

ELES NÃO ERAM ASSIM: O Supremo Tribunal Federal ontem e hoje

Gabriel Dolabela Raemy Rangel

Doutorando em Sociologia e Direito na UFF. Mestre em Direito UGF. Advogado.
Professor da Universidade Cândido Mendes, UCAM.
E-mail: gabrieldolabela@rogeriodomingues.com

Hector Luiz Martins Figueira

Doutorando em Direito na UVA. Mestre em Direito, UVA. Advogado.
Professor da UniFAA e EMERJ.
E-mail: hectorlmf@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar questões que demonstrem mudanças de paradigmas e de atuação do Supremo Tribunal Federal no passado e hoje. Destacando, as atuações ativistas e a judicialização para justificar este novo atuar do Corte Constitucional. Para a configuração desta hipótese de trabalho e para delinear a problemática, optou-se por abordar o desequilíbrio entre a atuação dos três poderes, evidenciando a atuação hiperbólica do poder judiciário. A nova constituição de 1988 desencadeou outros processos de interpretação constitucional, sinalizando uma retomada democrática, o que alterou a forma dos ministros de interpretarem e analisar os fatos sociais e políticos judicializados na década e oitenta e hoje. Uma visão progressista e protagonista do judiciário parece ser o desejo de todos que ali atuam, mas, por outro lado, um feixe de decisões mocráticas passam a surgir naquela Corte, constituindo assim uma crítica ao trabalho dos ministros. Por último é possível pensar que a sociedade civil neste contexto, também espera do judiciário respostas para temas espinhosos não enfrentados pelo legislativo e executivo.

Palavras chaves: Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial. Judicialização.

THEY WERE NOT LIKE THAT: PAST AND PRESENT OF THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT

This paper aims to approach topics that expose the change in paradigms and performance of the Federal Supreme Court in the past and nowadays. The study highlights activist behaviors and Judicialization to justify this new way of acting adopted by the Constitutional Court. In order to construct this hypothesis and draw up the problematic, the study approached the imbalanced operation of the three Powers, emphasizing the Judiciary Branch's hyperbolic performance. The new Constitution of 1988 unleashed new processes of constitutional interpretation, enabling a democratic restoration and changing the way ministers interpret and analyze social and political facts that were judicialized in the 1980s and nowadays. A progressive and protagonist performance by the Judiciary Branch seems to be expected by all of those involved, however, this performance has been being

criticized as questionable decisions emerge in that Court. Finally, it is possible to infer that society, in this context, also expects a response by the Judiciary Branch about controversial matters that have not been approached by the Legislative and Executive powers.

Keywords: Supreme Court. Judicial activism. Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel de protagonismo na vida institucional e constitucional brasileira. A atenção para a Corte coloca o judiciário no centro de diversos debates, o que pode gerar aplausos e críticas do seio social e das camadas políticas que envolvem os demais poderes. Tal fenômeno, não é apenas peculiaridade nacional, em outros cantos do mundo, supremas cortes também são convocadas a se posicionarem acerca de temas mais espinhosos e controvertidos.

Dados jornalísticos e jurídicos demonstram que o Poder Judiciário alçou, no Brasil, nas últimas duas décadas, papel de destaque na política nacional. O Supremo Tribunal Federal passou a ser o centro de debates acalorados, sendo cada vez mais corriqueiro o uso de expressões como “judicialização da política” e “ativismo judicial”, para designar, a grosso modo, esse movimento de hipertrofia da atuação dos juízes, invadindo inclusive questões que outrora eram enfrentadas somente no âmbito dos Poderes eleitos. Não faltam exemplos de episódios em que o Supremo Tribunal Federal decidiu questões relevantes, interferindo na esfera dos outros poderes. Pode-se citar a possibilidade de união de pessoas do mesmo sexo, que foi autorizada pela Corte em 2011⁵⁸, ou o recente episódio em que o ministro Alexandre de Moraes impediu a nomeação de Alexandre Ramagen, para o cargo de diretor-geral da Polícia Federal⁵⁹.

Não há um único fator ensejador desse fenômeno. Ao revés, existe um emaranhado de fatores que, somados, desaguaram nesse cenário. O fator, contudo, que mais se invoca é a própria redemocratização do país, depois de longos anos de ditadura militar, e a promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2009, p.17-32). É que foram muitas as inovações trazidas pela nova Carta, tais como um extenso cardápio de direitos fundamentais, que, se negados,

⁵⁸ A decisão foi proferida no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132.

