

Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988

Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF

GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS
THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE

RESUMO

■ O artigo sustenta que os mesmos fatores que têm provocado um fortalecimento ou expansão da jurisdição constitucional no Brasil constituem um risco para a autoridade do Supremo Tribunal Federal, diante da hiperjudicialização de questões politicamente sensíveis e da pouca blindagem institucional que o desenho e as práticas da Corte lhe conferem. O estudo de caso apresentado no artigo (ADPF 402-DF) permite ilustrar várias questões relevantes do debate atual, bem como discutir problemas que parecem surgir no horizonte da instituição após as mudanças recentes do contexto político. O artigo discute alternativas democráticas para o aprimoramento da deliberação da Corte e do diálogo com os demais poderes, especialmente em casos que possam colocar em jogo a separação, o controle recíproco e o equilíbrio de poderes.

ABSTRACT

■ The paper argues that the same factors that have caused an increase in the strength and expansion of judicial review in Brazil are the source of a risk for the authority of the Federal Supreme Court, in the light of the hyper judicialization of politically sensitive questions and of the weak institutional protection that current institutional design can offer for the court. The case study presented in the

paper (ADPF 402-DF) can clarify several relevant issues for the current debates on the topic, as well as discuss some problems that seem to rise in the horizon of the institution due to recent changes in the political setting. The paper discusses democratic alternatives for the enhancement of the deliberation of the court and of the dialogue with other branches, especially in cases that might put the separation of powers and the reciprocal control of the branches in risk.

INTRODUÇÃO

■ No constitucionalismo contemporâneo, segue vigente e ativo o debate sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos ou omissões do poder público e sobre o papel das cortes constitucionais em tal controle, sendo este um tema “catalizador”¹ (Silva, 2009, p. 198) de vários debates relevantes, inclusive da questão da democracia. Os temas relativos aos diálogos institucionais, equilíbrio de poderes e separação de funções necessitam ser revisitados hoje em um contexto de decantação dos câmbios constitucionais ocorridos nas décadas mais recentes no Norte e Sul globais², ampliando a discussão para além dos problemas colocados pelos debates baseados nos modelos clássicos.

O sistema de jurisdição constitucional brasileiro, oriundo de um mosaico de várias ondas de migração de ideias, teorias e modelos institucionais, tanto de origem europeia, quanto estadunidense³, é um caso paradigmático para ilustrar o aumento da complexidade dos problemas do constitucionalismo contemporâneo.

1 “[O] tema ‘controle de constitucionalidade’ pode ser um catalisador de diversos temas centrais não só do direito constitucional contemporâneo — como a interpretação constitucional, a separação de poderes, a democracia, a organização do Judiciário, os direitos fundamentais e o federalismo — mas também da ciência política e da filosofia” (Silva, 2009, p. 198).

2 As expressões Norte e Sul globais têm sido utilizadas em relação ao conjunto de países dos dois hemisférios do globo que se organizam politicamente como democracias constitucionais. A referência aos dois hemisférios remete a questões geopolíticas relativas à diferença, mais ou menos comum, de desenvolvimento econômico dos países dos dois blocos. No plano dos estudos constitucionais, refere-se às ondas de mudanças constitucionais vinculadas à redemocratização de diversos países do hemisfério Norte (Espanha, Itália e Portugal, por exemplo), ademais das reformas constitucionais ocorridas no Leste Europeu após a queda do muro de Berlim. No hemisfério Sul, os câmbios constitucionais ocorreram, predominantemente, em face da redemocratização da América Latina (fim de ditaduras militares), da independência de ex-colônias africanas ou do fim de regimes políticos autoritários (África do Sul, por exemplo). Neste lado do globo, o constitucionalismo, além da redemocratização, pretendeu enfrentar as exclusões sociais e econômicas históricas de parte da população e vem se confrontando, desde então, com as tensões impostas pela globalização neoliberal, com seus reflexos nos planos jurídico e político.

