

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

JULLY EMELY PEREIRA WANDERMUREM SOBREIRA ROCHA

**DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONSTITUCIONAIS x POLÍTICAS**

SÃO MATEUS
2020

JULLY EMELY PEREIRA WANDERMUREM SOBREIRA ROCHA

**DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
CONSTITUCIONAIS x POLÍTICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof^o: JULIANA BARROS OLIVEIRA
OTTO

SÃO MATEUS

2020

JULLY EMELY PEREIRA WANDERMUREM SOBREIRA ROCHA

**DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONSTITUCIONAIS x
POLÍTICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. JULIANA BARROS OLIVEIRA OTTO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADORA**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2020

Gratidão, pois até aqui o Senhor me ajudou!

AGRADECIMENTOS

Aqui, gostaria de começar falando sobre Deus. Sobre esse Deus que foi e é tão maravilhoso comigo. Foi Ele quem segurou em minha mão nos dias mais difíceis, foi Ele que ficava comigo nas madrugadas de estudos e, eu creio que se não fosse por Ele não teria conseguido terminar esse curso.

Gratidão eterna ao meu esposo, Gilliard. Além de Deus, ele foi peça fundamental durante esse período de curso. Na verdade, ele foi um dos maiores incentivadores que eu tive. Ele fez tudo o que podia e não podia para que eu pudesse concluir com êxito essa etapa. Ao meu filho, Heitor, que me deu força para continuar, mesmo com muito cansaço da rotina de mãe. Você traz cor para a vida de mamãe. Eu amo vocês eternamente! Vocês trazem paz e calma (nem tanto, no caso do furacão Heitor, risos) para minha vida!

A minha mãe que sempre esteve ao meu lado. Não mediu esforços para facilitar minha vida, principalmente, depois que tive o meu filho. Obrigada, mãe! Quero um dia poder retribuir tudo o que a senhora faz por mim.

A minha professora orientadora, Juliana Otto. Gostaria de deixar registrado aqui que muitas vezes eu me desesperei e você foi incrível me acalmando, trazendo palavras reconfortantes para mim. Obrigada pela caminha, ainda que, com muitos desafios para mim... Você foi essencial para a conclusão desse trabalho. Desejo muito sucesso na sua vida. Gratidão é o meu sentimento por você.

Aos familiares e amigos que sempre me trouxeram palavras de incentivo, ajuda e motivação, obrigada por fazerem parte dessa caminhada durante cinco anos.

As minhas amigas que sempre me ajudaram nas dificuldades encontradas, principalmente nesse trabalho. E aos meus colegas de turma, gostaria de agradecer por tanto aprendizado, trocas e maturidade. Levarei muitos comigo!

E por fim, mas nada menos importante, aos meus mestres. Aqueles que trouxeram tanto conhecimento para mim! Obrigada professores! Muitos marcaram por sua maneira de ser e outros por tantos períodos juntos, rsrs. Deus abençoe cada um de vocês onde estiverem!

Obrigada por não desistirem de mim!

Obrigada por serem bênçãos em minha vida!

Obrigada por serem essenciais na conclusão desse curso!

Carrego muita gratidão por vocês!

“A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

Rui Barbosa.

RESUMO

O objetivo desse trabalho é questionar sobre as decisões tomadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal a partir do ponto de vista delas serem políticas ou constitucionais. Aqui no Brasil, temos a comum ideia de que a interferência de proveitos políticos externos seria danosa nas decisões que deveriam ser pautadas tão somente pela técnica jurídica. Devemos analisar os pontos mencionados e, a partir deles, refletir sobre a maneira que se faz política no direito sendo compreendida a partir do estudo etnográfico envolvendo a formação do tribunal. As relações, decisões e processos são julgados como causa que não só articulam o controle da verdade como também determinam as possibilidades de sua transformação.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Constituição Federal, Ministro do STF.

ABSTRACT

The objective of this work is to question the decisions made by the ministers of the Supreme Federal Court from the point of view of them being political or constitutional. Here in Brazil, we have the common idea that the interference of external political gains would be harmful in the decisions that should be guided only by the legal technique. We must analyze the mentioned points and, from them, reflect on the way that politics in law is made, being understood from the ethnographic study involving the formation of the court. Relationships, decisions and processes are judged as causes that not only articulate the control of the truth but also determine the possibilities for its transformation.

Keywords: Federal Supreme Court, Federal Constitution, Ministers STF.

LISTA DE SIGLAS

ADC AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE

ADI AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADPF ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

CF CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CPI COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

OAB ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

STF SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PEC PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

PGR PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. HISTÓRICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	12
1.1 COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF	133
1.2 PROCEDIMENTO DE NOMEAÇÃO DOS MINISTROS.....	13
1.3 VITALICIDADE	15
1.4 POSSIBILIDADE DE PERDA DO CARGO	177
1.5 INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ.....	19
2. PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS DECISÕES	22
2.1 REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DAS MINORIAS	27
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES	333
2.4 OS TRÊS PODERES DO ESTADO DE MONTESQUIEU: AOS DIAS DE HOJE .	344
2.5 ATIVISMO JUDICIAL.....	36
3. NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES: POLÍTICAS OU CONSTITUCIONAIS....	Erro!
Indicador não definido.8	
3.1 SENTENÇAS DO STF POLÍTICAS X CONSTITUCIONAIS	40
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	466
REFERÊNCIAS	488

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal recentemente tem sido protagonista em diversas ações polêmicas, envolvendo variados temas. Os assuntos são vários, desde o processo de Impeachment da então Presidente Dilma, das investigações envolvendo o Ex-Presidente Michel Temer, passando pela prisão do Ex-Presidente Lula, das polêmicas envolvendo a operação Lava Jato, sobre o porte de drogas, criminalização da homofobia, dentre outros assuntos. Mais recentemente, o Tribunal recebeu duras críticas de setores da sociedade civil e do próprio poder público por censurar algumas reportagens em meio eletrônico, onde as mesmas criticavam o então Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli. Indo ainda mais além, o Ministro Alexandre de Moraes, dando ainda mais motivos para as críticas, determinou busca e apreensão em endereços ligados a pessoas que criticavam o Supremo nas redes sociais.

Muito tem se questionado se o Supremo Tribunal Federal tem invadido as competências do Legislativo, tendo tomado parte, em diversas vezes, em assuntos sobre os quais o Congresso legisla. Muitos assuntos têm sido decididos de forma individual, onde um ministro decide sobre determinado tema sem levá-lo ao plenário para decisão conjunta com os demais membros da Corte. De acordo com os dados que estão no relatório “Supremo em Números”, cerca de 80% das decisões do Tribunal são monocráticas, e apenas 1% tem amplo debate. Isso tem feito com que haja brigas internas entre os próprios Ministros. O Supremo Tribunal Federal é um Poder independente, mas a forma como os Ministros tomam suas decisões, em grande parte conflitante, acabam por desintegrar a imagem da instituição. É um grande desafio para a sociedade olhar para o Supremo e respeitá-lo, visto que os próprios Ministros não se respeitam, agindo, muitas vezes, como inimigos em arena de luta esportiva.

Uma mesma legislação cabe entendimentos variados e os ministros tomam decisões opostas. Recentemente o caso do traficante André do Rap, condenado, foi posto em liberdade por decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Mello. Poucas horas depois a decisão foi derrubada pelo atual Presidente da Corte, Ministro Luiz Fux, decisão confirmada posteriormente em plenário por 9 votos pela manutenção da prisão, e apenas o voto contrário do Ministro Marco Aurélio. O

Senado, por iniciativa do Senador Oriovisto Guimarães, está analisando uma proposta de Emenda à Constituição (PEC) que restringe decisões individuais de Ministros do STF. Outra decisão polêmica do Ministro Alexandre de Moraes tratou sobre a limitação imposta ao Presidente Jair Bolsonaro, impedindo de nomear ao cargo de Chefe da Polícia Federal o Delegado Alexandre Ramagem, alegando desvio de finalidade. Juristas à época alegaram que o Ministro Alexandre de Moraes errou ao anular o ato presidencial em decisão liminar e monocrática. Tais decisões seriam mais bem avaliadas em plenário, tendo cada ministro seu voto fundamentado e a questão decidida de forma mais acertada.

Um crítico das decisões monocráticas, o professor da Fundação Getúlio Vargas, Ivan Hartmann, indica solução simples para casos tão polêmicos: proibir as decisões individuais. Segundo Hartmann, a maioria das decisões da Corte são monocráticas, o que é algo inacreditável na maioria das democracias.

As indicações políticas dos Ministros do STF, embora tenham crivos técnicos, passando pela aprovação do Senado, também levanta uma série de críticas. Ministros que já advogaram para partidos políticos e depois foi nomeado, como é o caso do Ministro Dias Toffoli, que foi filiado e advogado do Partido dos Trabalhadores por décadas, sendo indicado antes de Ministro como Advogado Geral da União. O Ministro Alexandre de Moraes, então Ministro da Justiça do Presidente Michel Temer, surgindo vaga na corte foi indicado ao cargo na mais alta Corte do país.