⁵⁹ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/04/29/alexandre-de-moraes-suspende-nomeacao-de-ramagen-como-diretor-geral-da-pf.htm> Acesso em: 03/06/2020.

passam ser satisfeitos no Judiciário. Daí as ideias, por exemplo, de “judicialização da saúde”, “judicialização da educação” etc.

Outras mudanças relevantes na Constituição merecem ser mencionadas. Por exemplo a legitimidade para ajuizar as ações de controle de constitucionalidade, que, sob a égide da Constituição de 1969, era conferida apenas ao Procurador Geral da República, na nova Constituição, passou a ser conferida a uma série de sujeitos previstos no artigo 103. Com isso, houve ampliação do controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, já que as grandes questões constitucionais passaram a receber um ponto final mediante utilização de ação direta. Hoje, até mesmo os partidos políticos com representação no Congresso Nacional podem manejar ações diretas para controle abstrato de constitucionalidade, o que faz com que aquele partido que se vê derrotado na arena política em uma discussão legislativa possa levar a discussão ao STF. E o faz com custos baixíssimos, ainda que apenas para marcar sua posição.

No entanto, o que se tentará mostrar aqui é que a Constituição de 1988, por si só, não teria importado nessa hipertrofia do STF. Foi necessária a conjugação disso com uma opção dos ministros que compõem a Corte por atuar de forma expansiva e ativista, para que se chegasse ao estágio em que nos encontramos. Em outras palavras, o que se tentará mostrar é que houve uma opção – ainda que não tão abrupta — dos membros do STF por atuar sem uma autocontenção.

A problemática a ser enfrentada pelo artigo reside em articular transformações no tempo acerca do poder judiciário, com o recorte do Supremo Tribunal Federal. A pergunta seminal é questionar, *como e porque* o STF assume um papel de centralidade ao longo de sua atuação na história da tradição jurídica brasileira.

A metodologia utilizada para a elaboração desta discussão foi de análise do discurso e pesquisa documental. Dois métodos aliados que garante criteriosa revisão de literatura afeta ao tema e propõe bases jurídicas, sociológicas e filosóficas para se pensar a transformação do Direito dentro da realidade vivenciada.

Neste sentido, importa destacar que a utilização de uma bibliografia adequada proporciona elementos para deliberar, e até em alguns casos resolver, problemas já notórios, como

igualmente descobrir novos campos onde os problemas não se cristalizaram o suficiente e tem por objetivo permitir ao pesquisador "o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações" (TRUJILLO, 1974, p.230).

Em um primeiro momento será demonstrado o desequilíbrio entre os três poderes no Brasil. Adiante, será conceituado judicialização, ativismo e autocontenção judicial. Em seguida será demonstrado que o STF não agia de maneira ativista nos primeiros anos da promulgação da Constituição de 1988 e, ao final, tentar-se-á demonstrar que a postura dos ministros foi alterada gerando o momento atual.

2 DESEQUILÍBRIO INSTITUCIONAL ENTRE OS TRÊS PODERES

A compreensão analítica e sistemática de atuação do STF ontem e hoje buscam fazer reflexões e encontrar respostas para problemas institucionais consagrados que se perpetuam e se transformam ao longo do tempo. É possível que boa parte dos dilemas constitucionais enfrentados hoje pelos tribunais e pela Suprema Corte deitem suas origens no passado. Para melhor compreensão destes eventos, nesta quadra pretendemos discutir como o desequilíbrio institucional dos poderes pode ser um dos fatores relevantes para compreender as representações e os significados da atuação do STF nos dias atuais.

A primeira hipótese seria sobre a democracia tardia e frágil brasileira. Fala-se em trinta e dois anos de virada democrática com a promulgação da constituição de 1988, entretanto, a carta constitucional todos dias nos prova que seu alcance como folha de papel é ainda maior do que sua dimensão na efetividade dos direitos e das garantias civis. Ficando sempre no negativo a conta do Bem-Estar Social de Direito. Essa possível crise de da democracia brasileira é bem compreendida por como sendo "Uma crise multifacetada que tem como consequência o declínio das estruturas representativas tradicionais e um mal-estar geral com o funcionamento democrático atual". (GALLEGO, 2018, p. 6)

A segunda hipótese seria compreender que na nossa tradição jurídica, o judiciário é concebido como um poder que trabalha exclusivamente para atender os fins e anseios do Estado. Neste compasso, as decisões em muitos casos, são fruto de interesses estatais em detrimento de uma escuta ou aspiração social. Explica-se, para Hans Kelsen (2006), o judiciário não se constitui

enquanto um poder é. Para o autor, somente o legislativo e o executivo podem ser considerados poderes por emanarem do povo. O judiciário, por seu turno, não emana do povo, logo não poderia ser considerado um poder instituído pelo Estado como os demais. Mas esta discussão seria demasiadamente alongada para este artigo.