3 Ver comparação das linhas gerais dos modelos continental europeu e estadunidense em Silva (2009, p. 207). Mais recentemente, nota-se a influência, ainda tímida, do constitucionalismo

Embora o Brasil seja considerado um modelo dito “forte” de controle de constitucionalidade,⁴ a análise de como o sistema efetivamente funciona – a qual necessita ser sempre “contextual” e atenta à cultura jurídica e política dominantes (Bayón, 2011) – revela um tipo de hipertrofia da Corte Constitucional decorrente de poderes pouco usuais na maioria dos sistemas jurídicos.

O poder da Corte Constitucional brasileira, cujos membros possuem mandato vitalício, torna-se ainda mais emblemático diante de algumas peculiaridades do seu desenho atual: (i) acúmulo de atribuições, que incluem não apenas a revisão judicial de toda a legislação, mas também, entre outros, o julgamento dos agentes políticos que possuem foro privilegiado; (ii) ampliação da competência a partir da constituição de 1988, que gerou um grande estoque de ações e de temas relevantes passíveis de apreciação; (iii) forma de deliberação, predominantemente individual e externa⁵; (iv) a ampla discricionariedade do magistrado relator na condução do processo; (v) o amplo estoque de casos a serem pautados, o que decorre do fato de que a corte não pode escolher os casos a serem julgados.⁶

latino-americano, como ocorreu em relação ao reconhecimento do conceito de “estado de coisas inconstitucional”, originário de construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, em decisão liminar proferida na ADPF 347.

- 4 No caso do Brasil, o modelo de controle de constitucionalidade é considerado “forte” (Bayón, 2000), pois corresponde àquele que possui uma Constituição abrangente, com um amplo catálogo de direitos fundamentais, cláusulas pétreas e cuja Corte Constitucional, ao menos formalmente, detém o predomínio da última palavra em matéria de controle de constitucionalidade. Independentemente do modelo adotado, a análise contextual permite examinar como reagem ou “dialogam” os demais poderes com o Poder Judiciário em face de decisões de controle de constitucionalidade. Na prática, como ressalta Mendes (2014), a relação ou a interação entre os poderes é inevitável, de modo que a última palavra é sempre algo provisório, o que se notará no caso a ser estudado.
- 5 Silva (2009, p. 217), a partir da classificação de Ferejohn e Pasquino (2002), compara a forma de deliberação do STF (votos individuais) à estadunidense no sentido de serem as razões dirigidas para um interlocutor externo (deliberação externa), tendo como características as seguintes: “quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros”; “inexistência de unidade institucional e decisória”; “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal”.
- 6 A ausência de possibilidade de escolher os casos que serão julgados, aliada ao excesso de competências, gera uma enorme “agenda postergada” (Falcão e Arguelhes, 2017), que sofre influência de fatores conjunturais para ser pautada. Dois casos são exemplares: ADPF-165 de março de 2009, que requer a declaração de constitucionalidade dos planos econômicos dos anos 80 e 90, ainda sem decisão, e o Recurso Extraordinário 693.456, autuado em junho de 2012, que foi colocado em pauta em 2016 e decidido em 27.10.2016, autorizando o desconto dos salários de servidores em greve, em um contexto onde se prevê a possibilidade de greves e protestos contrários a possíveis reformas e medidas de austeridade contrárias a trabalhadores públicos e privados.

Os fatores mencionados, quando somados, vêm gerando a ampliação do número de decisões monocráticas e a possibilidade de controle estratégico da pauta⁷, aumentando as críticas relativas à opacidade do Tribunal⁸.

Sem embargo, pouco se tem discutido acerca de um possível efeito colateral dessa expansão dos poderes decorrentes do *judicial review* pelo STF, que se pretende tratar neste breve ensaio. Sustentar-se-á aqui que esses mesmos fatores que têm provocado um fortalecimento e uma expansão exagerada da jurisdição constitucional podem constituir um risco para a autoridade do Supremo Tribunal Federal. A aparentemente incontroversa força da Corte pode converter-se em sua fragilidade, especialmente no tratamento de questões políticas, diante da hiperjudicialização da política e da pouca blindagem que seu desenho institucional e suas práticas lhe conferem.

