicabilidade nada recomendável a qualquer órgão público, em especial àquele que tem a grave tarefa de promover a guarda da Constituição.

A insindicabilidade permite uma atuação estratégica ainda mais elástica por parte do relator. Pela sua importância, vale repisar a afirmação de um ministro entrevistado por Virgílio Afonso da Silva: “por exemplo, eu não me surpreendi que o ministro Marco Aurélio não tenha trazido a anencefalia antes da aposentadoria do ministro Eros Grau”³⁴.

Fabiana Luci de Oliveira, após concluir levantamento empírico que levou à constatação de que é bastante expressivo o número de decisões finais no mesmo sentido do voto do relator, afirmou, na linha do que fora sugerido pelo ministro entrevistado por Virgílio

³³ Art. 111. Os prazos para os Ministros, salvo acúmulo de serviço, são os seguintes: I – dez dias para atos administrativos e despachos em geral; II – vinte dias para o visto do Revisor; III – trinta dias para o visto do Relator (RISTF).

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 181-200, jul-dez, 2015. p. 189-190.

Afonso, que “o grande sucesso do relator pode ser um indicativo de que há negociações nos bastidores do Supremo e um tema só entraria em pauta na agenda de votação quando o relator entende que tem maioria suficiente para aderir a sua orientação”³⁵. Não é diferente a precisa conclusão de Fabrício Castagna Lunardi, de que o uso político da atuação monocrática “é mais difícil de se combater argumentativamente, exatamente porque se arvora em premissas de legitimidade e legalidade, mas esconde algo que não é possível ver senão a partir do jogo político ou dos interesses que estão por trás de cada ação”³⁶. Marcelo Novelino, da mesma forma, afirma que o fato de não haver regras impositivas definindo a pauta de julgamento “tende a favorecer a interferência de considerações estranhas ao direito, baseadas em preferências, interesses ou expectativas relacionadas às consequências sistêmicas da decisão e/ou às possíveis reações de outros setores”³⁷.

É possível concluir, portanto, que o tratamento normativo dessa questão merece ser aperfeiçoado. De qualquer modo, ainda que desprovido de critério objetivo, por certo a compreensão não é a de que o processo deva permanecer *sine die* com o relator. Apesar da vagueza do critério eleito pelo Regimento Interno do STF, certamente o objetivo não foi autorizar a manutenção do feito indefinidamente com o ministro. O princípio da celeridade processual, a propósito, impede qualquer interpretação que favoreça a demora na conclusão do processo, afinal é garantia constitucional que “no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, CF/88). O princípio do devido processo legal, da mesma forma, não é compatível com uma interpretação que afaste limites temporais para quaisquer dos atores processuais, ou seja, processo em que o magistrado pudesse retê-lo *sine die*, vetando a prolação de sentença, certamente não seria um processo devido.

Embora na prática o evento “quando estiver habilitado a proferir voto” aproxime-se de uma espécie de – permita-se o paralelo – condição puramente potestativa, por se sujeitar ao puro arbítrio do ministro, considerada como parte do sistema jurídico, cuja interpretação não pode levar ao absurdo – antes, deve buscar o verdadeiro sentido da norma – é esperado que o relator dê andamento ao processo, liberando-o para julgamento em prazo razoável. Assim, sob qualquer perspectiva que se analise uma norma de estrutura, nenhuma delas levará

³⁵ Supremo relator. Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. São Paulo, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 27, n. 88, p. 89-115, 2012. p. 109-110. Segundo a autora, “em apenas 6 das 692 ações julgadas no período considerado, o voto do relator foi diferente do resultado final da decisão, ou seja, em 99% dos casos o voto do relator é igual à decisão final da corte. E como o relator é o primeiro a votar, isso implica em que conhecer a direção desse voto é saber o resultado final em 99% das vezes” (*Ibid.*, p. 109-110).

³⁶ **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 181.

³⁷ **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 283.

à interpretação de que uma ação judicial pode ficar indefinidamente paralisada nas mãos de um juiz.

Interpretação sistemática, portanto, permite concluir que as retenções estratégicas do processo, deixando de liberá-lo para julgamento e controlando, assim, a agenda decisória do Supremo Tribunal Federal, constitui descon sideração aos limites normativos do poder do relator de liberar o processo quando se sentir habilitado a votar. Em suma, e tendo em vista a análise realizada no item 6.1, embora válidos, falta efetividade a tais limites.

No que se refere ao pedido de vista, a previsão normativa é mais adensada. Reza o seguinte, o artigo 134 e seu §4º, do RISTF:

Art. 134. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

§ 4º O prazo a que se refere o caput ficará suspenso nos períodos de recesso ou férias coletivas e poderá ser prorrogado, por uma única vez, por igual período, mediante manifestação expressa do ministro vistor ao presidente do respectivo colegiado. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como se vê, disciplinou de forma suficientemente clara o procedimento a ser adotado nos casos de pedido de vista. Assim, existe norma e não se põe em dúvida sua validade. Como nem sempre é cumprida pelos ministros que fazem uso do pedido de vista, pois muitas vezes não devolvem os processos dentro do prazo objetivamente previsto no RISTF, não há dúvidas de que se está diante de caso de ineficácia (social/institucional) da norma, ou falta de efetividade dos limites normativos impostos ao pedido de vista. Dito de outra forma, a legislação admite o pedido de vista no julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal. Em linguagem objetiva, determinou o prazo de 30 dias para a devolução do processo. Admitiu, excepcionalmente, a prorrogação do prazo, por uma única vez, desde que por manifestação expressa do ministro vistor ao presidente do respectivo colegiado. Assim, embora previsto o pedido de vista, existem limites normativos claros. Como não são cumpridos, trata-se de inegável falta de efetividade de tais limites.

A situação não é diferente no que se refere à atuação monocrática no controle concentrado, em que a disciplina normativa primeira é a da própria Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 97, dispõe: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Em complementação, no artigo 102, I, p, constou o seguinte da CF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

Se a Constituição não deixava dúvidas quanto ao que se denominou reserva de plenário, a Lei nº 9.868/99 veio reforçar o entendimento, dispondo, em seu artigo 10³⁸:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Também, aqui, portanto, há regramento objetivo impondo que a declaração de inconstitucionalidade, mesmo em sede de cautelar, deve resultar de uma decisão do colegiado e não de um ministro isoladamente, salvo na hipótese do recesso. Tampouco se põe em dúvida a validade das referidas normas. Considerando que retiradamente há concessão de medida cautelar monocrática no controle abstrato, é possível concluir que falta eficácia (social/institucional) ou efetividade aos limites normativos desta específica atuação individual no Supremo Tribunal Federal.

É verdade que situações absolutamente excepcionais poderiam justificar a concessão monocrática, pois o poder geral de cautela autorizaria que, em busca da efetividade processual e da garantia do acesso à justiça³⁹, garantia esta com assento constitucional, a cláusula de reserva de plenário fosse relativizada. Pesquisa empírica, contudo, além de informes da literatura, conforme visto no item 5.1, indicam que cautelares monocráticas têm sido deferidas mesmo fora dessas excepcionais situações, em total menoscabo à imposição normativa do *full bench*.

Em resumo, existem limites normativos claros para as hipóteses investigadas no trabalho – exceto no caso do poder de agenda relacionado à liberação do processo pelo relator, em que os limites são fluidos, porém ainda assim existentes – e não há qualquer empeco a que tais limites sejam obedecidos, daí porque tais normas gozam de eficácia jurídica e, assim, haveriam de ser cumpridas. Como a investigação constatou que os limites nem sempre são observados, o descumprimento da disciplina dos pedidos de vista, da liberação do processo pelo relator para julgamento e das cautelares em controle concreto revela grave

³⁸ A referência à maioria absoluta do Tribunal se repetirá nos artigos 12-F e 21, ambos da mesma Lei nº 9.868/99.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 519.

inefetividade dos limites normativos a que submetidas referidas formas de atuação monocrática no controle abstrato da Suprema Corte.