Terceira e última hipótese para ser pensada é o velho e já conhecido desequilíbrio entre os três poderes que violaria a *independência* e a *harmonia* do artigo 2º da CRFB e antes disso a tripartição de Montesquieu (2000) em o *Espírito das Leis*. Durante o percurso de democratização brasileira, os poderes executivos e legislativos viram sua credibilidade sendo minada por uma avalanche de políticos profissionais ficha-suja que desviavam verba pública a fim de atender interesses particulares. Este movimento, vem sendo noticiado anos de modo reiterado pela mídia nacional e neste compasso, o judiciário floresce como salvador da pátria.

No contexto de um enigmático Estado Democrático de Direito, para que esse se sustente, ao menos no caso brasileiro, conta-se com um arcabouço constitucional-normativo hierarquizado, com uma Constituição suprema e rígida, que através da atuação do poder judiciário, tenta efetuar a proteção dos direitos fundamentais, promover a segurança jurídica dos cidadãos e manter a estabilidade das instituições democraticamente constituídas. Assim, nos parece razoável e aceitável que o judiciário tenha tomado os rumos que tomou nos últimos tempos.

Por óbvio, nos surge um questionamento: por que houve este protagonismo nos últimos anos de um dos poderes da República Brasileira? Este é, portanto, o ponto importante deste artigo, na esteira da preciosa obra do professor Luis Roberto Barroso “*A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais*” é possível perceber que:

Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, *o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais*. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. (BARROSO, 2016, p.527). *Grifos nossos*

O ministro em suas anotações e reflexões aprofundadas acerca do direito constitucional brasileiro, já percebe a existência de um curioso paradoxo e desequilíbrio, qual seja, o fato de no Brasil, as pessoas possuem maior familiaridade e empatia com juízes do que com representantes do parlamento eleitos democraticamente. Neste contexto, representantes do poder judiciário começam a deliberar sobre questões afetas a política, o que tipicamente deveriam ser pensadas no âmbito do Congresso Nacional.

3 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

O Supremo Tribunal Federal hoje posiciona-se como instituição de alta relevância no cenário político brasileiro, atuando ativamente nas mais variadas esferas, ocupando diariamente posição de destaque nos noticiários e nas redes sociais. Chega-se a falar que a nomeação de um novo membro do Supremo Tribunal Federal hoje “é mais importante do que a eleição de um deputado, de um senador, ou mesmo de um governador” (FALCÃO, 2015, p. 22).

Como consequência, tornam-se corriqueiras no mundo acadêmico discussões envolvendo expressões como “judicialização”, “ativismo” e “autocontenção judicial”. Tem-se nas primeiras duas expressões a ideia comum de um protagonismo do Poder Judiciário, que passa a ser chamado a solucionar questões que, originalmente, não lhe caberiam. Há, em outras palavras, uma transferência de discussões políticas, sociais ou morais e assuntos controvertidos do campo da política majoritária — onde os principais atores são democraticamente eleitos — para os juízes.

Importa ser ressaltado que tal fenômeno não é exclusivo do Brasil, como dito inicialmente. A ampliação da influência das Supremas Cortes no mundo contemporâneo sobre todas as dimensões da vida é objeto de estudos na maior parte dos países do ocidente. Cite-se, a título exemplificativo, os trabalhos do americano Chester Neal Tate (1995), do italiano Mauro Cappelletti (1993) e do argentino Roberto Garganella. (2014)

Embora alguns autores como Leonardo Sarmento encarem judicialização e ativismo como sinônimos (Sarmento, 2015, p. 91), não nos parece ser essa a visão mais acertada. Como diz Luís Roberto Barroso, “Judicialização e ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens.” (Barroso, 2009, p.21). Judicialização representa o fato de que inúmeras questões da mais vasta repercussão política e/ou social passam a receber um ponto final no Poder Judiciário. Neste sentido o autor ainda esclarece:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo [...]. Neste contexto, a Judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário. (BARROSO, 2012, p.366-369)

Questões que, em outras épocas, eram encaradas somente pelas instâncias políticas, passam ao âmbito do Poder Judiciário, com imenso destaque ao STF. Ainda com o auxílio do mesmo autor, podemos compreender as diferenças entre Judicialização e ativismo percebendo que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. (BARROSO, 2012, p.371)

O autor americano Ronald Dworkin (1999) confirma o entendimento de Barroso ao compreender que o ativismo judicial é decorrente de uma vigorosa participação do poder judiciário na consolidação e materialização dos valores constitucionais vigentes. Desta forma, a principal diferença que marca os dois institutos, é na concepção e surgimento do termo. Ao passo que a Judicialização é uma consequência e circunstância do “desenho institucional” brasileiro, por outro lado, o ativismo se relaciona com uma atitude proativa de se interpretar a Constituição Federal.