Para ilustrar essa possibilidade e para compreender os problemas que o controle de constitucionalidade enfrenta atualmente no Brasil, bem como os reflexos que isso vem gerando no próprio sistema, tomar-se-á um caso concreto para exame: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 – Distrito Federal, incluída a sua Medida Cautelar relativa ao pedido de afastamento do Senador Renan Calheiros.

Com a análise desse caso⁹ pretende-se demonstrar como os problemas identificados por vários estudiosos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do constitucionalismo brasileiro e internacional confluíram para aumentar a instabilidade institucional vigente no país e a incerteza jurídica referente ao efeito vinculante dos precedentes para a própria Corte em temas politicamente sensíveis. Ao invés de fator de segurança, previsibilidade e manutenção do Estado de Direito, o STF, em casos como esse, acaba por aguçar as crises políticas que ele tem por missão institucional evitar.

7 Diversos estudiosos do processo decisório do Supremo Tribunal Federal apontam como o controle estratégico da pauta de julgamentos pode ocorrer, desde o manejo dos tempos para pautar e decidir os casos, até os pedidos de vista prolongados, as decisões monocráticas e a antecipação de posições na imprensa (Arguelhes e Ribeiro, 2015).

8 Críticas à opacidade do órgão aparecem, também, em periódicos, como em recente matéria do Jornal “El País” (Alessi, 2016) que trata o STF como uma “caixa-preta” em termos da opacidade de critérios de julgamento dos seus casos.

9 O presente artigo ilustra os elementos do caso até o estado em que se encontrava em 01.02.17. Os seus desdobramentos merecem acompanhamento em face da riqueza de elementos jurídicos e institucionais que ele aporta ao debate do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

I. O CASO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 402 – DISTRITO FEDERAL

■ A ADPF 402 questiona se parlamentares, réus perante o Supremo Tribunal Federal, podem ocupar cargo que implique em permanecer na linha de sucessão da Presidência da República. O tema diz respeito a uma alegada lacuna constitucional que, se comprovada, demonstraria um desequilíbrio nos meios de controle judicial da atuação dos chefes dos poderes Executivo e Legislativo.

No que concerne ao Poder Executivo, a Constituição possui regra explícita, estabelecendo o afastamento do Presidente do cargo uma vez instaurado processo tanto para punição de crimes de responsabilidade, quanto para punição de crimes comuns (art. 86, § 1º, I). A pretensão da ADPF 402, como veremos, é aplicar por analogia esta última regra aos dirigentes do Poder Legislativo, ao fundamento de que esta deveria valer para todos os eventuais sucessores do Presidente da República.

Analisemos os elementos do caso.

I.1. A ADPF 402-DF e o seu contexto

■ A ADPF 402-DF foi ajuizada em 03 de maio de 2016 para fins de questionar se um parlamentar que se torne réu em processo criminal no Supremo Tribunal Federal, decorrente de crime comum, poderia continuar a exercer cargo que o colocasse na linha direta de sucessão da Presidência da República.

O problema foi colocado em relação ao Presidente do Congresso e da Câmara dos Deputados, Deputado Eduardo Cunha, primeiro a figurar na linha de sucessão da Presidência da República, em um contexto de iminente afastamento da Presidenta eleita, diante da aprovação, em 17 de abril de 2016, da abertura de seu processo de *impeachment* por dois terços dos deputados federais.

Saliente-se que a competência para processar ou não o pedido de abertura do processo de *impeachment* em face da Presidente da República era exclusiva do Presidente da Câmara, o qual, no momento do ajuizamento da ação, já figurava como réu em ações penais no Supremo Tribunal Federal, oriundas dos Inquéritos 3.983 e 4.146.