6.3 A inefetividade dos limites normativos à atuação monocrática do STF e seu impacto no sistema de freios e contrapesos

A falta de efetividade ou a ineficácia de norma de estrutura constatada no tópico anterior leva a uma conclusão mais grave, vinculada ao sistema de freios e contrapesos explorado no segundo capítulo deste trabalho. É que o equilíbrio entre os Poderes está assentado em uma arquitetura normativa que prevê a distribuição das funções, os modos e os limites como um Poder pode interferir no outro, além da regulamentação necessária para que cada um desses ramos não venha abusar de suas competências.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, a cláusula-parâmetro do princípio da separação dos poderes é a da “independência e harmonia” entre eles. Para atendê-la, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada um, bem assim um mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam a pretendida harmonia. Ultrapassado quaisquer desses limites, um poderá se sobrepor ao outro. De acordo com a autora, para que se mantenha o princípio da separação de poderes exige-se a fixação de zonas de independência e harmonia bem delimitadas. Embora seja possível flexibilizar-se a regra-parâmetro, só se pode fazê-lo se se mantiver nos limites da ideia-fim do princípio, que é a limitação do poder. Além disso, “os meios utilizados [...] para propiciar a interferência hão de ser sempre ‘razoáveis’, sempre conectados com o fim perseguido”⁴⁰.

As formas disfuncionais de atuação monocrática do STF exploradas neste trabalho não resistem às lições de Anna Cândida. Não há dúvidas de que o controle de constitucionalidade das leis é peça fundamental no sistema de freios e contrapesos, pois, por meio dele, é possível que o Judiciário impeça abusos normativos do Legislativo ou mesmo do Executivo, constituindo, portanto, um dos instrumentos utilizados para frear outros Poderes e, assim, manter o equilíbrio e a harmonia entre eles. Mas, para que o próprio controle de constitucionalidade não constitua um abuso por parte do Judiciário, é preciso que seja exercido nos limites que lhe foram definidos. Dentre esses limites há normas positivadas, algumas de ordem constitucional, outras de ordem infraconstitucional. Exercer, pois, o controle de constitucionalidade sem atender a essas normas é ultrapassar as fronteiras desse

⁴⁰ **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.

instrumento de freio e, assim, usurpar função de outro Poder, pois o resultado do controle de constitucionalidade redonda na inibição funcional de outro Poder. Além disso, a interferência do Judiciário exercida por meio do controle de constitucionalidade só é razoável – conectado com o fim perseguido, na linha do que ensina Anna Cândida – quando se dá dentro dos limites normativos que disciplinam o exercício desse controle, porque ali, ponderados os fatores favoráveis e desfavoráveis à intromissão que o próprio controle em última análise significa, concluiu-se que, dentro de certas balizas (limites normativos) a interferência é razoável para atingir os fins pretendidos – equilíbrio e harmonia –; fora dessas balizas a interferência é desarrazoada e, portanto, ilegítima.

De fato, pelo desenho constitucional de 1988, a função legislativa compete ao Poder Legislativo, cabendo-lhe, enquanto legítimo representante da sociedade, promover a criação das normas e a revogação das que entender não devam mais existir. Quando cria normas, o faz após avaliar, dentre outros limites, se estão de acordo com a Constituição (controle prévio). O resultado da atividade legislativa, porém, pode ser sindicado pelo Poder Judiciário, a quem cabe aferir sua constitucionalidade, mais especificamente, no caso do controle abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal⁴¹.

Assim, ainda na linha das lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz, é possível dizer que essa intromissão do Judiciário em atos próprios da função legislativa é, na verdade uma “flexibilização da regra-parâmetro”, realizada por meio do controle de constitucionalidade que é um dos “instrumentos” que favorecem a harmonia. Esse instrumento, porém, nos exatos termos da lição da jurista, tem que ser “razoável”, sempre

⁴¹ Nuno Piçarra entende que essa atuação do Judiciário, controlando a constitucionalidade da lei, é, na verdade, uma função legislativa, por ele exercida excepcionalmente. O autor, que também considera a jurisdição constitucional um dos instrumentos de controle interogânico da separação de poderes, diz “que o poder de controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis é um poder legislativo extraordinário, que é uma participação negativa na função legislativa [...]” (**A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 204-205 e 258-259). Essa ideia – de que ao exercer o controle de constitucionalidade, o Judiciário acaba atuando como Legislativo – também aparece em Karl Loewenstein: “Dado que uma sentença negativa anula la ley, el control judicial puede, de hecho, ocupar el lugar de la decisión del detentador político del poder” (**Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979. p. 312). Importante a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, após discorrer sobre a doutrina clássica do controle de constitucionalidade, diz que “Foram juristas – já desapegados da separação dos poderes –, e não tribunais, que levantaram a tese de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei era a revogação desta com efeitos retroativos. Como foi o principal deles, Hans Kelsen, quem inspirou a instituição de um controle direto de inconstitucionalidade, por uma Corte especial, na Constituição austríaca de 1920. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 201. p. 210). Mais a frente, na mesma obra, dirá ainda o autor: “no sistema europeu, a Corte Constitucional muito se aproxima de uma câmara legiferante. Ao menos, tem tanto de Câmara Legislativa quanto de órgão judicante. Veja-se que, ao reconhecer a inconstitucionalidade, a Corte “revoga” a norma inconstitucional, embora podendo graduar o efeito, retroativo ou não, da desconstituição dessa norma. Disso decorre ser a Corte um “legislador”, embora negativo, como tantos já apontaram” (p. 241).

conectado com o fim perseguido. Por isso que ele só pode se dar dentro dos limites estabelecidos na legislação constitucional e infraconstitucional, pois essas funções estão dentro de um plexo autorizado de instrumentos que favorecem a harmonia entre os poderes.

Anna Cândida ainda dirá que “na prática, cada um dos poderes tem, nas suas prerrogativas, as ‘armas’ contra os demais Poderes. Exemplificando, se o Congresso dispõe do *impeachment*, o Presidente detém o poder de ‘veto’ e o Judiciário o de ‘anular’ atos de um e de outro por intermédio do controle de constitucionalidade que exerce”⁴². Mas se o uso dessas ‘armas’ (instrumentos de controle recíprocos) desbordam de seus limites, o Poder que o exerce passa a atuar de forma abusiva.

Transposto para o que se investiga, é possível afirmar que as disfuncionalidades aqui diagnosticadas significam que as armas (instrumentos) de que legitimamente o Judiciário poderia lançar mão, são utilizadas muitas vezes de forma desmedida pelos membros do Supremo Tribunal Federal a indicar uso abusivo desses instrumentos. Assim, o Judiciário pode suspender a eficácia de norma que esteja em desacordo com a Constituição. A própria Constituição, contudo, bem assim a Lei nº 9.868/98, afirmam que essa suspensão só pode ser realizada por meio de uma decisão do Plenário do Tribunal. Desse modo, quando os ministros do Supremo passam a fazê-lo monocraticamente, desrespeitam controles estabelecidos para a legítima atuação dos freios e contrapesos. Da mesma forma, quanto ao poder de agenda, nos desdobramentos aqui analisados, da liberação do processo para julgamento e no pedido de vista sem prazo para devolução. Neste caso, a falta de efetividade dos respectivos limites normativos afeta diretamente a legitimidade do controle e, por consequência, o equilíbrio da separação de poderes.