Com tantas polêmicas envolvendo o Supremo Tribunal Federal, busca-se neste trabalho contextualizar se as decisões tomadas pela Corte são baseadas nos critérios técnicos e constitucionais ou se há ativismo judicial, com decisões judiciais com viés jurídico-político, trazendo uma reflexão sobre o tema em questão. Há um claro ambiente de litígio entre as instituições, onde as relações entre os poderes foram tumultuadas, necessitando-se restabelecer, em tempo, a harmonia entre os poderes.

1. HISTÓRICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O termo Supremo Tribunal Federal¹ optado na Constituição Provisória tornou-se público com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e foi repetido Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal.

A Constituição publicada em 24 de fevereiro de 1891, que estabeleceu o controle da constitucionalidade das leis, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal era composto por 15 (quinze) juízes, nomeado pelo Presidente da República com futura aprovação do Senado. A instituição ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, em conformidade ao decreto n.º 1, do dia 26 do mesmo mês.

Após a Revolução de 1930, foi então que o Governo Provisório determinou, pelo decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, limitar o número de ministros para 11 (onze).

Foi na Constituição de 1934 que mudou o título de órgão para “Corte Suprema” e permaneceu o número de onze Ministros, sendo mantido nos artigos 73 a 77.

Em 1937, na carta de 10 de novembro, foi restabelecido o título Supremo Tribunal Federal, designando nos artigos 97 a 102.

Em 21 de abril de 1960, em decorrência da mudança da capital federal, o Supremo Tribunal Federal transferiu-se para Brasília. Está sediado na Praça dos Três Poderes, depois de ter funcionado durante 69 anos no Rio de Janeiro.

Durante um período no regime militar, o ato Institucional n.º 2, em outubro de 1965, acrescentou para dezesseis o número de ministros, acréscimo esse, que foi mantido pela Constituição de janeiro de 1967. Fundamentado no Ato Institucional n.º

¹ Referência extraída do site: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acessado em: 02 de novembro de 2020

5, de dezembro de 1968, aposentaram o número de três Ministros, em janeiro de 1969.

Ulteriormente, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, voltou com o número de onze Ministros, ocasionando o não preenchimento das vagas que estavam disponíveis até essa determinação.

Com a restituição da democracia, promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição neste momento vigente, realçou taxativamente a competência primordial do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, destinando os artigos 101 a 103.

1.1 COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

O Supremo Tribunal Federal é a instância máxima do Poder Judiciário, e a ele compete, essencialmente, a guarda da Constituição, esse órgão é responsável pela execução da lei e pela garantia do respeito à Constituição Federal, conforme definido no art. 102 da Constituição da República:

Desde sua criação o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sua formação de escolha da mesma maneira.

1.2 PROCEDIMENTO DE NOMEAÇÃO DOS MINISTROS

O Presidente da República é o responsável pela escolha de cada ministro, porém, a escolha dos nomes deve ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101², parágrafo único, da CF). Tendo como pré-requisito, uma reputação ilibada e notável saber jurídico, ter mais de 35 e menos de 65 anos. O STF é composto por 11 ministros, sendo todos brasileiros natos (art. 12³, § 3º, inc. IV da CF).

² “Art. 101: O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

³ Art. 12. [...] §3º São privativos de brasileiros natos os cargos de: IV – Ministro do Supremo Tribunal Federal. [...]

Após aprovação dos nomes, o Presidente da República nomeia para a posse, porém, vem crescendo no Brasil, certa oposição – tanto da sociedade brasileira quanto das áreas comprometidas com a prestação jurisdicional - no sentido de que o “secular e arcaico mecanismo de escolha dos ministros do STF” (BRITTO, 2006), além de pressupor “um inconveniente politização ou partidarização da cúpula do Poder Judiciário”, ainda compromete a imparcialidade dos onze membros que compõem aquela Corte Judicial. (MOURA, 2006)

O Plenário é composto por onze (11) Ministros e será presidido pelo Presidente do Tribunal. Eles são divididos em duas turmas que são constituídas, cada uma, de cinco (5) Ministros e o mais antigo é quem preside a Turma.

Suas principais atribuições, entre elas, é a de julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição, ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a extradição solicitada por Estado estrangeiro⁴.

Cretella Júnior⁵ (1992, p. 3063) e Tavares Filho⁶ (2006, p. 5) descrevem que a nomeação dos ministros do STF é estabelecida pela doutrina como sendo um “ato administrativo complexo e discricionário”: complexo, porque dele participam dois órgãos, o Presidente da República e o Senado, e discricionário, porque cabe, apenas, ao Presidente escolher espontaneamente o candidato, atendidas as exigências constitucionais.

⁴Referência retirada do site: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acessado em: 08 de novembro de 2020.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

⁶ TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

1.3 VITALICIDADE

Uma vez em posse do cargo, o Ministro só sairá dele por renúncia, aposentadoria compulsória (aos 70 anos de idade) ou impeachment. O artigo 52, II da Constituição Federal, confere ao Senado Federal a competência para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade. O mesmo artigo, em seu parágrafo único, fala que a condenação, por meio do Senado Federal somente se dará por dois terços dos votos da casa, determinando assim, à perda do cargo, ficando incapacitado, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo nas demais sanções judiciais cabíveis. São órgãos do Tribunal o Plenário, as duas Turmas e o Presidente.

Mas, esse assunto muito atormenta a sociedade num todo, vejamos: como pode um ministro ter acesso a um cargo de importância máxima no poder judiciário apenas por uma indicação política?

Por esse e tantos outros motivos, já existe proposta de emenda a constituição 35/2015 ⁷(PEC) para que haja mudança nas regras de escolha de ministro e dá um fim aos mandatos vitalícios dos membros da corte.

Veja algumas dessas mudanças pleiteadas na PEC:

A indicação dos nomes para a lista tríplice terá um prazo de 30 dias a partir do surgimento da vaga;

Indicação do presidente a partir de uma lista tríplice, que será formada por um membro do Judiciário, indicado pelo STF; um membro do Ministério Público, indicado pela Procuradoria-Geral da República; e um jurista (professor, advogado público ou privado, defensor público, etc.) apontado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Fixação de prazo para escolha presidencial para ocupar vagas abertas no STF, no período de 30 dias após o recebimento da lista tríplice;

⁷ Referência extraída do site:< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337> > Acessado em: 21 de novembro de 2020.

Mandato de 10 anos para os ministros do STF indicados depois da promulgação da PEC, proibindo a recondução ao cargo;

Previsão para que, se o prazo não for cumprido pelo presidente, o Senado possa fazer a escolha a partir da lista tríplice;

Inelegibilidade de cinco anos após o fim do mandato de ministro do STF.

O Tribunal Superior Eleitoral é a corte onde os ministros já possuem mandatos, no qual os ministros realizam sua função por dois anos, admitida uma recondução. Seus membros devem vir de classes determinadas: três do Supremo, dois do Superior Tribunal de Justiça e dois advogados escolhidos pelo presidente da República, após lista sêxtupla elaborada pelo STF. Ponderando o tempo de exercício como substitutos, a permanência máxima na função julgadora será de oito anos.

Esse exemplo demonstra que, pelo menos num tribunal superior, a vitaliciedade não pode ser tida como cláusula pétrea. Talvez a falta de vitaliciedade se dê pelas características especiais desse ramo do judiciário, mas o STF também é uma corte com atributos especiais. Ele não é uma instância judicial como outras, não se assemelhando aos tribunais estaduais e federais. Nem sequer pode ser comparado às outras cortes superiores, como o Superior Tribunal de Justiça. É foro jurisdicional e político, funcionando como corte constitucional, à qual são levadas as ações diretas de guarda da Constituição, e como órgão superior do Poder Judiciário.

A implantação desse modelo seria posto em prática gradualmente. Sem pressa. Para que os que chegaram ao Supremo com o critério atual exerça plenamente suas funções, até que, pela regra atual, devam deixá-la. O preenchimento das futuras classes se daria por meio de sorteio.

O mandato para ministros do Supremo, bem como a necessidade de pluralização dos agentes responsáveis pela escolha deles, não é, portanto, tema a ser interditado, mas ponderado.

1.4 POSSIBILIDADE DE PERDA DO CARGO

A perda do cargo se daria apenas por impeachment (impedimento). A Constituição Federal não especifica quais são os casos pelos quais um ministro poderá sofrer o impeachment, como faz na hipótese do Presidente da República, no art. 85^º. Mas ela estabelece que cabe ao Senado Federal julgar os ministros, conforme art. 52, inciso II, da Constituição Federal.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Além disso, para que não ocorram dúvidas sobre o assunto de impedimento, aplica-se, ainda, a Lei nº 1.079, de 1950 que determina os crimes e o rito onde cada Ministro pode ser processado e julgado.