O ativismo judicial, portanto, quando bem pensado e articulado, incita a construção de institucionalidades mais pujantes e democráticas. Podendo ainda, contribuir para a estabilidade da nossa engenharia constitucional. Por outro lado, quando mal executado e aplicado, o ativismo se apresenta como um governo de juízes, de uma justiça de salvação, até denominada por alguns críticos de “magistocracia⁶⁰” (HÜBNER MENDES, 2018).

Hoje, o Judiciário é chamado a atuar, inclusive, nas hipóteses de omissões dos demais Poderes, através de mecanismos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nessas hipóteses, a inércia do Poder Público em cumprir alguma promessa da Constituição, faz com que o Poder Judiciário seja chamado a se manifestar, sanando aquela omissão. (FILHO, 2014, p. 159-179). Também foi dado ao Supremo o dever de julgar agentes políticos titulares do vulgarmente chamado de “foro privilegiado”, sendo que a ação penal conhecida como “mensalão” e, depois, a conhecida “operação lava-jato” minaram a classe política já desgastada, criando uma sensação de o Judiciário ser capaz de, enquanto poder imune ao processo eleitoral, poder eliminar a corrupção.

⁶⁰ Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/magistocracia-gran-familia-judicial-brasileira.html> Acesso em: 14/09/2020

O fato é que, no mundo ocidental de modo geral, as Constituições do pós-guerra e pós regimes ditatoriais passaram a ser ousadas no rol de direitos fundamentais consagrados em seus textos, a fim de tentar estancar a possibilidade de serem visitadas novamente aquelas arbitrariedades do passado próximo. Isso foi somado a uma série de medidas voltadas ao bem-estar da população, estabelecidas na lida de se controlar problemas estruturais descortinados pelo modelo capitalista, de sorte que foi imposto pelos novos diplomas a obrigação de o Poder Público assegurar direitos sociais e realizar políticas compensatórias e corretivas do sistema econômico vigente. A todos esses direitos corresponde a possibilidade de uma ação judicial para satisfazê-los.

José Ribas Vieira, Margarida Lacombe Camargo e Alexandre Garrido da Silva delimitam três enfoques da judicialização. O primeiro diz respeito à transferência decisória do Executivo e do Legislativo ao Judiciário, que passa a rever, inclusive, as regras de atuação democrática. Em segundo lugar, percebem-se conflitos coletivos com o escopo de agregação social e promoção da cidadania solucionados pelos juízes. Por derradeiro, transfere-se a lógica da argumentação política para a lógica jurídica, no que chamaram de “domesticação da política”. (VIEIRA, CAMARGO, SILVA, 2009, p. 74-85)

Ernani Carvalho, por seu turno, percebe que a simples soma de democracia política, controle recíproco entre os poderes e previsão de extenso catálogo de direitos fundamentais, com mecanismos de garantia trazem a judicialização como consequência lógica e imediata. (CARVALHO, 2020)

Já a expressão ativismo judicial está ligada à conduta proativa, expansiva, ousada, dos órgãos do Poder Judiciário, na hora de interferir na esfera de atuação dos demais Poderes ou no julgamento de questões de repercussão política e/ou social. Thamy Progrebinschi afirma que o juiz ativista é aquele que: “a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade.” (POGREBINSCHI, 2020, p. 122)

Alguns autores, como Luis Roberto Barroso (2009), parecem definir ativismo de forma positiva. Veem o ativismo como postura eficaz na consolidação dos direitos fundamentais,

capaz de dar as respostas esperadas pela população. Em outro giro, autores como Elival da Silva Ramos preferem vê-lo como algo negativo, representando uma “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional” (Ramos, 2015, p. 116) isto é, haveria, grosso modo, uma extrapolação dos juízes em relação à legitimidade democrática que lhes é conferida pela Constituição. Certo é que, como bem frisaram Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi “o termo nunca possuiu um significado unívoco, podendo designar, também, a intensa atividade do Judiciário, sua intervenção em casos duvidosos ou claramente políticos, a amplitude e forte intensidade dos efeitos das decisões judiciais, assim como o protagonismo do juiz no processo.” (DIMOULIS, LUNARDI, 2011, p. 470).