Se o fato de o Judiciário ter se tornando o terceiro gigante de que fala Cappelletti, era um forma de igualar-se aos outros dois poderes e, assim, tornar-se “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”⁴³, hoje pode-se concluir que, sob a perspectiva das atuações disfuncionais analisadas neste trabalho, o Judiciário, mais especialmente o Supremo Tribunal Federal, não se contentou em se igualar, mas ultrapassou os demais⁴⁴. Trouxe para si inúmeras competências que ficavam em zonas cinzentas que, por contenção ou deferência, deveriam permanecer com o Legislativo. Deixou de seguir regras que disciplinavam sua atuação como Corte Constitucional, permitindo as decisões

⁴² **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 18.

⁴³ **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 47.

⁴⁴ É a concretização do receio de Cappelletti: “Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos da perversão e abuso” (*Ibid.*, p. 49).

monocráticas. De resto, tem consentido com poderes de agenda que permitem controlar o Plenário e, mais que isso, evitá-lo enquanto juízo natural de decisões que acabam tomadas individualmente pelos ministros. Tudo isso descaracteriza a atuação colegiada da Corte e o caráter deliberativo de suas decisões, fragilizando o equilíbrio entre os Poderes e transformando o Judiciário, na metáfora de Cappelletti, num gigante maior que os outros.

A falta de efetividade dos limites normativos abre espaço para novos campos de pesquisa. Um deles está atrelado ao impacto que causa à legitimidade das Cortes Constitucionais. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, aqueles que são favoráveis à *judicial review* normalmente advogam que a ausência de legitimidade democrática das Cortes é compensada por outras fontes de legitimidade que os parlamentos não possuem. Dentre essas fontes estaria a qualidade da deliberação nos tribunais. Virgílio afirma que esta não é a única fonte de legitimidade e nem sempre é considerada a mais importante, havendo outras dentre as quais a proteção das minorias e a aceitação geral pela sociedade do tribunal constitucional como legítimo⁴⁵. De qualquer modo, encarada sob a perspectiva de que a qualidade da deliberação legitima as cortes constitucionais, a insistência pelo individualismo decisional no Supremo Tribunal Federal, seja com o controle da agenda, seja com decisões monocráticas, afeta seu caráter deliberativo e, com isso, sua própria legitimidade⁴⁶.

Tampouco parece haver trabalhos que tenham se debruçado sobre mecanismos de *accountability* que pudessem contribuir para que atuações gravemente disfuncionais como as identificadas nesta pesquisa não ocorressem ou, ao menos, não perdurassem na Corte Suprema⁴⁷. Guillermo O'Donnell classificou *accountability* em vertical e horizontal⁴⁸. *Accountability* horizontal é a que acontece dentro da própria estrutura institucional, ou seja, “ocorre quando agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los”⁴⁹. A *accountability* vertical, de sua parte, é exercida primordialmente por meio do controle político popular do

⁴⁵ Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 557-558.

⁴⁶ Avanço bastante expressivo neste campo de pesquisa constitui o trabalho de Ana Laura Pereira Barbosa: **Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

⁴⁷ Com escopo próximo ao aqui abordado, conferir DUARTE NETO, José. Independência e *Accountability* Judiciárias. In PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. (Org.). **Federalismo e Poder Judiciário**. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

⁴⁸ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>. Acesso em: 06 mar. 2020.

⁴⁹ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e Independência Judiciais: uma análise da competência do conselho nacional de justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 29-46, 2013. p. 30.

detentor de mandato, que, submetido à eleição, veria sua conduta referendada ou repreendida pelos eleitores. Embora, naturalmente, não seja possível falar-se em *accountability* vertical, enquanto submissão a sufrágio, em relação aos membros do STF, e tampouco em *accountability* horizontal, pois suas decisões não são submetidas à revisão, não há corregedoria interna e o Tribunal tampouco se submete ao Conselho Nacional de Justiça, O'DONNEL também considera *accountability* vertical (social), “ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e/ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não”⁵⁰. Portanto, identificadas atuações disfuncionais na Corte, parece campo de investigação bastante fértil investigar a importância, a eficácia e o impacto que teria *accountability* exercida por entidades associativas, grupos populares, conselhos, mídia etc.,

Outro campo de investigação bastante importante está nas consequências que a inefetividade de tais limites – o descumprimento da norma – pode ocasionar. O descumprimento das normas de estrutura possui consequências diferentes do descumprimento das normas de conduta. No caso das normas de estrutura, as consequências vão de sanções disciplinares à responsabilidade política. De fato, Barroso esclarece que no Direito Constitucional, diferentemente de outras áreas em que as sanções estão concentradas em uma pena ou uma execução civil, nele há a categoria da responsabilização política. Embora nesses casos o caráter jurídico da sanção seja reduzido, ele permanece residualmente presente em casos com o do *impeachment*, apesar de encontrar-se na zona fronteira entre o jurídico e o político. Segundo o autor, a existência de espaços que não são abrangidos pelo arquétipo preceito-sanção é próprio do Direito Constitucional e, nesses casos, a sanção jurídica nem sempre é aplicável. Porém, dirá o autor – e ao dizê-lo reforça a importância de tudo o que foi visto no segundo capítulo desta dissertação – “nem por isso haverá margem para o arbítrio, pois é justamente em questões dessa natureza que avulta o controle recíproco entre os Poderes do Estado, dentro do sistema de freios e contrapesos”⁵¹.

6.4 Ajustes normativos: propostas legislativas e sugestões resultantes da pesquisa

O tópico anterior demonstrou que o problema da atuação monocrática no STF não é de eficácia jurídica, mas de efetividade. Fosse de eficácia jurídica, os ministros, mesmo se

⁵⁰ O'DONNEL. Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>. Acesso em: 06 mar. 2020. p. 28.

⁵¹ **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 85.

quisessem, não poderiam atender aos comandos normativos relacionados às disfuncionalidades apresentadas neste trabalho. Como o relator pode liberar o processo para julgamento dentro de prazo razoável, o ministro vistor pode devolver o processo após trinta dias do pedido de vista, renovável por uma vez, e os ministros, individualmente, poderiam se negar a prolatar decisões monocráticas em controle concentrado, não se põe em dúvida a eficácia jurídica das normas que disciplinam essas três formas de atuação monocrática.

Também por isso, seria possível adotar o entendimento de que, havendo normas para disciplinar as disfuncionalidades identificadas, e sendo tais normas válidas e juridicamente eficazes, o problema não é de desenho institucional. Pelo desenho institucional, há limites normativos claros: inconstitucionalidade só pelo colegiado; sentindo-se habilitado a votar, o relator deve liberar o processo; pediu vista tem que devolver em 30 ou 60 dias. Assim, o desenho institucional está preparado para que a atuação monocrática objeto da pesquisa não afete a atuação institucional da corte.

Acontece que, em relação às formas desviantes de atuação monocrática discutidas neste trabalho, os limites normativos não são obedecidos, antes são claramente ignorados, e, por isso, afetam a atuação institucional e a própria legitimidade de sua atuação. E esses escapes, ao final, acabam por demonstrar que o desenho institucional não está tão ajustado como uma primeira impressão poderia levar a crer.

Esta constatação, todavia, leva a outro problema, que é a dificuldade de encontrar ajustes normativos para solucioná-la, já que a efetividade depende do cumprimento da norma por seus destinatários – aqui é de lembrar-se que, tratando-se de normas de estrutura, o destinatário das normas aqui discutidas é o próprio STF, ou melhor, os membros dessa Corte. Naturalmente não se está afirmando que não há solução, tampouco que não se deve procurá-la. Pretende-se apenas afirmar que, se o problema é de vontade de seguir o comando normativo, a busca por soluções igualmente normativas constitui tarefa mais árdua, pois também a efetividade de qualquer ajuste normativo continuará a depender da obediência por parte dos membros da Corte, ou seja, uma vez que a experiência tem demonstrado que a só existência dos limites normativos não tem sido suficiente para que os ministros os atenda, não há garantias de que, incrementados esses limites, o descumprimento cessará.