Diferencialmente do impeachment do Presidente da República, em que se inicia na Câmara dos Deputados, a denúncia contra ministros do STF é feita no Senado Federal.

Será feita uma breve análise⁹ sobre a fase da denúncia:

Inicialmente, qualquer indivíduo poderá denunciar um ministro do STF ao Senado. Porém, para que a denúncia seja acolhida, o ministro precisa, no momento da denúncia, estar no cargo, de outro modo, o processo não terá seguimento. Inclusive, já existem denúncias contra alguns ministros atuantes.

Após essa denúncia a petição a ser oferecida deve conter o nome de quem está protocolando com sua firma reconhecida; os documentos que

⁹Referência extraída do site: < <https://www.politize.com.br/impeachment-de-ministros-do-stf/#:~:text=%C3%89%20poss%C3%ADvel.,Presidente%20da%20Rep%C3%ABlica%2C%20no%20art.&text=Mas%20ela%20estabelece%20que%20compete,inciso%20II%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o>>. Acessado em 12 de novembro de 2020.

fundamentem o crime ou mencionar a incapacidade de entregar, desde que indique onde a prova pode ser encontrada; e, caso o crime tenha prova testemunhal esta deverá ser apontada, em pelo menos cinco, número mínimo para que a denúncia seja acolhida.

Em seguida, o presidente do Senado decidirá se vai dar prosseguimento ou não. Sobre este ponto, vamos analisar o art. 44¹⁰, da Lei do Impedimento que diz:

“Recebida à denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte [pode-se ler: assembleia ocorrida no plenário do Senado] e despachada a uma comissão especial [leia-se: depois da análise no plenário, um grupo de senadores examinará a denúncia], eleita para opinar sobre a mesma”.

O desentendimento que se pode imaginar é: já que tantas denúncias foram encaminhadas, por que o processo não tem continuidade?

Porque registrar a denúncia não significa que ela será acolhida. Primeiro, cabe ao presidente do senado determinar pela recepção e continuidade da denúncia.

E antes do presidente do senado julgar se a denúncia prossegue, ou é arquivada, os advogados do Senado proferirão um entendimento, que, geralmente, é aceita pelo Presidente. A decisão sendo positiva seguirá para a leitura na próxima sessão.

Outra questão decorrente dessa situação se relaciona ao tempo para que o presidente pondere tais denúncias: não há prazo!

O próximo passo é que, considerando que a denúncia foi acolhida e prosseguiu, um comitê específico será instalado para debater o entendimento, no que diz respeito, sobre a denúncia no período de 10 dias.

Esse entendimento fundamenta-se em determinar se a denúncia devesse ou não ser julgada. Uma maioria simples dos que estiverem presentes na sessão já aprova o parecer sobre a denúncia.

¹⁰ “Art. 44. Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma”.

Se os senadores concluírem que a denúncia não deve ser avaliada ela será arquivada, mas caso seja recebida, serão enviadas cópias ao denunciado, para que ele conteste no prazo de 10 dias às devidas acusações. Após o prazo de 10 dias para defesa, o senado manifestará um parecer no mesmo prazo de 10 dias sobre a procedência ou improcedência da acusação.

E por fim, se esse entendimento final for recebido, o acusado sofrerá os seguintes efeitos: ficar suspenso do exercício das suas funções até sentença final; ficar sujeito à acusação criminal; perder, até sentença final, um terço dos vencimentos, que lhe será pago no caso de absolvição.

1.5 INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ

A importância da independência funcional é tamanha a ponto da própria Constituição Federal garantir aos juízes e os predicativos da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95 da CF/88) ¹¹ e, mais, considerar como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra, dentre outros, o “livre exercício” do Judiciário e do Ministério Público (art. 85, II)¹².

Pode-se afirmar que todos os juízes, promotores e procuradores da república e tem a irrenunciável e importante, ainda que relativamente, a

¹¹ **Art. 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Referência retirada do site: http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_04.06.1998/art_95_.asp#:~:text=Aos%20ju%C3%ADzes%20%C3%A9%20vedado%3A,se%20a%20atividade%20pol%C3%ADtico%2Dpartid%C3%A1ria. Acessado em 18 de novembro de 2020.

¹² “**Art. 85.** São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação.”

independência funcional, que ocorre da independência das funções estatais, conforme art. 2º e art. 60, §4º, III, ambos da CF/88¹³.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. [...]

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes; [...]

As críticas são cada vez mais constantes e intensas, sendo que dependendo da decisão o juiz é taxado de intocável ou radical, e, às vezes, das duas coisas. Ainda assim, a independência do juiz deve ser a característica fundamental da atuação do Poder Judiciário. Decidir sem qualquer favorecimento, medo ou afeições é primordial.

Essa independência do juiz, primeiro, é uma garantia do próprio Estado de Direito, pelo qual se conferiu ao Poder Judiciário tal atribuição de dizer o direito, direito este que será cravado por normas jurídicas traçadas pelo Poder Legislativo, inserida, no decorrer dos anos, de valores humanos e sociais, integrados ao direito pela noção de princípios jurídicos. A independência do juiz, para dizer o direito dele, é determinada pelo próprio ordenamento jurídico como uma maneira de afirmar ao cidadão que o Estado de Direito será respeitado e usado como proteção contra todo o tipo de usurpação. Neste sentido, a independência do juiz é o que garante o regime democrático.

A independência dos juízes, portanto, foi fixada como fator essencial da proteção dos direitos fundamentais, inserindo-se como importante fator de construção e efetivação dos direitos humanos. Novamente é Dalmo Dallari que assim recorda: Mas a partir daí surge o problema da eficácia das normas de direitos humanos. Agora elas têm eficácia jurídica, mas como garantir na prática

¹³Referência retirada do site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#:~:text=Todo%20o%20poder%20e%20do,o%20Executivo%20e%20o%20Judici%C3%A1rio.> Acessado em 18 de novembro de 2020.

esta eficácia? E aí que se começa a ressaltar a extraordinária importância dos juízes para o cumprimento deste papel. Em muitas obras já se fala nisso, em muitos tratados isto foi mencionado e os próprios pactos de direitos humanos mencionam a necessidade da independência do juiz, ao mesmo tempo em que falam na garantia de julgamento independente e imparcial como um dos direitos humanos fundamentais.

Há uma necessidade de reconhecermos, primeiro, que é fundamental a independência da magistratura. E voltando em outra questão: a independência da magistratura é importante para quem? Será que não é um privilégio do juiz querer ser independente? Fica uma frase para ler do livro *O Poder dos Juizes*, onde o autor trata exatamente dessa questão: "longe de ser um privilégio para o juiz, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes independentes e imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de Direito".

O juiz, insista-se, não é independente para fazer o que bem entende. Ele responde por seus atos e omissões, tendo, portanto, sempre graves responsabilidades. Mas, sua atuação não é mecânica. Suas decisões expressam sentimentos e valores, respeitando sempre os limites do direito e o dever de fundamentação. Sua conduta é determinada pelo direito. Seu soberano é a sociedade. Seus valores supremos: o humanismo, a justiça e a ética.

A defesa de sua independência, pelo juiz, é, portanto, fator essencial para a preservação do Estado democrático de direito, que está sempre ameaçado por interesses particulares de toda ordem, já que, como é sabido, as instituições podem ser perfeitas, já os homens.

Em outras palavras, um juiz somente pode ser repreendido quando descumpra o dever de lutar por sua independência ou porque fere, ele próprio, a regra da independência (artigos 312 e ss. do Código Penal).

Assim, somados todos esses fatores, torna-se inevitável que um juiz, que tenha a consciência do importante papel que cumpre na sociedade, que não se deixe levar por nenhum tipo de influência, externa ou interna, para proferir, com

independência, as suas decisões. A defesa de sua independência constitui, como se pôde inferir, imprescindível dever do magistrado. Afinal, "o Juiz, no seu juízo, não tem amigos. Nem inimigos. Nem superiores, nem subordinados. Tem isso sim, de buscar o justo, aplicando a norma. O que se almeja, na decisão judicial, é a satisfação de interesses individuais lesados. Pelo Estado ou por outro indivíduo".

2. PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS DECISÕES

O Supremo Tribunal Federal¹⁴ representa dois papéis diferenciados. E um deles é o papel contramajoritário, quando ele anula atos de outros Poderes em nome da Constituição. Mas, considerando a política nacional, temos percebido assuntos um tanto quanto polêmicos e com contradições, onde o poder judiciário, representado pelos ministros, na figura do Supremo Tribunal Federal, tem decidido questões características da alçada dos poderes representativos, situação está que tem causado conflitos nesses mesmos poderes, alegando-se invasão de competências.

Porém, essa atuação do Supremo Tribunal Federal não se trata de uma questão interna, ou seja, isso não parte do próprio STF. Na CF de 1988, foram designadas competências para que os ministros do Supremo fossem solucionadores de conflitos sociais e políticos.