A ideia diametralmente oposta ao ativismo judicial é a autocontenção. Este conceito objetiva contrabalançar o poder conferido ao Judiciário com diversas formas de limitação material e processual de suas competências, além da fiscalização realizada pelos demais poderes. Talvez o nome mais lembrado ao se tratar do tema é o do americano Sunstein (1999), que trouxe a ideia de “minimalismo judicial”. Sem entrar nos pontos complexos da obra, o autor aponta, em suma, a imperiosa necessidade de se estabelecer uma compreensão democrática do papel da Constituição de forma a evidenciar o nexo e não uma tensão existe entre constitucionalismo e democracia. Para tanto seria necessária uma esfera pública participativa para serem tomadas as decisões legítimas.

Nesse passo, deveria o Judiciário, em casos difíceis, agir de maneira autocontida, atendo-se somente aos pontos fundamentais do caso concreto, sem ampliar sua interpretação e o espaço de sua decisão. Isso seria indispensável sobretudo em questões em que há alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e onde a nação está dividida em termos morais. O fenômeno do minimalismo importa, em apertado resumo, na postura do Judiciário de dizer somente o que é necessário para justificar a sua decisão, deixando em aberto, dentro do viável, as questões mais largas, que envolvam maiores discussões, notadamente sobre princípios.

Postos esses conceitos, é de se dizer que, malgrado haja vozes contrárias (Progrebinschi, 2011), o STF tem vivido um processo de judicialização, marcado por uma atuação ativista notória. Não à toa, hoje chega-se ao ponto de se falar em “supremocracia” (VIEIRA, 2008). É bem verdade que, em algumas oportunidades, nos últimos anos, os ministros optam por agir com

autocontenção. Tome-se como exemplo o julgamento da ADPF 187, que discutia a manifestação favorável à legalização da maconha, intitulada “Marcha da Maconha”. Nessa oportunidade, o Ministro Luiz Fux fez questão, em seu voto, de dizer que agia ali em autocontenção, sem adentrar na questão dos parâmetros jurídicos da proibição do consumo de drogas.⁶¹No entanto, repita-se, de modo geral a postura hoje é ativista.

O objetivo do trabalho, contudo, é mostrar que, nos primeiros anos da promulgação da Constituição da República, a postura do STF era autocontida e não ativista como se vê nos dias de hoje.

4 A ATUAÇÃO DO STF NOS PRIMEIROS ANOS DE PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É difícil compreender, com a visão que temos hoje do Poder Judiciário, como era o STF do passado. Hoje, com a amplitude midiática e com o avanço da internet, todos conhecem os ministros da corte, seus perfis, currículos e detalhes de suas vidas privadas. Mas até pouco tempo atrás não era assim. Os ministros viviam em anonimato, não recebiam tanto destaque midiático. Tome-se como exemplo as sabatinas dos ministros no Senado após indicação pelo presidente. Hoje são atos amplamente noticiados, com enorme destaque, transmitidos ao vivo. Em 1989, contudo, quando o então presidente José Sarney nomeou o ministro Celso de Mello, o fato praticamente não foi noticiado:

Mello era de outros tempos, tempos anteriores à internet. Indicado por Sarney em 1989, sua sabatina na CCJ do Senado não recebeu quase nenhuma atenção da mídia. Dos principais jornais brasileiros (Folha, Estadão e O Globo), apenas a Folha registrou, em cerca de ¼ de página inteira, sem chamada na capa, sua sabatina e aprovação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Já a sabatina de Fachin, em 2015, foi manchete nos três jornais. (RECONDO & WEBER, 2019, p. 84-85)

A Constituição de 1988 representou uma ampliação da atuação do STF, mas, por mais estranho que pareça, como resposta a isso, no primeiro momento logo após a promulgação do documento, houve uma tentativa dos ministros que compunham o STF à época de conter o fluxo de casos que passaram a visitar a Corte. Isso representou uma tentativa, em última análise, de autolimitação. É que quanto maior o fluxo de casos maior é a possibilidade de o STF — órgão inerte — exercer seu poder e defender suas teses. Portanto, a ampliação e protagonismo do STF hoje decorre muito do aumento do fluxo que lá passou a desaguar.

⁶¹Acórdão disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505> Acesso em 02/07/2020.

Mesmo durante o processo de confecção da Carta pela Assembleia Nacional Constituinte houve manifestações públicas dos ministros do STF contrários à expansão das atividades da Corte. Os ministros chegaram a enviar uma carta oficial à Comissão Afonso Arinos, convocada pelo presidente José Sarney para elaborar a redação da nova Constituição, sugerindo que a legitimidade para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade permanecessem somente conferida ao Procurador Geral da República, não sendo ampliado o rol de legitimados, como efetivamente acabou ocorrendo. (ARGUELHES, 2014, p. 31). Hoje, como já destacado, podem ajuizar essas ações uma série de pessoas previstas no artigo 103, da Constituição da República.