Seria possível contrapor essa afirmação dizendo-se que, se as regras fossem mais rígidas, tivessem contornos mais bem definidos, sanções claras, e ainda assim houvesse descumprimento, aqueles que não as cumprem deveriam ser chamados a responder por isso. Porém, já há clareza nas regras atuais e não se vê institucionalmente qualquer repreensão quanto a isso. Torna-las mais rígidas, não é nenhuma garantia de que a situação irá se

modificar. E o maior entrave está no fato de que são os ministros do Supremo Tribunal Federal que interpretam as normas que devem cumprir, de modo que, assim, podem conferir sempre uma interpretação que seja compatível com a manutenção do *status quo*.

Apenas a título de exemplo, não é possível concluir que falta clareza ao disposto no artigo 134, §4º, do Regimento Interno do STF e, ainda assim, o dispositivo nem sempre é respeitado pelos membros da Corte.

Art. 134. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

§ 4º O prazo a que se refere o caput ficará suspenso nos períodos de recesso ou férias coletivas e poderá ser prorrogado, por uma única vez, por igual período, mediante manifestação expressa do ministro vistor ao presidente do respectivo colegiado. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

Apesar dessa dificuldade, é preciso trabalhar na construção de opções normativas que ao menos dificultem a resistência dos ministros em se ajustar às balizas pré-estabelecidas para sua atuação. Tais opções, é preciso destacar, em nenhuma hipótese podem afetar a independência do Judiciário, imprescindível para que o equilíbrio entre os Poderes seja assegurada.

Buscando avançar em propostas que pudessem fortalecer a disciplina atual da atuação monocrática no STF, propostas têm surgido no Congresso Nacional, embora quase sempre ganhem corpo em momentos políticos de embate com a Corte e arrefeçam logo que as tensões são reduzidas.

Dentre essas propostas, pelo menos quatro merecem ser abordadas. A primeira é o Projeto de Lei nº 7.104/2017, de autoria do Deputado Rubens Pereira Júnior, do Maranhão, que trata do quórum para concessão pelo STF de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade e de medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵².

O Projeto original pretendia promover alteração no artigo 10, da Lei nº 9.868/99 e 5º, da Lei nº 9.882/99, neles inserindo a exigência textual de que a medida cautelar, respectivamente na ação direta de inconstitucionalidade e na ADPF, só pudesse ser concedida “exclusivamente” por decisão da maioria absoluta dos membros do STF.

⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.104, de 2017**. Altera os artigos 10 da Lei 9.868/99, o artigo 5º caput e suprime o § 1º do artigo 5º da Lei 9.882/99 deste mesmo artigo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-7104-2017>. Acesso em: 08 maio 2022.

Na justificativa do Projeto, consignou-se⁵³:

“O presente Projeto de Lei, visa basicamente, impedir que se conceda decisões de natureza cautelar, liminar ou similares nas ações do controle concentrado de constitucionalidade que não pelo próprio pleno do Supremo Tribunal Federal e por quórum de maioria absoluta dos seus membros”.

Houve substitutivo aprovado na Câmara que impôs pequena mudança no projeto original, não deixando, contudo, de manter a expressa exigência da decisão plenária, ressaltando a hipótese do período de recesso. De acordo com o substitutivo o artigo 10 da Lei nº 9.868/99 passaria a ter a seguinte redação⁵⁴:

“Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida exclusivamente por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22 desta Lei, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

.....

§ 4º No período de recesso, em caso de excepcional urgência, o Presidente poderá conceder medida cautelar na ação direta *ad referendum* do Tribunal Pleno, que deverá examinar a questão até a sua quinta sessão após a retomada das atividades”.

Já o artigo 5º, da Lei nº 9.882/99, passaria a ter a seguinte redação⁵⁵:

“Art. 5º Apenas por decisão da maioria absoluta de seus membros, o Supremo Tribunal Federal poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º No período de recesso, em caso de excepcional urgência, o Presidente poderá conceder medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental *ad referendum* do Tribunal Pleno, que deverá examinar a questão até a sua quinta sessão após a retomada das atividades.

O Projeto foi enviado ao Senado Federal em 2018 e aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, cujo parecer do Senador Oriovisto Guimarães registrou o seguinte⁵⁶:

Aliás, parece-nos inadmissível que um ato normativo exaustivamente analisado, discutido e finalmente aprovado necessariamente por duas Casas do Congresso Nacional, contendo ao todo 594 parlamentares, e posteriormente sancionado pelo chefe de outro Poder, o Poder Executivo, encarnado pelo Presidente da República, possa repentinamente ter seus efeitos suspensos por medida cautelar em decisão monocrática de um único Ministro do STF. E assim permanecer durante longo período, sem que a decisão seja levada ao referendo do Plenário.

(...)

Ou seja, são vários e significativos os exemplos, assim como é de impressionar que, em temas de tal relevância, as decisões cautelares tenham perdurado durante meses, sem que tenham sido ratificadas, ou não, pelo Pleno. A questão aqui não é somente a morosidade judicial, mas também **a usurpação transitória da competência do Plenário**, pois a decisão monocrática substitui, no tempo e no mérito, a decisão colegiada, requerida pela Constituição. **Esse problema se configura, enfim, como**

⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.104, de 2017**. Altera os artigos 10 da Lei 9.868/99, o artigo 5º caput e suprime o § 1º do artigo 5º da Lei 9.882/99 deste mesmo artigo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-7104-2017>. Acesso em: 08 maio 2022.

⁵⁴ *Id.*, *ibid.*

⁵⁵ *Id.*, *ibid.*

⁵⁶ *Id.*, *ibid.*

uma verdadeira disfuncionalidade do nosso sistema de controle de constitucionalidade, a afetar sua legitimidade e segurança. (o destaque não é do original)

O Projeto aguarda apreciação pelo Plenário do Senado desde setembro de 2019.

De autoria do Deputado Federal André Figueiredo, do Ceará, o Projeto de Lei nº 2.121/2019, por sua vez, limitava a 180 dias as cautelares em ADI, ADPF e MS. A fixação do prazo vinha por meio de alterações nas Leis nº 9.868/99 (ADI), nº 9.882/99 (ADI) e nº 12.016/09 (MS), e previa que, concedida a medida cautelar, o Tribunal teria o prazo de 180 dias, prorrogáveis por uma vez, para promover o julgamento do mérito da ação, sob pena de perda da eficácia da cautelar⁵⁷.

Referido Projeto foi aprovado pelo Parlamento, porém vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que as alterações permitiriam que medidas urgentes, decorrentes da existência de situação de risco, pudessem perecer pelo decurso do prazo. Eis o texto do veto⁵⁸:

O projeto de lei estabelece o prazo de 180 (cento e oitenta dias), prorrogável por uma única vez, para julgamento do mérito da causa após concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade e de medida liminar em arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como em mandado de segurança, sob pena de perda de eficácia da liminar ou cautelar deferida. Assim, a proposta contraria o interesse público e fere o princípio da segurança jurídica insculpido no caput do art. 5º da Constituição da República de 1988, pois viabiliza que medidas processuais urgentes, deferidas sob o pressuposto da ocorrência de situações de risco, envolvendo um direito plausível, possam perecer por decurso de prazo, em prejuízo do titular desse direito, ainda que não tenha dado causa à demora para o julgamento de mérito.