Veja-se¹⁵, desde logo, pelo texto do art. 102, I, "a" da CRFB:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993);

¹⁴Referencia retirada do site: <https://jus.com.br/artigos/32053/as-minorias-sociais-e-o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal>> Acessado em 16 de novembro de 2020

¹⁵ https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_102_.asp

No mesmo sentido, ainda que com diferentes alcance e extensão, merecem referência a alínea “q” e os §§ 1º e 2º, bem como o inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” do mesmo art. 102, e o art. 103, § 2º, igualmente da CRFB: [...]

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; [...]

§ 1º – A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

§ 2º – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Tal decisão, de conferir essa capacidade e poder, partiu dos próprios representantes (Legislativo e Executivo), que hoje se enfurecem contra as decisões julgadas pelo Supremo. E ainda, o movimento de “mudança” dos poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário, parte da premissa de falhas e falta de interesse deixado por aqueles, sendo que ao Judiciário é designado o papel de escolha alternativa para a realização de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

É possível uma breve análise da crescente utilização do Supremo Tribunal Federal por meio de grupos minoritários para alcançar seus direitos, uma vez que

eles não têm sido respeitados nos demais poderes. A partir dessa ideia de consecução de direitos e garantias encontra-se a função de estabelecer limites ao poder público da Constituição, assim como de declaração de direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo.

Também se determina uma discussão oposta ao fato de as Constituições Federais se prestarem apenas para a obtenção de interesses particulares dos possuidores do poder e grupos de pressão, distanciando-se assim do povo e, sobretudo dos menores grupos sociais.

Diante desse contexto¹⁶, aparece o papel do Judiciário, como guardião da Constituição, de contramajoritário, controlando – exatamente na perspectiva de sua constitucionalidade – a atuação dos poderes executivo e legislativo, bem como das entidades paraestatais e até mesmo das empresas e sociedades privadas, com isso abrangendo a política, o mercado e todas as forças sociais.

Se assim acontece com o Judiciário de modo geral, por meio do controle difuso de constitucionalidade, com muito mais veemência se manifesta o fenômeno pela atuação exercida de controle concentrado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido de pensamento, não mais predomina o denominado império da lei, mas, pelo contrário, apenas daquela lei cuja matéria normativa esteja de acordo com a Constituição Federal, não se podendo mais questionar com sua autoridade como consequência da vontade das maiores partes governamentais ou parlamentares que, antes de tudo, devem pautar seus posicionamentos pela supremacia da Constituição, em conformidade com a incontestável interpretação do STF.

¹⁶ Referência extraída do site: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186860/man-debat-des-luiz-fernando-ribeiro-carvalho.pdf>. > Acessado em: 20 de novembro de 2020.

O professor LUIGI FERRAJOLI¹⁷, em seu artigo “O Direito como sistema de garantias”, descreve algo valioso para nosso entendimento:

“É nesta sujeição do juiz a constituição, e, portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade endroits: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase “há tribunais em Berlim”: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E, todavia, é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos “democracia substancial”. (extraído do livro: O novo em Direito e Política, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, págs.101/102).

Não é difícil concluir acerca do principal papel contramajoritário do Poder Judiciário, em geral, e muito especificamente do Supremo Tribunal Federal, a quem compete primordialmente à atividade de intérprete final e de protetor da Constituição Federal.

Não será por outro motivo que o STF, marcadamente nesse tempo de tão grandes transformações e transição políticas, sociais e econômicas, vem sendo chamado a julgar a constitucionalidade de uma gama cada vez mais variada de assuntos tão relevantes para o país, lembrando-se como alguns mais recentes: da chamada marcha da maconha, o da união estável homoafetiva, o da aplicação no mesmo ano de sua publicação da lei sobre a elegibilidade dos que não

¹⁷ Referência extraída do site: <<https://www.editorajc.com.br/o-papel-contramajoritario-do-stf/>> Acessado em: 18 de novembro de 2020.

apresentavam fichas limpas, da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, o da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, entre outras de muito impacto e repercussão.

Diante de tudo isso, ainda que a tese encontre pensamentos refratários, possivelmente por confundirem investidura em poder estatal como sempre decorrente de eleição ou sufrágio, por isso mesmo como representação da maioria, assim como ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo, pode-se sustentar com razoável tranquilidade a legitimação democrática – que nem por isso representa qualquer seguro contra mazelas – e a importância para a democracia participativa do papel contramajoritário do Poder Judiciário e com especial relevância do Supremo Tribunal Federal¹⁸.

Resumindo¹⁹, ainda que esse assunto seja muito abrangente e importante, pode-se extrair que a adoção da regra da maioria, originário do regime democrático, não cabe a legitimar toda e qualquer determinação daí advinda, visto que no atual Estado Democrático de Direito há imposição de limites traçados constitucionalmente para que não tenha qualquer tipo de violação diante do manto da regra do número.

Entende-se que o regime democrático não gira em torno exclusivamente do princípio majoritário, ficando incontestável que existem demais direitos e princípios a serem protegidos, tutelados.

Em se tratando de Estado Democrático de Direito, nenhum dos poderes são soberanos. O que deve sempre prevalecer são os valores e direitos fundamentais consagrados na Constituição e, por isso, esses exageros e doutrinas dos legisladores e administradores devem ser extintos através do poderio realizado pelo Poder Judiciário durante o exercício de sua função contramajoritária, partindo da lógica do neoconstitucionalismo.

Assim, o princípio contramajoritário se define como uma exceção à regra da maioria, pois busca impedir os excessos praticados por meio das medidas decididas

¹⁸ Referência extraída do site: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186860/man-debat-des-luiz-fernando-ribeiro-carvalho.pdf> Acessado em: 18 de novembro de 2020.

¹⁹ Referência extraída do site: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>. Acessado em 18 de novembro de 2020.

democraticamente, mas que não se associem com os interesses e valores constitucionais e afrontem os direitos fundamentais.

Conclui-se que o papel principal do Supremo Tribunal Federal se baseia em garantir os princípios constitucionais, além de conservar a imprescindível função contramajoritária necessária para que se assegurem os direitos fundamentais das minorias diante da inexistência ou insuficiência das decisões majoritárias nesse sentido.

2.1 REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DAS MINORIAS

Discutir ²⁰ sobre os interesses das minorias pode parecer um tema que não precisa de tanta consideração. Para a maioria, é óbvio que a lógica da Jurisdição Constitucional se fundamenta em proteger os direitos individuais das minorias diante às vontades circunstanciais predominantes. Entretanto, seria injusto não refletir sobre questão minoritária baseadas na tensão da Constituição e na democracia.

Nos dias de hoje, é retrógrado imaginar uma democracia sem constituição ou uma constituição não democrática. É interessante e sugestiva a síntese proposta por Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 15):

“Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. [...] Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”. A indissociável conexão entre constitucionalismo e democracia, podendo-se, inclusive, tratá-los como um conceito único de “constitucionalismo democrático”.

A preservação dos direitos fundamentais e a atenção ao trâmite democrático constituem, ao mesmo tempo, a meta de qualquer atuação institucional e o foco da tensão.

Considera-se como ponto de partida de um ciclo institucional uma decisão legislativa ou mesmo a falta desta, endossada pela aplicação da regra da maioria, no entanto, em desacordo com os interesses das minorias. Essa eventual contraposição entre a decisão majoritária e os contornos jurídicos desenhados pela

²⁰ Referência extraída do site: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p63.pdf

Constituição enseja a intervenção da jurisdição constitucional, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal.

A democracia carece, como se vê do trecho acima, da tutela efetiva dos direitos fundamentais, os quais constituem, sem dúvida, condição do regular funcionamento do regime democrático. Em sentido contrário, quando há impedimento ao exercício dos direitos políticos, resta ferida a garantia de participação de todos decorrente da regra da maioria, principalmente a valorização do interesse geral e resguardo da igualdade e da liberdade advindo do princípio democrático.

Com relação a esse suposto desrespeito do princípio majoritário, Jorge Reis Novais²¹ afirma que:

[...] se priva parte da população de direitos, se não se lhe reconhece igual consideração no processo de deliberação, se inibe ou não se assegura a sua igual presença na governação, se diminui o seu estatuto e não se garante a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efetividade e autonomia, a vida democrática não é livre nem igualitária e, logo, o poder não é democrático. (NOVAIS, 2006, p. 20).

É clarividente que a regra da maioria, a qual constitui corolário do princípio democrático, é imprescindível no processo decisório que ocorre na seara governamental, sobretudo porque tal premissa é pressuposto lógico da existência do governo democraticamente legitimado. Entretanto, não se habilita a justificar a ofensa aos direitos fundamentais das minorias ou não concretização de interesse jus fundamental, incorrendo no risco de ferir a própria característica essencial do Estado de Direito Democrático.