Aqui merece o destaque o fato de que, embora tenha sido cunhada uma nova Constituição, foram mantidos os ministros que já integravam o STF. No geral eram ministros nomeados no período da ditadura militar pouco comprometidos com a transformação constitucional do país. Uma Constituição nova com ministros antigos, decerto, importaria em antinomias.

Certo é que, visando a conter o fluxo de casos inerente à ampliação dos legitimados a propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade, sem qualquer previsão legal, os ministros criaram a figura da “pertinência temática”. Trata-se da necessidade de que alguns dos legitimados a propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade têm de demonstrar que as questões discutidas na ação repercutem diretamente sobre a sua esfera jurídica. É uma espécie da exigência de que haja um liame entre o objeto da ação e a pessoa que ajuíza a ação. (RANGEL, 2017, p. 101-124). Portanto, uma exigência criada pelo STF para, repise-se, frear o fluxo de casos e, como consequência, a sua possibilidade de exercício de poder.

Outra contensão do fluxo de casos deu-se pela criação de uma série de exigências para que as “entidades de classe de âmbito nacional”, previstas como legitimadas a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade no artigo 103, IX, da Constituição da República, pudessem manejar essas ações. Segundo a jurisprudência do STF, é necessário que haja filiados da entidade de classe em pelo menos 9 estados. Esses filiados devem exercer a mesma atividade econômica ou profissional. Esse posicionamento foi construído basicamente na ADI 34- DF, de 1989, relatada pelo Ministro Octávio Gallotti. Mais adiante, na ADI 894/DF, de 1995, relatada pelo Ministro Néri da Silveira, foi reafirmado que não são legítimas entidades

associativas de outros seguimentos da sociedade civil que não têm vínculo profissional, tendo sido negada legitimidade à União Nacional dos Estudantes (UNE).

Também foi criada pelos ministros, sem qualquer previsão legal, a tese de que não é possível ação direta de inconstitucionalidade contra normas anteriores à Constituição da República, isto é, foi firmado que não existe a inconstitucionalidade superveniente em nosso direito. Esse entendimento foi firmado na ADI 02, de 1989, relatada pelo ministro Paulo Brossard. Representando outro freio ao fluxo de casos na Corte, estabelecido pela própria Corte.

Portanto, diga-se novamente, existem fortes exemplos de que os ministros nos primeiros anos de vigência da Constituição Cidadã posicionaram-se de forma auto restritiva, visando a conter o avanço do fluxo de casos na Corte e, assim, reduzir sua esfera de exercício de poder.

5 A MUDANÇA DE POSTURA

Desde a promulgação da Constituição em 1988 até os dias de hoje, a composição do STF sofreu diversas alterações, sendo que os ministros nomeados no período da ditadura militar foram dando lugar a novos homens e mulheres com perfis mais progressistas. Tivemos diferentes presidentes da república, que optaram por nomear diferentes perfis de pessoas para a Corte. Foram nomeadas mulheres, sendo a primeira a ministra Ellen Gracie, indicada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso. Foi nomeado o ministro negro Joaquim Barbosa, no governo Lula. E mais uma série de pessoas com novas ideias e com posturas mais proativas e expansivas na tomada de decisões.

Em paralelo, foi ampliada a exposição midiática dos ministros. A criação da TV Justiça em 2002 talvez tenha sido um grande marco nesse aspecto. A partir do momento em que os julgamentos passaram a ser transmitidos ao vivo e os votos e bate-bocas passaram a ser acompanhados pelo grande público, os ministros passaram a ser “bandidos e mocinhos, protagonista e antagonistas que trocam de papel ao sabor do humor da audiência.” (RECONDO & WEBER, 2019, p. 94)

Isso tudo foi somado a uma espécie de crise do sistema representativo marcante no período pós redemocratização. Hoje é amplamente sustentado que, por inúmeros motivos, o povo não sente

que a escolha de um representante nas urnas gere efetiva representação política e democrática. A complexidade do sistema eleitoral, aliado à falta de ideologia da maioria dos partidos e aos escândalos de corrupção descortinados nos últimos anos, minaram a classe política. As manifestações populares eclodidas em todo o país em 2013 foram certo reflexo disso. Também é imagem desse fenômeno a prática do voto de protesto, onde figuras esdrúxulas alcançam votação expressiva. Um exemplo é o palhaço Tiririca que alcançou 1.348.295 votos. (SANTOS, 2011, p. 90)

Nesse contexto, alguns identificam no Poder Judiciário a solução para atendimentos de demandas da sociedade não satisfeitas pelas instâncias políticas em crise. O que transforma a corte constitucional, em especial, em uma dimensão de julgar questões morais, para além de mera interpretação legal. De modo a tornar este poder um patriota da sociedade ou um algoz.