É também do ano de 2019 a Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2019⁵⁹, em que figura como primeiro signatário o Senador Oriovisto Guimarães, do Estado do Paraná, que trazia ajustes, agora de ordem constitucional, que pretendiam aperfeiçoar o desenho institucional no que se refere à atuação monocrática no Supremo Tribunal Federal,

⁵⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.121, de 2019**. Altera as Leis nºs 9.868, de 10 de novembro de 1999, 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 12.016, de 7 de agosto de 2009, a fim de estabelecer prazo para julgamento do mérito após concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, em arguição de descumprimento de preceito fundamental ou em mandado de segurança. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136217>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵⁸ BRASIL. **Mensagem nº 346/2019**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/msg/vet/VET-346.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

⁵⁹ BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 82, de 2019**. Modifica os arts. 93, 97 e 102 da Constituição Federal, para disciplinar os pedidos de vista nos tribunais e dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade e a concessão de cautelares por tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136913>. Acesso em: 27 dez. 2021. A análise aqui realizada é da redação original da Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2019, não contemplando, portanto, as alterações havidas por emendas aprovadas até que fosse votada, e rejeitada, pelo Senado.

especialmente no que se refere aos pedidos de vista⁶⁰ e às cautelares monocráticas no controle concentrado.

Quanto aos pedidos de vista nos tribunais a alteração partia de um ponto simples: formulado pedido de vista, sua concessão deveria ser coletiva. Embora a PEC dissesse que o prazo da vista seria definido na lei processual, não podia ser superior a quatro meses. Além disso, a PEC nº 82/2019 previa a inclusão automática do processo em pauta, uma vez expirado o prazo da vista, vedando nova retirada, a menos que dois terços do colegiado o entendessem justificada. Como consequência para eventual descumprimento, previa a nulidade das decisões adotadas com inobservância das alterações que promovia na disciplina do pedido de vista.

Mas a PEC nº 82/2019 também buscou promover ajustes no que se refere às decisões monocráticas no controle abstrato. Primeiro, deixou expresso que a exigência da reserva de plenário se aplicava também às cautelares “ou outras decisões de qualquer natureza que suspendam, com efeitos *erga omnes*, com ou sem redução de texto, a eficácia de lei ou ato normativo, vedada, sob pena de nulidade, sua concessão por decisão monocrática”⁶¹.

Para os pedidos de cautelar que precisassem ser decididos durante o recesso, previu a PEC em questão a convocação extraordinária do colegiado. E a fim de que as cautelares não perdurassem indefinidamente no tempo, previa, ainda, que, deferidas em ADI, ADI por omissão, ADC ou ADPF, deveriam ter o mérito julgado em até quatro meses. Não julgadas neste prazo, deveriam ser incluídas em pauta automaticamente, sob pena de perda de eficácia da cautelar.

A PEC nº 82/2019, todavia, foi rejeitada pelo Plenário do Senado Federal em 3 de setembro de 2019.

⁶⁰ No que se refere aos pedidos de vista constou o seguinte da justificativa da PEC: “Os pedidos de vista não podem servir a propósitos protelatórios das decisões das cortes. A forma como o Poder Judiciário tem aplicado as normas processuais permite o uso estratégico, por membros dos tribunais, do pedido de vista, para impedir a conclusão de julgamentos nos quais integrarão a minoria. Trata-se de um expediente de gravidade ímpar, pois obstaculiza o regular funcionamento do Tribunal no caso concreto em que é utilizado. A extrema permissividade nos pedidos de vista possibilita até mesmo que, conhecedor da posição de outros Ministros sobre uma dada matéria, o seu autor mantenha consigo o processo durante período suficiente a que alterações na composição da corte criem condições para que a sua posição prevaleça. Noutros casos, o adiamento da decisão, dá ensejo a que fatores extraprocessuais liquidem qualquer possibilidade de uma decisão efetiva do colegiado. Com a perda de objeto, não há mais o que a corte decidir. O pedido de vista representa verdadeiro poder de veto sobre a agenda do colegiado, que pode se prestar a finalidades alheias àquela que motivaram a sua instituição” (BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 82, de 2019**. Modifica os arts. 93, 97 e 102 da Constituição Federal, para disciplinar os pedidos de vista nos tribunais e dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade e a concessão de cautelares por tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/136913>. Acesso em: 27 dez. 2021).

⁶¹ *Id.*, *ibid.*

Em 2021 foi proposta nova PEC, que agora tramita com o nº 8/2021, que novamente traz como 1º signatário o Senador Orioivisto Guimarães⁶², com conteúdo bastante semelhante à que fora rejeitada em 2019. A nova proposta voltou a contemplar o pedido de vista coletivo, em prazo a ser definido pela lei processual, que, no entanto, não poderá ser superior a seis meses, assegurada uma nova oportunidade de vista, pelo prazo de até três meses, quando houver divergência entre os votos já proferidos. Não havendo conclusão do julgamento nos prazos anteriores, o processo será incluído automaticamente em pauta, sobrestando o julgamento do colegiado sobre outros processos da mesma natureza, salvo se houver motivo justificado reconhecido por dois terços dos membros. Após um ano dos mesmos prazos, e não havendo conclusão do julgamento, serão sobrestados todos os julgamentos do colegiado.

A nova PEC igualmente voltou a deixar expressa a exigência do *full bench* para cautelares em ADI, vedando-se a concessão de decisão monocrática que suspenda a eficácia de lei ou ato normativo com efeitos *erga omnes*, sob pena de nulidade, e impedindo decisões monocráticas também no caso de suspensão de ato do Presidente da República, do Presidente do Senado, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Congresso Nacional.

Formulado pedido de cautelar durante o recesso, o Presidente do Tribunal poderá decidir, em caso de grave urgência ou perigo de dano irreparável, devendo o colegiado, contudo, enfrentar a questão no prazo de 30 dias corridos após o fim do recesso, sob pena de perda da eficácia da medida.

Finalmente, a PEC nº 8/2021 prevê que, deferida cautelar no controle abstrato, o mérito deve ser julgado em até seis meses. Superado o prazo, o processo deverá ser incluído automaticamente em pauta, sob pena de perda da eficácia da cautelar.

A Proposta de Emenda Constitucional aguardava, na data de conclusão desta dissertação, designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Dentre os ajustes que o Parlamento já discutiu ou ainda discute nos projetos aqui abordados, alguns constituem inegável avanço e estão em linha com as reflexões promovidas durante a pesquisa.

Quanto ao pedido de vista, pelo menos dois ajustes se revelam bastante pertinentes. O primeiro é a vista coletiva. De fato, em tempo de processos digitais, não há

⁶² BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021**. Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148030>. Acesso em: 28 dez. 2021.

razão para vista individual. Após a leitura do relatório e do voto do ministro relator, estão em mesa todos os pontos sobre os quais os ministros poderiam querer refletir. Se concedido coletivamente o pedido de vista, não haveria razão para novo pedido e nova interrupção do julgamento, permitindo que os julgadores comesçassem e concluíssem o julgamento de uma só vez, após terem refletido durante o pedido de vista que beneficiara a todos. A concessão coletiva, portanto, constitui verdadeiro avanço sobre as constantes interrupções que o pedido de vista ocasiona e seu correlato impacto no caráter deliberativo do colegiado⁶³.

A exigência do quórum de dois terços dos ministros para aprovar nova retirada da pauta, por sua vez, transformaria o que é hoje uma mera faculdade, numa decisão coletiva, impondo, outrossim, algum ônus argumentativo ao colegiado, particularidade que, no desenho atual, não se exige dos ministros quando exercem poderes de agenda, até porque as decisões correlatas (pedido de vista, v.g.) não constituem atividade jurisdicional⁶⁴.

No que se refere às decisões monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade, a fixação de prazo para que a decisão fosse submetida ao colegiado contribuiria para que a conjugação de poderes de agenda e a concessão monocrática de cautelares fossem ajustadas a limites melhor definidos, permitindo que os casos que efetivamente justificassem a concessão individual da cautelar pudessem ser deferidos sem que, todavia, o relator tivesse a possibilidade de usar do poder de não liberar o processo para julgamento para subtraí-lo do Plenário. Neste caso, portanto, parte-se da premissa de que as medidas cautelares apenas serão concedidas monocraticamente, fora do período do recesso, se houver urgência qualificada que autorize não apenas a cautelar em si, mas sua concessão por outro órgão judicante que não seu juízo natural, que é o colegiado.