Segundo o Professor Geraldo Ataliba, a Constituição que assegura o regime democrático deverá garantir os direitos das minorias e, sobretudo, garantir que correntes minoritárias de mais visibilidade desempenhem papel institucional relevante, através de instrumentos capazes de possibilitarem representação proporcional. Se, de outro lado, a maioria souber que – por obstáculo constitucional

²¹ Referência extraída do site: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>. Acessado em: 18 de novembro de 2020.

– não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política (ATALIBA, 2012, p.191) ²².

O princípio democrático, portanto, não pode ser enfrentado como a dominação da minoria pela maioria política, do contrário, consagrar-se-ia a tirania do número. De maneira inversa, deve-se considerar que a democracia constitui uma regra da maioria legítima, o que equivale dizer que é necessária à satisfação de outras condições além do fator majoritário.

No que concerne à indisponibilidade dos direitos fundamentais, devemos considerar que o constitucionalismo aparece como fronteira insuperável imposta ao poder democrático, ainda que se condicione a existência do Estado de Direito à democracia.

Acerca da proteção das minorias e da Constituição, é interessante abordar a analogia feita por Lenio Luiz Streck entre o significado da Carta Política e a Odisseia de Homero. Na literatura grega, Ulisses, ao retornar à Ítaca, estava ciente das inúmeras provações pelas quais iria passar, dentre as quais, o “canto da sereia”. Este sacrifício, “por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar”. Ainda assim, Ulisses determinou aos seus subordinados que deveria ser mantido acorrentado ao mastro do navio, mesmo diante de quaisquer ordens que viesse a emitir posteriormente. Ulisses impôs essa restrição a si mesmo, porque sabia que sucumbiria (STRECK, 2009, p. 76²³).

Da mesma forma, “as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras majorias (parlamentares ou monocráticas)” (STRECK, 2009, p. 76)

²² ATALIBA, Geraldo. **Judiciário e Minorias**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 96, p. 191, out./dez. 1987.

²³ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. I, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

É exatamente acerca de eventuais desrespeitos aos direitos fundamentais, notadamente as possíveis pressões a serem exercidas sobre as posições minoritárias, que se revela imprescindível a atuação da jurisdição constitucional, com o fim de proteger e garantir os direitos de todos e de cada um.

O Supremo Tribunal Federal, na posição de garantidor da Lei Fundamental, passou a assumir o controle dos abusos das maiorias eventuais com o fim de resguardar os direitos das minorias. Essa responsabilidade compõe o caráter contramajoritário desempenhado pela Corte Suprema brasileira.

Essa característica é peculiarmente desenvolvida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, considerando que ao proferir uma decisão tendente a expurgar do ordenamento jurídico uma lei, a qual resultou da deliberação do Poder Legislativo, incompatível com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal está interferindo claramente no processo político. Em síntese, ao invalidar a posição do poder de legislar, o STF está constringendo a atuação das maiorias eventuais e, por conseguinte, assegurando a intangibilidade das disposições constitucionais.

Portanto, a função contramajoritária faz-se imprescindível porque as deliberações legislativas emanam da aprovação da maioria e, embora essa seja a lógica adotada no regime democrático, como já ressaltado reiteradamente, isto não é o suficiente para que se mantenha intacto o compromisso com a Constituição. Com isso, o controle de constitucionalidade figura como o principal instrumento para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais das minorias diante do conflito entre os direitos destas e a regra da maioria, na medida em que esse embate será julgado por um tribunal imparcial.

O que se percebe aqui é que, ao desenvolver a sua função constitucional, enquanto “guardião da constituição”, o STF pode garantir a extensão de direitos a um grupo minoritário, que sofria, e ainda sofre, com a intolerância, preconceito, discriminação, situação está causadora de diversos tipos de insegurança, como social, cultural, política e jurídica, respeitando assim preceitos dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica, dentre diversos outros.

Assim, é de extrema relevância a discussão sobre o papel contramajoritário do Supremo, situado no fato de ele tomar decisões em contraposição à vontade dos poderes representativos, portanto, representantes da vontade popular, quando da não deliberação sobre determinados temas. Esse contramajoritarismo exerce a função de proteção dos direitos fundamentais de determinado grupo da sociedade, que não obteve êxito na consecução dos direitos dentro do sistema político²⁴.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é de hoje que se buscam os direitos fundamentais vindo de uma construção histórica, isto é, a ideia sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. Por exemplo, na França da Revolução, os direitos fundamentais poderiam ser em síntese, resumidos a igualdade, fraternidade e liberdade. Porém, atualmente, esse conceito de direitos fundamentais abrange muito além do que se imagina como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de acordo com *Constituição Federal art. 225, caput, que diz:*

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Da mesma maneira, a igualdade entre os sexos é um direito fundamental no Brasil, conforme o Art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Mas não acontece isso alguns outros países, por exemplo, países de tradição muçulmana.

Podemos ver na afirmação do saudoso professor Norberto Bobbio²⁵:

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o

²⁴ Referência extraída do site: <https://jus.com.br/artigos/32053/as-minorias-sociais-e-o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal> Acessado em: 18 de novembro de 2020.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.

Os direitos fundamentais são a parte mais planejada, e assim poderíamos até afirmar que seria a de maior importância da proposta constitucional de 1988, envolvendo os valores liberdade, igualdade e dignidade. E a materialização desses direitos tem se tornado a principal obrigação do Supremo Tribunal Federal.

A relevância do papel do STF no cumprimento da Carta Maior, intérprete e guardião da Constituição.

“O trabalho de interpretação desenvolvido por juízes constitucionais reunidos em colegiado, sempre físicos e não virtual, tem sido essencial para a definição das fronteiras de poder do Estado, perante os cidadãos. A interpretação judicial é ponto importante dessa história de sucesso e, por isso, merece igualmente ser lembrada, comemorada e avaliada”, afirma o ministro Marco Aurélio²⁶.

Os direitos fundamentais são congruentes, ou seja, nenhum direito fundamental é absoluto. É frequente afirmar isso pelos seguintes motivos: 1) Os direitos fundamentais podem entrar em choque uns com os outros, o que determina que sejam impostas limitações recíprocas. Deste modo, temos como exemplo, o direito à liberdade de expressão que não é absoluto, porque pode divergir com o direito à intimidade. 2) Nenhum direito fundamental pode ser utilizado como defesa para a prática de atos ilícitos. De fato, os direitos fundamentais só defendem o seu titular quando este se move na seara dos atos lícitos, pois seria um tanto quanto contraditório, em termos, definir uma mesma ação como um direito e um ato ilegal. Logo, se o direito deixa explícita uma conduta como ilegal (por exemplo, crime), não se pode levar em consideração como se fosse correto o exercício de um direito fundamental que leve a essa conduta. Temos como exemplo, a questão de alegar liberdade de manifestação do pensamento para disseminar ideias racistas ou

²⁶ Referência extraída do site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391776> Acessado em: 18 de novembro de 2020.

discriminatórias, de acordo com o HC 82.424/RS de 19.03.2004, jurisprudência do STF²⁷.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal o cumprimento da jurisdição constitucional, que permite a compreensão do direito infraconstitucional à luz da Constituição, a solução de casos concretos através da aplicação direta da Lei Maior e o controle de constitucionalidade das leis com ela incompatíveis.

De acordo com o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o Supremo Tribunal Federal representará a constatação de compatibilidade entre as leis e a Constituição em sede de ações de sua competência originária, através dessa constatação de recursos extraordinários, contanto que demonstrada à repercussão geral, assim também com as ações diretas de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADI, ADC e ADPF respectivamente).

2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da Separação dos poderes influenciou os modelos constitucionais das liberdades fundamentais do homem, se fazendo presente no Estado liberal, no Estado Social e no Estado Democrático, sendo parte de todos os modelos do Estado de Direito. A Separação dos Poderes é princípio básico de ordem em grande parte dos Estados democráticos.

Sua origem advém do político francês, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido com Montesquieu. Segundo Montesquieu, 1880, para retirar governos absolutistas e diminuir a produção de normas abusivas, seriam indispensáveis estabelecer a liberdade e os limites de cada poder. Assim,

²⁷ Leia um pequeno trecho da ementa: "(...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica." STF, Pleno, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19.03.2004. Decisão muito importante (embora não imune a críticas, até de ordem técnica jurídico-penal) foi tomada pelo STF no "Caso Ellwanger", em que Siegfried Ellwanger foi condenado por racismo, pelo fato de ter publicado uma obra onde defendia que o holocausto não teria existido.

cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, no entanto, este poder deve ser monitorado pelos outros poderes.

No Brasil, utilizamos a democracia de separação dos três poderes, elaborada por Montesquieu que afirma que: “*o homem, quando tem poder, tende a abusar dele*²⁸” e, para impossibilitar qualquer tipo de exagero, ele criou um sistema político com o princípio de freios e contrapesos. E é dentro dessa teoria que a grande maioria das democracias ocidentais opta pela divisão entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Essa teoria da tripartição entre os poderes se dá até hoje, na maioria dos Estados, estabelecida pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁹ (1789) e prevista na Constituição Federal Brasileira, sendo distribuídas e determinadas as funções de cada poder.