O STF alcançou papel de enorme destaque, portanto, por uma série de fatores, mas também por uma opção proativa dos ministros. Ao mesmo tempo, o órgão passa a ser alvo de inúmeras críticas pela classe política, por parcela da população e da comunidade jurídica. Surge uma espécie de movimento de “*haters*” do STF. Não custa lembrar a reunião ministerial de 22/04/2020, em que o então ministro da educação Abraham Weintraub disse a seguinte frase: “eu por mim botava todos esses vagabundos na cadeia, começando no STF”⁶². Ou as recentes manifestações contra o STF em vários lugares do Brasil.⁶³

Do ponto de vista acadêmico, uma das críticas à Corte que merece destaque é o excesso de decisões monocráticas por parte dos ministros, o que Diego Werneck e Leandro Molhano chamaram de “*ministrocracia*” (ARGULHES, 2018, p. 13-32). Ao invés de decidir assuntos relevantes de forma colegiada, os ministros optam em muitos casos por decidir monocraticamente, em uma espécie de imposição de sua vontade por vezes isolada. É como se cada ministro fosse uma ilha e a colegialidade, por vezes, ao invés de ser instrumento para construção de boas decisões, passa a ser um verdadeiro obstáculo para fins almejados pelos julgadores.

⁶²Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/eu-por-mim-botava-esses-vagabundos-todos-na-cadeia-comecando-no-stf-diz-ministro-da-educacao-em-reuniao.ghtml> acessada em 09/07/2020. Acesso em: 11/09/20

⁶³Dia 31/05/2020 ocorreram manifestações contra o STF em vários estados do país. O presidente Bolsonaro compareceu à manifestação em Brasília.

Sem fazer um juízo valorativo se o movimento é positivo ou negativo, o fato é que hoje vê-se uma guinada no sentido do ativismo judicial e da expansão do STF. Os ministros da Corte são amplamente conhecidos pelo grande público, têm perfis nas redes sociais com muitos seguidores e colocam o ponto final em questões que outrora cabiam às instâncias eleitas pelo voto popular, sendo, cada vez mais, protagonistas do movimento político nacional.

É comum se deparar com notícias circulando pela internet e televisão, de ex-ministros do STF que objetivam se candidatar para cargos eletivos, vemos também ministros comparecendo a programas de entrevista e auditório para especularem sobre o Brasil e seu futuro.

Como bem salienta Paulo Magalhães Da Costa Coelho (2002), paulatinamente o Poder Judiciário vem sendo chamado a enfrentar os desafios destes novos tempos, notadamente de concretizar a Constituição e sua principiologia por via de sua interpretação. Não se cuida de desafio fácil de ser vencido, muito em função das raízes históricas e políticas, em razão das quais o Brasil sempre teve uma postura hesitante no controle dos atos da administração pública e, notadamente, quando se tratava de conter o arbítrio e tornar efetivos direitos individuais e sociais.

É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas, sim, a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada, e tal missão somente pode ser cumprida se o poder judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas, sim, no princípio da constitucionalidade dos atos.

O professor Clèmerson Merlin questiona se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador, haja vista que poderia haver afronta ao princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. Assevera ainda, que:

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do judiciário nesse campo. (CLÈVE, 2006, p.35)

Neste sentido, vê-se o fortalecimento do poder judiciário e sua atuação em todos os seguimentos; social, jurídico, político e econômico. Com este agigantamento do poder judiciário no Brasil, muitos autores começaram a identificá-lo com elementos de outros direitos. Ronald Dworkin, autor americano, trabalha com a figura de um juiz Hércules – todo poderoso que conhece todos os princípios e normas e julga com toada a clareza que lhe é peculiar. Desta forma, tem-se que:

Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando. (DWORKIN, 2003, p. 416)

O único problema e crítica que constamos nesta teoria é que a partir do momento em que o juiz passa a julgar para além da lei, ele se torna um ator arbitrário e de certo modo, viola frontalmente preceitos de um Estado democrático de Direito.

A questão da sua legitimidade, como consequência, aflora. O que permite que 11 ministros não eleitos pelo povo decidam de maneira contrária com 513 deputados federais, 81 senadores e 1 presidente eleitos pelo povo? Essa é pergunta relevante que cientistas políticos, juristas e sociólogos tentam responder.

É bem verdade que as competências do STF são constitucionalmente previstas e que, naturalmente inertes, somente quando provocados os ministros decidirão. No entanto, isso só não parece satisfazer todas as inquietações decorrente do movimento aqui relatado.