Fixada essa premissa, chama-se a atenção para o artigo 10, §2º, da Lei nº 9.868/99, que dispõe que a concessão da cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente. Ora, medida semelhante existente no ordenamento jurídico é a Medida Provisória expedida pela Presidência da República, prevista no artigo 62 da Constituição Federal de 1988, que, igualmente, suspende a eficácia da lei anterior. Pois no caso da Medida Provisória, o Congresso Nacional tem o prazo de sessenta dias, prorrogáveis por outros sessenta dias para apreciá-la, conforme §§ 3º e 7º, do artigo 62, CF/88, sob pena de perder sua eficácia. Assim,

⁶³ Embora a abordagem não seja a mesma, Bruno Marzullo Zaroni também apontou o processo eletrônico como variável capaz de alterar a atual configuração do pedido de vista e, inclusive, permitir a vista coletiva (**Deliberação e julgamento colegiado. Uma análise do processo decisório do STF**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 312-313)

⁶⁴ BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 54.

parece bastante razoável que a cautelar monocrática tenha que, em semelhante prazo – sessenta dias, prorrogáveis por uma vez – ser referendada pelo Plenário, que é seu juízo natural, sob pena de perda de eficácia.

Naturalmente as sugestões acima não têm a pretensão de ser conclusivas, mas tão só de permitir um início de debate que possa contribuir para os ajustes normativos que se entende necessários para o aperfeiçoamento da atuação monocrática junto ao Supremo Tribunal Federal.

7 CONCLUSÃO

A doutrina da separação dos poderes, ao buscar um equilíbrio entre as forças estatais, afastando abusos e arbítrios, apresentou um horizonte revolucionário no campo jurídico-político.

Se as funções estatais não podiam estar concentradas nas mãos de uma só pessoa e deviam ser distribuídas organicamente, essa distribuição deveria ser realizada de modo que órgãos diferentes assumissem diferentes funções, impedindo a indesejável concentração. Mas o controle do arbítrio seria potencializado se à separação dos poderes fossem agregados outros mecanismos que permitissem controles recíprocos, a fim de evitar que, mesmo separados, cada Poder pudesse abusar da parcela que lhe coubera nessa divisão inicial.

Um desses instrumentos estava em especializar as funções, atribuindo-as primordialmente a cada Poder, que, todavia, não a exerceria com exclusividade, vale dizer, sem esvaziar a essência do que caberia a cada um dos ramos, convinha atribuir-se aos demais a possibilidade de exercer, ainda que excepcionalmente, também funções que não lhe couberam na divisão originária. Assim, embora o poder de julgar coubesse ao Judiciário, excepcionalmente o Legislativo também poderia exercê-lo, quando julgasse, por exemplo, certos agentes políticos.

Outro instrumento de freios e contrapesos estava em um Poder controlar o outro por meio de um plexo de ações, de que é exemplo a possibilidade de vetar o que fosse produzido por outro Poder. O poder de veto tem especial importância, pois impede que a mera vontade de um se torne realidade, permitindo que ações abusivas sejam obstadas pela constante vigilância dos demais Poderes.

Naturalmente, nessa estrutura de separação e, ao mesmo tempo, imbricação de poderes, não pode um deles, com a pretensão de coibir abusos do outro, passar a conduzir-se ele próprio de forma abusiva, pois se a *faculté d'empêcher* for utilizada fora dos parâmetros, impede a própria atuação do outro Poder, esvaziando, ainda que num caso específico, a essência de suas funções. Com o fim de impedir que isso ocorra, limites claros precisam ser dispostos. Assim, se é permitido ao Executivo legislar, isso só pode ocorrer em hipóteses excepcionais e estabelecidas condições bem delimitadas, pois se essa permissão fosse irrestrita, anularia a própria função do Legislativo. A existência de limites claros é o que assegura a higidez dessas imbricações recíprocas. Transpor esses limites afeta diretamente o equilíbrio inerente à separação dos poderes, tangenciando, quando não alcançando, situação

de arbitrariedade e de abuso, ou seja, não atendidos esses limites, a atuação de um Poder que pretensamente busca impedir o abuso do outro, passa a ser ela própria abusiva.

Na separação de poderes estruturada pelo Constituinte de 1988, coube ao Judiciário como um todo, por meio do controle difuso, e especialmente ao Supremo Tribunal Federal, por meio do controle difuso e do controle concentrado, sindicat a higidez dos atos normativos diante da Constituição. Essa atribuição está de acordo com as ideias originais da doutrina da separação de poderes, com o incremento obtido pelo Judiciário a partir de *Marbury v. Madison*, quando passou a exercer o poder de veto por meio do controle da constitucionalidade e, assim, transformou-se efetivamente num poder político. Mas essa grave atribuição precisa ser exercida dentro de balizas bem definidas, para que o responsável por sindicat a higidez dos atos normativos não se transforme ele próprio em descumpridor das normas constitucionais.

A Constituição de 1988 desenhou um Poder Judiciário bastante encorpado. Egressos de um período obscuro e arbitrário, diversos segmentos sociais participaram ativamente da Assembleia Constituinte que deu origem à Carta atual, fazendo com que lhe fossem incorporadas disposições normativas que traduziam seus anseios e suas preocupações. Grande parte desses anseios era consequência de viver-se num tempo em que não mais se contentava com um Estado absenteísta, que garantia à sociedade apenas a liberdade e a propriedade. Por conta das diversas evoluções enfrentadas ao longo dos tempos, sobretudo nos campos econômico e social, as exigências agora alcançavam políticas públicas e direitos prestacionais, muitos deles inseridos na Constituição por meio de textos ambíguos e principiológicos, aumentando, com isso, a discricionariedade do Judiciário, que, em paralelo, avançava sua competência também para matérias antes pertencentes exclusivamente ao campo da política. De resto, a fim de assegurar que as promessas ancoradas na Constituição fossem cumpridas, fortaleceu-se o acesso ao Judiciário e os instrumentos para alcançá-lo. No cume desse Poder, o Supremo Tribunal Federal robustecera-se como tribunal recursal, detentor de competência originária e guarda da Constituição.

O Supremo robustecido, todavia, foi cada vez mais fragmentando seus poderes junto a seus membros, que passaram a assumir individualmente funções que deveriam ser da própria Corte. No caso mais grave, passou a conviver com decisões monocráticas suspendendo cautelarmente atos normativos, inclusive a tramitação de Emendas Constitucionais, a despeito de a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 97, e a Lei nº 9.868/99, em seu artigo 10, exigirem reserva de plenário. Mas o individualismo decisório veio conjugado com outras disfuncionalidades. Regimentalmente um processo só avança para a

fase de julgamento após a liberação pelo relator, porém essa liberação tem sido manejada pelo ministro a quem distribuído o processo sem controles bem definidos. E a situação se agrava quando o ministro concede cautelar, ou a nega, e não libera o caso para julgamento pelo colegiado, pois, com isso, exerce isoladamente função decisória que seria de toda a Corte. Iniciado o julgamento, os ministros podem pedir vista do feito. A constatação empírica de que essa interrupção do julgamento nem sempre se dá com o exclusivo objetivo de refletir sobre a matéria acentua a preocupação com os procedimentos do Tribunal. Além disso, como prazos regimentais não são respeitados, a interrupção causada pelo pedido de vista constitui veto ao julgamento pelo Plenário, impedindo, assim, que a Corte cumpra na plenitude suas funções.

Constatadas as disfuncionalidades exemplificadas acima, buscou-se responder se há limites normativos para tais hipóteses; se esses limites advêm de normas válidas e eficazes; se além de válidas e eficazes, as normas que impõem limites a essas condutas são efetivas; se não efetivas, se é possível concluir que essa inefetividade compromete o equilíbrio entre os Poderes.