Tais inquéritos, por sua vez, tinham pendente de julgamento incidental, desde dezembro de 2015, a Ação Cautelar 4070, proposta pelo Procurador Geral da República, que pedia o afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha do cargo de parlamentar e da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

O fundamento da Ação Cautelar era o de que o mencionado Deputado se utilizava do cargo para obter vantagens ilícitas e obstruir a ação dos seus pares com a finalidade de impedir a regular tramitação de representação instaurada contra ele no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. Foi apresentada farta documentação para comprovar essas obstruções.

A Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por sua vez, foi prevista na Constituição de 1988, ampliando os poderes do STF quanto ao controle concentrado de constitucionalidade em relação às constituições anteriores. Os legitimados para propô-la são os mesmos para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja legitimidade foi ampliada em 1988 para incluir, entre outros atores, os partidos políticos com representação no congresso nacional. Como estabelece a Lei 9.882/1999, é cabível, de modo direto ou incidental, sempre que se indique a ocorrência de (a) lesão a preceito fundamental, entendido como aquele que regule conteúdo estruturante da constituição; causada por (b) ato emanado do Poder Público; (c) para o qual não haja outro meio eficaz de saná-la, sendo, portanto, uma ação subsidiária ou de competência residual em termos de controle concentrado de constitucionalidade.

Sua institucionalização marca duas características do controle de constitucionalidade vigente no Brasil a partir da Constituição de 1988: (a) o aumento da sua concentração, em um sistema onde vigora, também, o controle difuso; e (b) a ampliação da judicialização da política, diante da legitimidade dos partidos políticos para propor ações de controle concentrado, incluídos os partidos com representação minoritária no congresso, com o conseqüente uso “estratégico” (Arguelhes, 2014) do controle de constitucionalidade¹⁰.

Esse aumento de competência revela os riscos de desequilíbrio institucional, diante dos traços de autoritarismo da cultura política e jurídica brasileiras, presentes, entre outros fatores, em fatos como: rupturas institucionais frequentes; a reiterada ausência de respeito à formalidade dos procedimentos deliberativos no âmbito parlamentar; pouca penetração dos afetados mais vulneráveis nos espaços de representação e deliberação; insuficiente blindagem institucional para evitar a captura dos poderes constituídos pelas elites econômicas e políticas.

Em relação à cultura jurídica consolidada no STF, há doutrina que registra ora omissões importantes na fiscalização da observância do processo legislativo, ora excessivo ativismo em relação aos juízos políticos realizados pelo tribunal

10 Segundo Arguelhes (2014, p. 26), tal fenômeno corresponde ao “comportamento estratégico por parte de atores políticos que veem na intervenção judicial a chance de reverter decisões desfavoráveis em arenas decisórias majoritárias, como o Congresso Nacional”.

(Bustamante e Godoi Bustamante, 2016), o que fica cada vez mais explícito com o aumento da judicialização da política, evidenciando as margens interpretativas do direito utilizadas pelos integrantes da Corte como “mecanismo de expansão e restrição do poder judicial” (Arguelhes, 2014).

Paralelamente, verifica-se, nos últimos anos, uma notável expansão dos poderes individuais de cada Ministro na Corte, os quais se comportam como “onze ilhas” (Mendes, 2010), bem como, em relação ao plenário, um déficit de deliberação em temas sensíveis e o desrespeito aos autprecedentes para preservação da autoridade da Corte¹¹.

No caso específico em discussão, fatos novos no pano de fundo político evidenciam o retorno de comportamentos de setores do Executivo e Legislativo típicos de períodos de quebra democrática, agravados pelos efeitos políticos das pautas midiáticas sobre a opinião pública em um país com alta concentração da propriedade dos meios de comunicação. Tais fatores aumentam a fragilidade institucional dos tribunais quando a legitimidade destes depende, excessivamente, da imagem individual e da reputação dos seus magistrados, caso do Supremo Tribunal Federal.