6 CONCLUSÕES

O STF galgou papel de destaque no cenário político nacional. Por um mosaico de fatores, o fluxo de casos rumo à Corte cresceu exponencialmente após a promulgação da Constituição de 1988, passando a ser muito comuns expressões como “ativismo judicial” e “judicialização da política”. Contudo, o que o presente trabalho pretendeu mostrar é que a postura dos ministros que integram a Corte foi fundamental a esse movimento de hipertrofia do papel da Corte.

Parece-nos que a opção pelo caminho do ativismo judicial traz algumas dúvidas se seria a melhor solução para tratar dilemas de uma sociedade desigual e hierarquizada como a brasileira. Critica-se o fato desta atuação, tornar vulnerável a arquitetura constitucional que encarregou o

poder judiciário a missão de garantir a concretização dos direitos fundamentais que se instauram com o início da era democrática.

Assim, no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 1988, os ministros que compunham o STF tiveram posturas restritivas, com julgamentos históricos no sentido de conter o fluxo de casos que passou a visitar a Corte. Uma das explicações para isso é que a sua composição se manteve intacta com a nova Carta, sendo integrada basicamente por ministros nomeados no curso conservador da ditadura militar. Uma Constituição nova com ministros antigos.

Contudo, paulatinamente, a democracia foi evoluindo, novos presidentes foram eleitos e, aos poucos, novos ministros foram sendo nomeados assumindo o assento daqueles antigos. Homes e mulheres de viés mais progressista e com afã de agregar poderes à Corte passam a ditar o rumo da história e a tentar corrigir uma espécie de déficit democrático debitado às instâncias políticas. Nas três décadas de julgamentos sob a égide da Constituição de 1988 a compreensão do papel do STF foi mudando, ampliando-se, até o ponto que hoje a sua legitimidade é colocada em xeque por alguns.

Todo esse protagonismo, hoje, faz sentido em algum aspecto. Na tarefa de manter uma postura de salvador da pátria brasileira, com ampla credibilidade conferida pela sociedade já enfadada com a classe política, pode-se imaginar um Judiciário capaz de combater a corrupção e sanar problemas não encarados pelos outros Poderes. Os juízes de hoje não são como os de outrora. De obras públicas a medicamentos, da liberdade ao patrimônio, a força das decisões judiciais repercute em nossas vidas de forma cada vez mais lancinante. Contudo, não são poucas as incertezas que residem em todo esse fenômeno acelerado.

Sem entrar no mérito se o novo perfil da Corte tem sido algo positivo ou não, o presente trabalho buscou pontuar esse movimento de hipertrofia do órgão não só como reflexo lógico da promulgação da Constituição, mas também como uma certa opção pessoal dos ministros em determinados casos.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, pp. 13-32, 2018.
- _____. Poder Não é Querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas**, v. 25, p25-43, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 13, p. 17-32, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. Um dossiê sobre taxonomia das gerações de direitos. **Revista Estudos Institucionais**. Vol. 2, 2, 2016.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre. Sérgio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Ciência Política**. Disponível em: <www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf> Acessado em 02/07/2020
- CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, n. 54, p. 30, jan./mar. 2006.
- COELHO, P. M. C. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Ativismo e Autocontenção no Controle de Constitucionalidade**. In: FALLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI, Daniel; DWORKIN, R. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- GALLEGO, E. S. **Crise da Democracia e extremismos de direita (Análise, No. 42)**. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung Brasil, 2018.
- GARGANELLA, Roberto. **La Sala de Máquinas de La Constitución: dos siglos de constitucionalismo en America Latina**. Buenos Aires. Katz, 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. E notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2000.

NOVELINO, Marcelo. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, v. p. 459-475

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

_____. **Judicialização ou Representação: Política, Direito e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. Saraiva: 2015.

RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. Crítica à Pertinência Temática. **Revista da EMERJ**, v. 19, n.4, p. 101-124, 2017.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo. Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Fabiano G.M. **Um elogio ao Tiririca: o perigo da oligarquização ronda nossa democracia. Insight Inteligência**. Rio de Janeiro. Volume 54. 2011.

SARMENTO, Leonardo. **Controle de Constitucionalidade e Temáticas Afins**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2015.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a time: Judicial Minimalismo n the Supreme Court**. Cambridge. Harvard University Press, 1999.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York/Londres: New York University Press, 1995.

TRUJILLO FERRARI, Alfonso. **Metodologia da ciência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. Versus: **Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE**, v. 02, p. 74-85, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. Volume 4. São Paulo. 2008.