A investigação revelou que existem limites normativos claros para as disfuncionalidades que embalsamaram a pesquisa – no caso do poder de agenda relacionado à liberação do processo pelo relator, constatou-se que os limites são fluidos, porém ainda assim existentes.

Após analisar validade e eficácia a partir da teoria do direito, concluiu-se que as normas que disciplinam as três situações-problema que foram o foco da pesquisa (liberação do processo pelo relator para julgamento pelo colegiado, pedidos de vista e excesso de prazo e decisões monocráticas em cautelares no controle concentrado de constitucionalidade) são válidas. Quanto à eficácia, identificou-se uma distinção na doutrina. Para alguns autores, a eficácia da norma se divide em eficácia jurídica e eficácia social, sendo que esta última espécie equivale à efetividade da norma. Para outros, que não contemplam essa distinção, a efetividade equivale à própria eficácia da norma. Em ambos os casos, entretanto, a efetividade irá corresponder à constatação de que a hipótese normativa se realiza no mundo fenomênico.

Ao confrontar esses conceitos com as normas que disciplinam as situações-problemas detectadas na pesquisa, concluiu-se que não tem havido efetividade dos limites apontados por essas normas. Como a inefetividade se equipara, segundo alguns autores, à ineficácia social, seria possível concluir que sua análise seria sociológica. Acontece que as normas aqui analisadas, segundo classificação da literatura, são normas de estrutura e não normas de comportamento. Se são normas de estrutura, portanto, destinadas a agentes estatais,

seu descumprimento não revela apenas ineficácia social, mas uma ineficácia institucional, de modo que sua análise não é sociológica e mas eminentemente jurídica.

Finalmente, se não há efetividade no cumprimento dos limites normativos da atuação monocrática cujo recorte foi objeto da pesquisa, é possível concluir que essa atuação impacta diretamente o sistema de freios e contrapesos, pois, embora resultado do individualismo que tem caracterizado o STF ultimamente, a atuação monocrática é expressão da mais alta Corte do Judiciário brasileiro que, em se tratando de jurisdição constitucional, pode promover o veto à atuação dos demais Poderes. E se esse veto é exercido fora das condicionantes normativas, equivale ao STF transpor os limites que foram conferidos a sua atuação, enquanto parte dos mecanismos de controle recíproco desenhados pelo Constituinte.

E por mais que a Corte pretenda se arvorar no papel de Constituinte permanente, não pode atuar de forma a abalar a separação de poderes e o sistema de *checks and balances*, alicerces do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABROMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier: Faculdade de Direito da FGV, 2012.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, p. 133-149, 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, 2008.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio. (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: F Konrad Adenauer; São Paulo: Unesp, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Pedido de vista é poder de veto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 abr. 2015. Caderno Opinião, p. 3.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador? Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, vol. 37, n. 01, p. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, 2015.

ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Decidindo (não) decidir**: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988**. Campinas: Millennium, 2008.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, 2008.

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, ano 51, n. 201, p. 71-95, 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden. RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Do solipsismo supremo à deliberação racional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, p. 149-178, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Editores). **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Ato Institucional n. 1**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Ato Institucional n. 2**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Ato Institucional n. 5**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 848/1890**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.564/1939**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/525748/publicacao/15709761>. Acesso em: 7 maio 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16/1965**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Mensagem nº 346/2019**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/msg/vet/VET-346.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011.** Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.104, de 2017.** Altera os artigos 10 da Lei 9.868/99, o artigo 5º caput e suprime o § 1º do artigo 5º da Lei 9.882/99 deste mesmo artigo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-7104-2017>. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 82, de 2019.** Modifica os arts. 93, 97 e 102 da Constituição Federal, para disciplinar os pedidos de vista nos tribunais e dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade e a concessão de cautelares por tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136913>. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021.** Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148030>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.121, de 2019.** Altera as Leis nºs 9.868, de 10 de novembro de 1999, 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 12.016, de 7 de agosto de 2009, a fim de estabelecer prazo para julgamento do mérito após concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, em arguição de descumprimento de preceito fundamental ou em mandado de segurança. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136217>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273-9.** Relator originário: Min. Carlos Brito, Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 16 de março de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864>. Acesso em 10 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367.** Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260590>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.626.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2342651>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.598.** Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4074774>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650.** Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.917.** Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4379376>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017.** Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4437805>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.838.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320500>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Ordinária nº 1.773.** Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.** Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3981292>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4720.** Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5491314>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.989.** Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4727643>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23.452.** Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16/09/1999. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.024.** Relator: Min. Eros Grau, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=162&dataPublicacaoDj=23/08/2004&incidente=3745898&codCapitulo=6&numMateria=117&codMateria=10>. Acesso em 10 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 791.932**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4517937>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTOINTERNO-C-1980.PDF>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 278 de 15 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO-C-278.PDF>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CALMON, Pedro. **História do Brasil**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1956.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988: a atuação do Poder Judiciário**. 2017. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. São Paulo: Almedina, 2017.

CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, quosque tandem? Piauí. Ed. 48, 2010. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-supremo-quosque-tandem/>. Acesso em: 14 dez 2021

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

CHAGAS, Carolina Alves das. **O Supremo, uma ilha – o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro, Agir, 1998.

CLEMENTE, Hícaro Quintela de Medeiros. **Monocratização da jurisdição constitucional brasileira: racionalidade e reenquadramento democrático do uso de cautelares no controle abstrato de normas**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

COHENDET, Marie-Anne. La Collégialité des Juridictions: un principe en voie de disparition. **Revue Française de Droit Constitutionnel**?, Paris, n. 68, p. 713-735, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério. Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006.

DA ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86-105, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O poder de definição da pauta no Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre um caso de configuração autocrática do processo objetivo. **Revista dos Tribunais**, ano 97, v. 28, p. 11-28, 2008.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DUARTE NETO, José. Independência e Accountability Judiciárias. In PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. (Org.). **Federalismo e Poder Judiciário**. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

DUARTE NETO, José; RIZZO, Laura; SILVA, Rudson Coutinho da. **Decisões liminares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade**. No prelo, 2020.

DUARTE NETO, José; SILVA, Rudson Coutinho da. O Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional: aportes para um novo procedimento de investidura de ministros. **Revista de Estudos Jurídicos**, Unesp, Franca, ano 23, n. 37, p. 95-130, 2019. p. 123.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. **Revista de Estudos Institucionais**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 129-154, 2020.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário In FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto Martins; CHAVES, Vitor Pinto, **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013.

FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing, law. **Law and Contemporary Problems**. v. 65, n. 3 p. 41-68, 2002. Disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: A doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, ano 16, n. 40, p-67-81, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GILMAR Mendes diz que só vota financiamento privado após reforma política. **Estado de Minas**. 24 abr. 2015. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/04/24/interna_politica,640766/gilmar-mendes-diz-que-so-vota-financiamento-privado-apos-reforma-polit.shtml. Acesso em: 15 dez 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1034-1069, 2021.

GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, p. 5-62, 2010.

GUERRA, Luis López. La legitimidade democrática del juez. **Cuadernos de derecho publico**. Madrid, n. 1, p. 43-76, 1997. Disponível em <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/454/509>. Acesso em: 21 dez. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-75, 2007.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 268-283, 2015.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: CALDEIRA, Gregory A.; KELEMEN, R. Daniel; WHITTINGTON, Keith E. (Orgs.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. In FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (orgs). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 57, p. 62-81, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCO AURÉLIO: Ato de Moraes foi "nefasto" para Ramagem e gerou "desgaste". **Universo On Line**. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/06/marco-aurelio-entrevista-uol.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.