1.2. Partes, problema jurídico e decisões proferidas na ADPF 402-DF e processos conexos

■ A parte autora da ação é a Rede Sustentabilidade, partido político que fundamenta o pedido de afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados na existência de lesão a preceitos fundamentais, apontando a violação ao princípio da separação dos poderes (CF/88, art. 2º) e ao princípio republicano (art. 1º, *caput*), que estão entre “os princípios e decisões políticas fundamentais do Estado brasileiro” ou que conferem “densidade normativa” ou, ainda, “significado específico”¹² a tais princípios, como, segundo o autor da ação, é o caso dos “preceitos que tratam da substituição do

11 Falcão e Arguelhes (2017) relatam como o funcionamento do STF deve ser observado em duas perspectivas: “sua agenda postergada, invisível, [...] tão importante quanto sua agenda formalizada e visível” e a “tensão entre sua ação institucional e o comportamento individual – quase sempre discricionário – de seus ministros”. Segundo os autores, os ministros podem atuar de forma positiva ou negativa em relação à deliberação do plenário e, ao agir “contra o colegiado”, seja “por ação ou omissão, assumem um poder de fazer política e políticas públicas que não lhes pertence”. Tal tensão foi evidenciada em vários momentos do caso em análise colocando em questão a autoridade da Corte e de seus membros.

12 O autor cita precedente referente à ADPF-33-MC, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Presidente da República e dos requisitos para o exercício da Presidência”. Na argumentação do autor, estes “conformam o arranjo institucional brasileiro, compondo o [...] sistema próprio de separação de poderes, em sua estrutura básica” (Rede Sustentabilidade, 2016, p. 4).

Afirma o autor que a permanência do Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal em “situação incompatível com a ordem constitucional caracteriza inequívoca violação aos referidos preceitos fundamentais” (Rede Sustentabilidade, 2016, p. 4). Na argumentação do autor, a omissão da Câmara dos Deputados em afastar o Presidente da Casa e cessar “o estado de inconstitucionalidade” (Rede Sustentabilidade, 2016a, p. 5), teria aberto a via da ADPF para o resguardo da Constituição.

Como argumento adicional para a admissibilidade da ADPF (Rede Sustentabilidade, 2016a, p. 7) também se afirma a necessidade de “fixar, de modo vinculante, a correta interpretação da Constituição quanto ao tema de fundo, de forma a pautar a ação futura da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, pretendendo-se, em outras palavras, que o STF “firme a tese de que pessoas com denúncias admitidas pela Corte Suprema não podem exercer funções na linha constitucional de substituição do Presidente da República”, não havendo outro instrumento processual apto a atingir esse resultado.

Por fim, sustenta-se que a ADPF “é um canal especialmente vocacionado para a discussão de questões essenciais ao regime dos preceitos fundamentais, incluindo questões institucionais sensíveis”, como foi o caso da admissão das ações em que se discutiu o rito do processo de *impeachment* e a nomeação de Ministro da Justiça em situação de impedimento constitucional, questões com “transcendência de interesse público” e que revelam o “papel institucional do STF como guardião da Constituição”, a fim de esclarecer “os comandos básicos do desenho institucional brasileiro, garantindo que os poderes representativos da República operem em regime de plena normalidade” (Rede Sustentabilidade, 2016a, p. 7-8).

O tema, portanto, das relações e equilíbrio de poderes era pano de fundo da ação.

A ADPF 402-DF, ajuizada em 03.05.16, foi admitida em 05.05.16, sendo relator o Ministro Marco Aurélio de Mello. Na mesma data, pelo mesmo relator, foi admitida a presença, como terceiros interessados, de seis outros partidos políticos.