Assim, percebe-se que através desse Sistema, um Poder do Estado está capacitado a controlar os abusos do outro de forma que se ajustem de maneira equilibrada. O contrapeso está no fato de todos os poderes possuírem atividades específicas, são harmônicos e independentes, conforme o artigo 2º da Constituição Federal de 1988: Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário³⁰.

2.4 OS TRÊS PODERES DO ESTADO DE MONTESQUIEU: AOS DIAS DE HOJE

Segundo Montesquieu³¹, o seu pensamento era que, nesse sistema, os poderes do Estado seriam divididos da seguinte forma: Legislativo, Executivo e Judiciário.

²⁸ MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. 2000. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda, p. 166.

²⁹ Referência extraída do site: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acessado em: 02 de novembro de 2020.

³⁰ Referência extraída do site do Planalto. Constituição Federal de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 01 de outubro de 2020

³¹ Referência extraída do site: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acessado em 01 de outubro de 2020

O Poder Legislativo tem a função típica de criar legislação e fiscalizar; já o Executivo, de administrar o sistema público; e o Judiciário, é julgar, aplicar a lei a um caso concreto que lhe é posto, conseqüente de um conflito de interesses. Colocar em prática o Sistema de freios e contrapesos significa moderar os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio.

Por exemplo, o Poder Legislativo edita uma lei (função atípica) e o Poder Judiciário surge alegando que tal lei seria inconstitucional. Outro exemplo é quando o Poder executivo freia um ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao passo que o contrapeso existe quando todos os poderes possuem funções distintas fazendo, dessa maneira, com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes. Para que o abuso de poder não ocorra, é necessário que "o poder freie o poder"³².

O Sistema de Freios e Contrapesos baseia-se no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria sua própria independência para exercer sua função, mas seria monitorado pelos outros poderes. Isso ajudaria a conter abusos no exercício do poder por qualquer um dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta maneira, ainda que, cada poder seja independente e autônomo, eles devem trabalhar em harmonia uns com os outros.

Por fim, o princípio dos poderes harmônicos e independentes deu origem ao famoso Sistema de "freios e contrapesos", onde os atos gerais, realizados exclusivamente pelo Poder Legislativo, consistentes na emissão de regras gerais e subjetivas, limitam o Poder Executivo, que só podem agir perante atos especiais, conseqüente da norma geral. Para dificultar o abuso de qualquer dos poderes de seus limites e competências, dá-se a ação do controle da constitucionalidade das leis, da decisão dos conflitos impalpáveis e da função garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, pelo Poder Judiciário.

³² Referência extraída do site: <https://guiadoestudante.abril.com.br/especiais/montesquieu/#:~:text=%C3%89%20preciso%20que%20C%20pela%20disposi%C3%A7%C3%A3o,o%20poder%20freie%20o%20poder.%E2%80%9D&text=Para%20Montesquieu%2C%20existem%20dois%20tipos%20de%20leis.&text=Em%20suas%20palavras%2C%20%E2%80%9Ctodo%20homem,evitando%2C%20assim%2C%20o%20despotismo.> Acessado em: 11 de novembro de 2020.

2.5 ATIVISMO JUDICIAL

Historicamente, fazendo uma abordagem a partir da definição dada pelo professor Luís Roberto Barroso (2010; p. 09), temos a seguinte explicação:

“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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.”

O ativismo judicial é a parte que envolve a efetivação dos direitos fundamentais sociais descritos na Constituição Federal, os quais o Poder Público reconheceu, porém não tem cumprido com suas devidas obrigações, levando muitas pessoas ao sofrimento por estarem passando por muitas dificuldades, como por exemplo, a falta de remédio, médicos e hospitais decentes. No Brasil, há muito tempo os direitos fundamentais sociais estão sendo infringido. Com isso o Judiciário vem tomando atitude ativista decidindo pela efetividade do direito constitucionalmente garantido, responsabilizando essa que lhe é própria, excluindo qualquer tipo de ideia contrária, como por exemplo, a da “cláusula da reserva do possível”. E neste tópico será feita uma análise sobre os pontos positivos e como pode ser melhorada a vida das pessoas através do ativismo judicial, demonstrando os conceitos expostos pelos estudiosos. Porém, existem críticas apresentadas quanto a sua legitimidade e também as afirmativas dos estudiosos quanto da apreciação da atuação proativa do Poder Judiciário.

Entende-se por Ativismo Judicial o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a individualidade do caso concreto, construindo um precedente jurisprudencial, acelerando-se, frequentemente, à criação da própria lei.

A doutrina traz diversos conceitos para o ativismo judicial. Contudo, o ativismo judicial é uma conduta, ou seja, é uma atitude tomada de um determinado

magistrado que tem como proposta buscar através de uma hermenêutica jurídica expansiva, a qual sua finalidade é a de efetivar o real valor normativo constitucional, assegurando o direito das partes de forma rápida, e atendendo às necessidades oriundas da lentidão, às soluções dos litígios ou falha legislativa, e até mesmo alguma falta no executivo.

Diante das demandas de carência, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que constroem uma determinada interpretação do texto de lei, deve-se ater ao fato de entender o que o intérprete quer dizer. Segundo MIARELLI³³ (2012) tem-se como ativismo judicial a energia proveniente dos tribunais no processo da formação do direito.

Dessa forma, podemos destacar que o vocábulo ativismo no âmbito da ciência do Direito é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

Thamy Pogrebinschi³⁴ (2000) ainda considera, nesse mesmo sentido, que juiz ativista: usa o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; promove, através de suas decisões, políticas públicas; não considera os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

Não obstante, esclarece ainda que:

“Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista.”

Para Elival da Silva Ramos³⁵ (2010, p 129) o ativismo judicial se define como:

³³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. Página 12.

³⁴ POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000. Página 2.

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Página 129.

“[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legislação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

No âmbito da ciência do Direito, o ativismo judicial é aplicado para indicar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

3. NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES: POLÍTICAS OU CONSTITUCIONAIS

Matéria que encontra divergência na doutrina é aquela atinente à natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal, em especial, se seria este órgão uma Corte Constitucional ou não. Tal classificação é relevante, na medida em que, caso efetivamente fosse considerado Corte Constitucional, poderia o Supremo pleitear o benefício de somente realizar julgamentos em sede de controle abstrato. Por conseguinte, o controle difuso seria extinto de seu âmbito de atuação.

Quanto à sua atuação, podemos afirmar, de acordo com a conclusão obtida por Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes³⁶ (2011, p.17) após vasta coleta de dados a respeito dos padrões processuais criados pela Corte, que a mesma se comporta sincronicamente como três cortes diferentes, ligadas em apenas uma instituição: corte recursal, constitucional e ordinária.

O Supremo Tribunal Federal age como corte recursal quando julga as ações que chegam ao Tribunal em decorrência do questionamento de decisões tomadas

³⁶ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Página 17.

por outras instâncias judiciais relativamente à matéria constitucional. Ou seja, quando atua no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Em síntese, o STF se comporta como corte constitucional quando se ocupa do controle de constitucionalidade concentrado, apreciando, por exemplo, as ações declaratórias de constitucionalidade, as ações diretas de inconstitucionalidade, entre outras.

Por fim, revela-se como corte ordinária nos momentos em que aprecia causas que não se adequam a nenhuma das categorias tratadas acima, como nos casos em que trabalha como “tribunal de instância única no caso individual”. Exemplos são os processos movidos contra membros do Congresso Nacional.

Importante ressaltar que essa multiplicidade de atribuições, assim como a forma centralizadora de escolha de seus membros, têm sido vítimas de fortes críticas de setores da doutrina, uma vez que esse acúmulo de funções tornaria impossível ao STF exercer de forma adequada as suas funções (AGRA, 2005, p.66)³⁷.

Como se viu, além das atribuições de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do poder dirigente, a Corte brasileira acumula outras atribuições que não se relacionam ou que o fazem apenas indiretamente com o contencioso constitucional propriamente dito. Exemplo disso são os casos em que a Constituição obriga o Supremo a julgar processos por força da autoridade ou entidade envolvida (infrações penais comuns cometidas pelo Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador Geral da República, entre outras hipóteses, elencados no artigo 102, I, alíneas c a r, da Constituição Federal).

Por fim, convém ressaltar que, durante as deliberações da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, foi apresentada sugestão, de autoria de José Afonso

³⁷ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Página 66.

da Silva, no sentido de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro Tribunal Constitucional, nos moldes europeus (SILVA, 2013)³⁸.

Ocorre, todavia, que tal proposta foi liminarmente rejeitada pela Comissão, que, atendendo às demandas e pressões dos então ministros do STF, preservou a competência do Supremo para o julgamento de questões constitucionais em sentido amplo (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 1)³⁹.