MAIS de 200 processos do STF estão suspensos por pedidos de vista. **Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mar-11/200-processos-stf-suspensos-pedidos-vista>. Acesso em 08 jan. 2021.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. e JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 [livro eletrônico].

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de teses. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. A ingovernabilidade do STF. **Jota**, 17 de setembro de 2014. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf-17092014>. Acesso em: 30 jul. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Vojvodic, Adriana *et al* (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino do. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 5, 2011/2012.

MINISTROS não conseguem cumprir prazo pra devolver processos. **Consultor Jurídico**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2004-abr-28/ministros_ao_cumprir_prazo_devolver_acoes. Acesso em: 08 jan. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. **Divisão de Poderes. Origem, desenvolvimento e atualidade**. 2017. Tese (Doutorado) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: JusPodivm, 2021.

O'DONNEL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>. Acesso em: 06 mar. 2020.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator. Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. São Paulo, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 88, p. 89-115, 2012.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2011.

PEREIRA, Nicolás Negri. **A ampliação dos poderes do relator e seus impactos no Supremo Tribunal Federal: análise crítica à luz do acesso à justiça e da colegialidade**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evoluções**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia. O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

POLÍBIO. **Historias**. Madrid: Editorial Gredos, 1981. Libros V-XV.

PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP, 2001.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x mandante*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

RAMALHO, Renan. Gilmar Mendes diz esperar “êxito” em mudança no financiamento eleitoral. **G1**. 17 mar. 2015. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/gilmar-mendes-diz-esperar-exito-em-mudanca-no-financiamento-eleitoral.html>. Acesso em: 15 dez. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982. 2ª Reimpressão (1996).

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Marina Ribeiro da. **Justiça de transição e Poder Judiciário**: o relatório da Comissão Nacional da Verdade e a atuação do Supremo Tribunal Federal entre 1964 e 1969. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 181-200, 2015.

SOBRE liminar, Marco Aurélio pede que Fux respeite a cadeira que ocupa. **Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-23/marco-aurelio-fux-respeite-cadeira-ocupa>. Acesso em: 26 maio 2020.

SOUZA, Antonio Francisco. A separação de poderes em Locke. **Polis**, Lisboa, n. 4/5, p. 7-42, 1995. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/1719>. Acesso em: 6 nov. 2021.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. São Paulo: Memória Jurídica. 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in, In TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Edição Kindle.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-102, 2007.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e Independência Judiciais: uma análise da competência do conselho nacional de justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 29-46, 2013.

TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição, ação e processo civil (subsídios para a teoria geral do processo civil). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 52, p. 7-40, 1988.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília em cotutela com a Universidade de Alicante. Alicante, Brasília, 2015.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENANCIO FILHO, Alberto. Juízes e Tribunais – Perspectivas da História da Justiça no Brasil – O STF na República Velha. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 8, n. 41, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1954>. Acesso em: 5 maio 2021.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 407-440, 2008.

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

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “Positivção” do Direito Natural e Política. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 263-281, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, 2008.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

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, p. 021-044, 2009.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e julgamento colegiado. Uma análise do processo decisório do STF**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

APÊNDICE

APÊNDICE A - ADIs com decisões monocráticas ainda não referendadas pelo Plenário concedida nos últimos dez anos (janeiro de 2010 a 25 de junho de 2020)

ADI	RELATOR	CATEGORIA	DATAS
4144	Celso de Mello	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 17/09/08 Cautelar deferida em: 19/12/14
4594	Alexandre de Moraes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 09/05/11 Cautelar deferida em: 22/11/17
4598	Luiz Fux	Fundamentada	ADI proposta em: 11/05/11 Cautelar deferida em: 30/06/11
4598	Luiz Fux	Fundamentadas	ADI proposta em: 11/05/11 Cautelar deferida em: 06/08/14
4917	Carmem Lucia	Fundamentada	ADI proposta em: 15/03/13 Cautelar deferida em: 18/03/13
5108	Dias Toffoli	Fundamentada	ADI proposta em: 01/04/2014 Cautelar deferida em: 19/12/15
5125	Gilmar Mendes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 19/05/14 Cautelar deferida em: 08/02/17
5298	Luiz Fux	Fundamentada	ADI proposta em: 10/04/15 Cautelar deferida em: 15/04/15
5358	Roberto Barroso	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 05/08/15 Cautelar deferida em: 27/10/15
5396	Celso de Mello	Fundamentada	ADI proposta em: 8/10/15 Cautelar deferida em: 25/8/17
5415	Dias Toffoli	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 16/11/15 Cautelar deferida em: 17/12/15
5441	Alexandre de Moraes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 18/12/15 Cautelar deferida em: 26/6/17
5464	Dias Toffoli	Fundamentada	ADI proposta em: 29/1/16 Cautelar deferida em: 12/2/16
5595	Ricardo Lewandowski	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 23/09/16 Cautelar deferida em: 31/8/17
5609	Roberto Barroso	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 13/10/16 Cautelar deferida em: 16/05/17
5628	Teori Zavascki	Fundamentada	ADI proposta em: 24/11/16 Cautelar deferida em: 19/12/16

5698	Luiz Fux	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 02/05/17 Cautelar deferida em: 03/05/17
5781	Roberto Barroso	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 19/09/17 Cautelar deferida em: 08/02/18
5835	Alexandre de Moraes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 27/11/17 Cautelar deferida em: 23/03/18
5946	Gilmar Mendes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 17/05/18 Cautelar deferida em: 18/06/18
5946	Gilmar Mendes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 17/05/18 Cautelar deferida em: 10/09/19
5975	Edson Fachin	Fundamentada	ADI proposta em: 19/07/2018 Cautelar deferida em: 2/8/18
6028	Luiz Fux	Fundamentada	ADI proposta em: 28/09/18 Cautelar deferida em: 28/09/18
6049	Ricardo Lewandowski	Fundamentada	ADI proposta em: 19/12/18 Cautelar deferida em: 19/12/18
6199	Celso de Mello	Fundamentada	ADI proposta em: 19/07/19 Cautelar deferida em: 3/12/19
6218	Celso de Mello	Fundamentada	ADI proposta em: 14/08/19 Cautelar Indeferida em: 10/12/19
6259	Alexandre de Moraes	Fundamentada	ADI proposta em: 18/11/19 Cautelar deferida em: 16/12/19
6269	Ricardo Lewandowski	Fundamentada	ADI proposta em: 26/11/19 Cautelar deferida em: 19/12/19
6296	Marco Aurélio	Fundamentada	ADI proposta em: 26/12/19 Cautelar deferida em: 18/03/20
6298	Luiz Fux	Fundamentada	ADI proposta em: 27/12/19 Cautelar deferida em: 22/01/20
6299	Luiz Fux	Fundamentada	ADI proposta em: 28/12/19 Cautelar deferida em: 22/01/20
6300	Luiz Fux	Fundamentada	ADI proposta em: 01/01/20 Cautelar deferida em: 22/01/20
6305	Luiz Fux	Fundamentada	ADI proposta em: 20/01/20 Cautelar deferida em: 22/01/20
6308	Roberto Barroso	Sem fundamentação	ADI proposta em: 30/01/20 Cautelar deferida em: 2/6/20
6316	Roberto Barroso	Sem fundamentação	ADI proposta em: 10/02/20 Cautelar deferida em: 17/6/20
6350	Gilmar Mendes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 25/03/20 Cautelar deferida em: 20/4/20

6371	Gilmar Mendes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 06/04/20 Cautelar indeferida em: 27/05/20
6379	Gilmar Mendes	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 13/04/20 Cautelar indeferida em: 29/05/20
6457	Luiz Fux	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 10/06/20 Cautelar deferida em: 12/06/20

Fonte: DUARTE NETO, José; RIZZO, Laura; SILVA, Rudson Coutinho da. **Decisões liminares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade**. No prelo, 2020.