Não obstante, antes de ser proferida decisão liminar que poderia resultar no afastamento do Deputado Federal Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados, foi decidida, exatamente em 04.05.16, um dia após o ajuizamento da ADPF 402-DF, a liminar referente à Ação Cautelar 4070, proposta desde dezembro de 2015 pelo Procurador Geral da República, que postulava o afasta-

mento do mesmo Deputado do cargo e da Presidência da Câmara por um leque mais amplo de razões.

1.2.1 A decisão da ação cautelar N. 4070 e seus reflexos sobre a ADPF 402-DF

A decisão do Ministro Teori Zavascki acolheu o pedido a partir da acusação de onze fatos delitivos que teriam sido praticados pelo Deputado Federal Eduardo Cunha no exercício do mandato, admitindo o poder excepcional de cautela, com base no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, que, segundo o Ministro (Brasil, 2016a, p. 13) “tutela igualmente – e a um só tempo – o risco de (prática da) delinquência no poder e o risco (de uso) do poder para delinquir”, realidades que não podem ser separadas, conforme consta da decisão.

Reconhece o relator que, embora ordinariamente a competência para afastar o Deputado do exercício de suas funções seja do Poder Legislativo,

[...] a partir de quando um parlamentar passa a ser alvo de investigação por crime comum, perante o foro apropriado, também esses agentes políticos haverão de se sujeitar a afastamentos temporários da função, desde que existam elementos concretos, de particular gravidade, que revelem a indispensabilidade da medida para a hígida sequência dos trabalhos judiciários (Brasil, 2016a, p. 16).

Citou-se o precedente relativo ao MS 24.458, que reconhece a legitimidade do STF para analisar os atos de abuso de poder no curso do mandato parlamentar, bem como a necessidade de dar tratamento isonômico aos altos agentes políticos vinculados aos diversos poderes, como ocorre com os magistrados¹³, com o Chefe do Executivo¹⁴ e com outras autoridades¹⁵.

Outro argumento utilizado pelo Relator (Brasil, 2016, p. 26) foi o de que o mandato obtido para a direção superior da Casa Parlamentar não poderia servir de anteparo para a frustração da jurisdição penal, diante das competências específicas do cargo. O relator indica que o deputado responde a cinco inquéritos penais em que é acusado dos crimes de corrupção passiva e/ou lavagem de dinheiro em face de contratos públicos ou sua atividade como parlamentar, tendo destacado trecho da petição inicial em que o Procurador Geral da República menciona que

13 Art. 29 da LOMAN e art. 15 da Resolução 135/2011 do CNJ.

14 Art. 86, § 1º, I, da CF.

15 Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 – Lei de Abuso de Autoridade.

[...] os fatos indicam que existe um grupo de parlamentares, liderados por Eduardo Cunha, que vem se valendo dos respectivos mandatos e prerrogativas, tais como poder de requisição e convocação, a fim de pressionar e intimidar terceiros, empresários ou qualquer pessoa que possa contrariar os interesses do grupo criminoso do qual Eduardo Cunha faz parte. (Brasil, 2016a, p. 30)

Também menciona a existência de desvio de finalidade da atividade parlamentar em diversas outras condutas descritas no processo, repetindo-se, segundo a decisão, o “*modus operandi*” na aprovação de diversas leis e medidas provisórias, bem como na liberação e aplicação de recursos do Fundo de Investimento do FGTS (FI-FGTS) para diversas obras.

Foi citada a atuação com desvio de finalidade em Comissões Parlamentares de Inquérito e na demissão de funcionário da Câmara, bem como a “interferência constante, direta e explícita no andamento dos trabalhos do Conselho de Ética, que visam a julgar o requerido por suposta quebra de decoro parlamentar acerca de fatos relacionados com os investigados nesta Corte e já aqui descritos” (Brasil, 2016a, p. 56).

Cita o art. 282 do Código de Processo Penal, que, ao oferecer regras gerais às cautelares no processo penal, se destina a (Brasil, 2016a, p. 66): (a) assegurar a aplicação da lei penal; (b) resguardar a conveniência das investigações e a instrução criminal; e (c) evitar a prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos, sempre tomando em consideração a “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (art. 282, I e II, do Código de Processo Penal).