As hipóteses em que a Constituição o obriga a julgar certos casos, por força da autoridade ou entidade envolvida (exemplo das infrações penais comuns cometidas pelo Presidente da República, prevista no artigo 102, I, a da CF), só reforçam o supracitado entendimento, uma vez que a matéria nada tem de constitucional. Walber de Moura Agra (2005, p. 57)⁴⁰ traz ainda mais duas características essenciais dos tribunais constitucionais: a fixação de mandato para o exercício das funções por seus membros, o que permitiria regularidade na renovação de sua composição e traria, por conseguinte, maior sincronia entre os anseios sociais e a atuação da Corte.

3.1 SENTENÇAS DO STF POLÍTICAS X CONSTITUCIONAIS.

Algumas decisões tomadas pelos ministros levam a imaginação de algum interesse político por trás desse viés. Nos últimos anos, vimos alguns dos ministros se envolvendo em polemicas por terem decidido sobre algum assunto monocraticamente e em seguida ter que desfazer o ato. Com isso deve-se levar em conta até onde, onde e como nasce uma sentença do STF?

Desde a criação da CF de 1988 até 2018, apenas 1% das decisões do STF tiveram discussões presenciais, sendo a maioria delas proferidas de forma individual. Elas são chamadas de fenômeno da monocratização do tribunal, devido ao altíssimo número de decisões individuais de um órgão que deveria, em tese, prezar pelo entendimento coletivo antes da tomada de decisão. O protagonismo de

³⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁹ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. **O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo**. Revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 88, jan./abril 2013. Disponível em: . Acesso em 23 de novembro de 2020.

⁴⁰ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Juízes e tribunais tem colocado estes com imagem atrelada a paisagem política dos demais Poderes.

Recentemente, em decisão liminar monocrática, o Ministro Marco Aurélio determinou a soltura de André Oliveira Macedo, conhecido como André do Rap, traficante internacional de drogas, condenado duas vezes em 1ª e 2ª instância, decretadas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região a mais de 25 anos de prisão. A soltura do traficante foi fundamentada no artigo 316 do Código de Processo Penal.

“Art. 316 - Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

A decisão monocrática foi revogada pelo plantonista, Ministro Luiz Fux, determinando a suspensão da medida, porém, já era tarde demais, pois o traficante já havia sido libertado. Um relatório da Polícia Civil de São Paulo, menciona que o patrimônio do preso era extremamente volumoso, com alto poder aquisitivo devido a várias ramificações dos seus negócios ilícitos em diversos países. Em gravações monitoradas pela polícia, constam conversas que trazem a necessidade de se adiantar o ingresso de pedidos de soltura, visto que o ministro se aposentaria em meados de 2021, sem citar nomes. O jornal Estado de São Paulo analisou 225 decisões individuais do Ministro Marco Aurélio em 2020, sendo 15 semelhantes ao caso do traficante André do Rap. Nestes casos, as decisões foram revistas pelo colegiado do tribunal, mas todos os acusados já estavam foragidos. Como pode a mesma Corte que manda soltar determinar a prisão de um condenado? Um ditado popular faz bastante sentido em alguns casos nos tribunais: “Cada cabeça uma sentença”.

Outra polêmica envolvendo o STF é o inquérito das Fake News. O inquérito é conduzido pela própria Corte, com relatório sigiloso do Ministro Alexandre de Moraes. Foi aberto no início de 2019 por determinação do então presidente Dias Toffoli, com o objetivo de apurar possíveis notícias falsas contra o Supremo. Após a abertura do inquérito, várias operações de busca e apreensão em endereços ligados à possíveis envolvidos já foram realizadas. Houve até trocas de farpas entre membros do STF, Magistrados, membros do Ministério Público e Força Tarefa em

Curitiba, onde foi alegado extrapolação de atribuição pelo STF. O inquérito foi aberto por ato de ofício, ou seja, sem a provocação de outro órgão, o que é muito incomum.

O Ministério Público foi excluído das investigações e as ações do STF foram alvo de duras críticas de Procuradores, membros do Poder Legislativo e Executivo, que veem com preocupação o excesso de poder nas mãos do Supremo. A então Procuradora Geral da República à época, Raquel Dodge, manifestou-se pela ilegalidade da ação, tentando impedir o prosseguimento das investigações. Ela enviou um documento ao STF informando que havia arquivado o inquérito, visto que apenas o Ministério Público tem legitimidade para conduzir uma investigação criminal. A ação da Procuradora não teve efeito, visto que o Ministro relator, Alexandre de Moraes, disse que só o STF tem a prerrogativa de arquivar ou não uma decisão, já que quem conduz a investigação é o próprio tribunal e não os Promotores.

No âmbito do Inquérito das Fake News, o Ministro Alexandre de Moraes censurou reportagens na revista *Crusoé* e *O Antagonista*. O Ministro derrubou a própria liminar, alegando que havia fundamentação das reportagens em um documento real. Alguns senadores chegaram a propor a abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), para investigar as ações dos Ministros, buscando encontrar supostas ações de abuso de poder. Porém, não houve avanço na proposta chamada de “Lava Toga”.

Pontos que sustentam a ilegalidade do inquérito das Fake News:

- a) O objeto do inquérito é indefinido, não indicando fato específico a ser investigado;
- b) A indicação do Ministro relator viola a exigência livre distribuição;

Art. 66 do Regimento Interno do STF... “A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo”.

- c) O STF não possui atribuição para o caso;

O STF só poderia atuar, de acordo com o regimento interno, em caso de infração cometida dentro da sede ou dependência do tribunal. Neste caso, o

inquérito não investiga crime ocorrido no tribunal ou em suas dependências, e não há indicação de que os investigados tenham foro perante o STF.

d) A instauração de inquérito por órgão do Poder Judiciário viola o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal;

- I. O sistema *inquisitório*, no qual não há separação entre o acusador e julgador, de modo que o próprio juiz futuro da causa tem poder de iniciar a persecução penal, investigando, acusando e julgando o caso;
- II. No sistema *acusatório*, há uma clara separação de competências entre o órgão com função de acusar, presumindo poder instrumental de investigar, e a autoridade competente para julgar;
- III. Conforme leciona diversos professores de direito processual penal no Brasil, ao juiz não compete acusação, muito menos deflagração de investigações.

e) O inquérito viola a liberdade de expressão.

Sem indicar um fato preciso, ao que parece, a finalidade é promover um verdadeiro “caça às bruxas”, instalando-se um clima de terror, inibindo assim as críticas à Corte.

Visando mostrar a diversidade do pensamento na tomada de decisão por alguns ministros, a seguir, algumas falas concedidas numa entrevista em que eles falam como tomam suas decisões, à Revista *Época* no dia 15 de fevereiro de 2019.

“Como nasce uma sentença no STF⁴¹” mostra como é a pesquisa sobre o tema do processo, a reunião com os assessores, a decisão e a repercussão na mídia. “Não existe ato mais individual do que julgar um processo”, resumiu o assessor de um gabinete da Corte.

O ministro Ricardo Lewandowski concordou: “a decisão política, no sentido amplo da palavra, é sempre do ministro. É dele a decisão final de conceder ou não uma liminar”.

⁴¹ Brígido, Carolina. **Como nasce uma sentença**. Revista *Época*, São Paulo, p. 43 a 47, fevereiro, 2019.

Antes de tomar a decisão, Luiz Fux pensa uma solução “justa” para o caso a ser julgado. Depois busca uma “roupagem jurídica” – ou seja, uma lei ou norma que respalde seu sentimento de justiça. Antes de tomar decisão ele tem o hábito de se reunir com assessores em uma grande mesa no gabinete.

Luís Roberto Barroso, em alguns processos, também parte de uma tese. Em seguida pede uma pesquisa sobre o assunto, debruça-se sobre a legislação vigente e a jurisprudência. Quando o processo é muito relevante, Barroso escreve a decisão à mão, em um papel pautado amarelo. Depois, ele mesmo transcreve para o computador.

Rosa Weber tem uma característica ímpar entre ministros do STF: não é adepta de declarações públicas, palestras ou entrevistas à imprensa. A introspecção também prevalece em seu gabinete. Ela pede apenas uma pesquisa de decisões passadas e nunca revela como vai votar. Há servidores em seu gabinete que jamais despacharam com ela.

Marco Aurélio Mello costuma pedir a um assessor do gabinete informações sobre o assunto a ser julgado. Quando suas ideias estão formuladas, liga o gravador e pronúncia em voz alta toda a decisão. O ritual é feito, na maioria das vezes, em seu escritório particular na casa onde vive. Com a decisão pronta, envia o gravador ao STF e uma assessora se encarrega da transcrição. Marco Aurélio tem uma peculiaridade: não há juízes auxiliares em seu gabinete.

Celso de Mello gosta de examinar os processos sozinho. Ele é um dos ministros que mais levam tempo para tomar decisões. Costumava virar madrugadas no tribunal ao som de música clássica, regadas a litros de café forte. Agora, por recomendação médica, tem deixado o tribunal um pouco mais cedo.

Cármen Lúcia gosta de elaborar sozinha suas decisões quando o caso é de muita relevância. Em processos triviais, ela passa a recomendação para um assessor, que elabora um texto-base. Depois, ela revisa. “A decisão final é sempre dela”, contou um dos funcionários do gabinete.

Quando recebe um processo importante, Gilmar Mendes age diferente: chama toda a equipe para sua sala e faz um “brainstorming”, na definição de um assessor. Quando os processos são de grande impacto, Mendes também pede à equipe pesquisas com decisões tomadas em outros países. Ele ouve, ainda, especialistas sobre temas mais áridos, como os processos

tributários. Quando o processo é constitucional, o ministro decide de forma mais solitária.

Magistrado desde 1990, Lewandowski revelou que usa a intuição. “Um juiz experiente é como um médico experiente. O profissional antigo tem suas impressões e experiências gravadas no subconsciente”, disse. A depender do assunto, o ministro já tem suas convicções, vindas de decisões anteriores. Em caso de dúvida, consulta assessores e pede pesquisas sobre decisões passadas.

Dias Toffoli, atual presidente do Tribunal, também gosta de conversar com os assessores, mas não com todos os juntos. Normalmente, cada um fica responsável por um tipo de processo, sob a orientação do ministro. Quando um processo é trivial, seus assessores redigem o voto, e cabe a Dias Toffoli apenas revisar o texto. Quando o assunto é muito impactante, escreve tudo sozinho.

E assim pode-se afirmar, com base nessa entrevista, que os interesses políticos são um ensejo para as decisões dos ministros. Como se pode ver, alguns deles pegam o seu pensamento e a partir dali vão buscar um embasamento jurídico, quando deveria ser ao contrário. Dão seu voto e logo “voltar atrás”.

É por isso que o STF vive envolvido em polêmica. Demonstram em cada decisão proferida, que não está de acordo com as normas constitucionais, que sua particularidade está acima da Constituição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal têm sido palco de disputas políticas, em julgamentos que tiveram grande repercussão para a construção do ambiente político nacional e da própria corrida eleitoral.

Enquanto era o presidente do STF, Dias Toffoli, considerou os últimos cinco anos como trágico. Denúncia contra presidente da República, *Impeachment* de presidente, cassação de presidente da Câmara dos Deputados, investigações contra 1/3 do Senado e 1/3 da Câmara. Tudo isso mediado pelo STF. Na visão do Ministro, a corte teve um bom desempenho. “A sociedade tem no Supremo Tribunal Federal a garantia de que vamos manter a institucionalidade do Brasil.”

De protetores da Constituição e da institucionalidade, os ministros também viraram alvo. Alguns pedidos de *impeachment* contra ministros já foram protocolizados no Senado. Entre os denunciados estão: Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Luiz Fux, e mais recentemente, Celso de Mello. A maior parte das petições é rapidamente arquivada pelo Senado, seja pela avaliação de que falta fundamentação aos pedidos apresentarem falhas jurídicas ou pela avaliação de que falta fundamentação aos pedidos. Mesmo assim, são simbólicos do ponto de vista de que a Corte e seus integrantes entraram na linha de tiro do clima de política predominante e polarização social.

Dias Toffoli, enquanto presidente reconheceu que o Judiciário teve protagonismo até demais no Brasil e afirmou que é necessário “abrir espaço” para a volta da política. Seria hora de o Judiciário se recolher para deixar que a política resolva as próprias questões. Ele tem falado, desde então, em unir esforços entre os Três Poderes, em um “grande pacto republicano” para tirar o Brasil da crise. Disse ser necessário que a “política volte a liderar o desenvolvimento do país”.

O STF é, nos termos da Constituição Brasileira, e tendo em vista a sua atuação real, um componente essencial de nosso sistema político. De acordo com essa perspectiva, o STF opera como órgão de governo funcionalmente, ligado à Presidência da República e ao Congresso Nacional.

Portanto, pondera-se o Supremo como elemento integrante do sistema político, participando ativamente da construção da ordem política. Ou seja, hoje, no Brasil, o discurso político é orgânico e principalmente construído, também, pelo e no STF.

O STF não é uma instituição política porque os ministros que o compõem tenham trilhado alguma trajetória política, não necessariamente. Na verdade, os ministros tomam decisões políticas independentemente de sua trajetória, a partir do instante e porque se tornam ministros (inserção institucional).

O STF é um órgão político de caráter nacional. O que se sustenta, contra o senso comum, modelado pelo discurso jurídico, e contra, principalmente, o conhecimento constitucional brasileiro, é que o Supremo não é um órgão do Poder Judiciário. O que colocamos em destaque é que a chave de compreensão da função necessariamente política do STF - que, reafirmamos à exaustão, não integra o Poder Judiciário, mas sim o sistema de governo - está na observação e no empirismo. Não basta ir aos fatos para entender o papel do STF.

Assim, podemos concluir que o STF é um elemento legítimo do sistema político, então, não há como deixar de apontar como suas decisões são decididas. Há alguns assuntos onde o STF sobrepõe a CF. Por isso vale o estudo mais aprofundado para que não haja qualquer tipo de violação por meio dos ministros do STF.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **Judiciário e Minorias**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 96, p. 191, out./dez. 1987.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 18 de novembro de 2020.

BRASIL, **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acessado em 2 de novembro de 2020.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acessado em: 08 de novembro de 2020.

BRÍGIDO, Carolina. **Como nasce uma sentença**. Revista Época, São Paulo, p. 43 a 47. fevereiro, 2019.

CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro. **O Papel contramajoritário do STF**. Justiça e cidadania. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/o-papel-contramajoritario-do-stf/>> Acessado em: 20 de novembro de 2020.

COURA, Alexandre de Castro *apud* ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos. **A falácia no direito das minorias**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p63.pdf> Acessado em 18 de novembro de 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. **O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo**. Revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 88, jan./abril 2013. Acesso em 23 de novembro de 2020.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. Página 12.

MONTESQUIE, Charles. **O espírito das leis**. 2000. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda, p. 166.

MONTESQUIEU, C.S. **O Espírito das Leis**. 2.ed. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NETO, Edmilson. **Existe impeachment de Ministros do STF?** Revista Politize. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/impeachment-de-ministros-do-stf/#:~:text=%C3%89%20poss%C3%ADvel,Presidente%20da%20Rep%C3%ABlica%2C%20no%20art.&text=Mas%20ela%20estabelece%20que%20compete,inciso%20II%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o>> Acessado em: 12 de novembro de 2020.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000. Página 2.

POMPEU, Ana. **Supremo toma decisões controversas e sofre ataques por sua atuação institucional**. REVISTA CONSULTOR JURIDICO. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/anuario-justica-stf-toma-decisoes-controversas-sofre-ataques>> Acessado em 22 de novembro 2020.

POMPEU, Ana. **Supremo toma decisões controversas e sofre ataques por sua atuação institucional**. REVISTA CONSULTOR JURIDICO. site: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/anuario-justica-stf-toma-decisoes-controversas-sofre-ataques>> Acessado em: 22 de novembro de 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Página 129.

SARMENTO, Daniel. **O papel contramajoritário do STF**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186860/man-debat-des-luizfernandoribeiro-carvalho.pdf>> Acessado em 18 de novembro de 2020.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 35, de 2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>> Acessado em 16 de novembro de 2020.

SOARES, Hugo. **As minorias sociais e o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32053/as-minorias-sociais-e-o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal>> Acessado em: 16 de novembro de 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. I, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

TEIXEIRA, Matheus. **Maioria das decisões no STF é individual e apenas 1% teve amplo debate**. Revista Atual Amazon. Disponível em:

<<https://amazonasatual.com.br/maioria-das-decisoes-no-stf-e-individual-e-apenas-1-teve-amplo-debate/>> Acessado em 02 de novembro de 2020.

Referência retirada do site:
http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_04.06.1998

Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acessado em 2 de novembro de 2020

CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro. O Papel contramajoritário do STF. Justiça e cidadania. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/o-papel-contramajoritario-do-stf/>> Acessado em 20 de novembro de 2020.

SOUZA, Clarissa Abrantes. **O papel contramajoritário do Supremo Tribunal.** Conteúdo Jurídico. Disponível em:
<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais> . Acessado em 18 de novembro de 2020.

NETO, Edmilson. Existe **impeachment de Ministros do STF?**. Revista Politize. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/impeachment-de-ministros-do-stf/#:~:text=%C3%89%20poss%C3%ADvel.,Presidente%20da%20Rep%C3%BAblica%2C%20no%20art.&text=Mas%20ela%20estabelece%20que%20competi,inciso%20II%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o>> Acessado em 12 de novembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Histórico do STF.** Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>> Acessado em 02 de novembro de 2020.