O relator indica, com descrição fática e menção às provas existentes nos autos, a conduta excepcionalmente grave do Deputado, que, apesar disso, recebeu e conduziu, no mesmo período, o processo de *impeachment* da Presidenta da República¹⁶.

Argumenta-se, nesse ponto, que o Presidente da Câmara é a “primeira autoridade alheia ao Poder Executivo” a ser “convocada para Chefiar o Estado” na ausência do Presidente, “o que torna uma eventual convocação a exercer

16 O processo de *impeachment*, também foi objeto de Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal argumentando o “desvio de poder ou finalidade” do mesmo Deputado em relação ao processamento da medida (Supremo Tribunal Federal, 2015). Na decisão da Ação Cautelar 4070, tal tipo de desvio é mencionado apenas como fator que justificaria o afastamento do Deputado da sua condição de sucessor presidencial, já que a decisão foi proferida quando já consumado o afastamento da Presidenta pelo Congresso.

esse papel, ao menos em afastamentos temporários do novo titular, quase certa” (Brasil, 2016a, p. 66-68). Desse modo, é necessário remédio judicial para evitar o exercício da Presidência por pessoa que figure na condição de réu em processo criminal.

A liminar foi referendada por unanimidade pela Corte em 05.05.2016 (Brasil, 2016b), em um raro acórdão consensual. Pelo peso político do processo de *impeachment*, é provável que tal unanimidade somente tenha sido alcançada por ter sido o caso julgado após a conclusão do julgamento do impedimento da Presidenta da República.

Isso ilustra o desequilíbrio de poderes entre a Presidência da República e o Poder Legislativo, o que se observou mesmo quando a Chefia do Poder Legislativo foi ocupada por Deputado acusado de crimes graves, como os relatados na decisão referendada pelo STF. Ou seja, o peso dos crimes atribuídos ao Deputado foi suficiente para afastá-lo da condição de substituto da Presidenta, mas não para impedi-lo de presidir o processo que levou à sua destituição.

Como pano de fundo do manejo dos tempos de tal decisão – permitido pela discricionariedade para estabelecer a pauta e agenda do tribunal – havia a manifestação dos meios de comunicação e de setores da sociedade favoráveis ao processo de *impeachment*. Tais fatores (pressões externas sobre as decisões políticas do STF) também necessitam ser analisados, a fim de se verificar a necessidade de aprimorar os mecanismos de relação institucional com atores da sociedade, especialmente, para lidar com a atuação dos “poderes selvagens”, hoje contrários à Democracia e à Constituição, nos termos do que vem alertando Ferrajoli, em relação ao contexto europeu (Ferrajoli, 2011).

1.2.2. A medida cautelar incidental de afastamento do Presidente do Senado na ADPF 402-DF

O impacto da ADPF 402-DF sobre a crise política e, de modo geral, a história constitucional do Brasil ainda não estava, no entanto, inteiramente determinado.

Meses depois do afastamento do Deputado Eduardo Cunha, o julgamento de mérito da ADPF 402-DF foi retomado, em 03.01.2016, tendo sido formada uma maioria favorável à sua procedência.¹⁷ Não obstante, na mesma

17 Ministros Marco Aurélio de Mello, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello.

data, o julgamento da ação foi suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.¹⁸

Em 05.12.16, o Partido Político autor da ação (ADPF 402-DF) ajuizou nova medida cautelar pleiteando o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado (Rede Sustentabilidade, 2016b), tendo em vista que o plenário do STF, no dia 01.12.2016, havia recebido parcialmente denúncia criminal contra o mesmo Senador, formulada no âmbito do Inquérito Policial 2593. Não havia, no caso, pedido de perda do mandato do Senador, mas, apenas, pedido de afastamento do cargo que o colocava na linha sucessória da Presidência da República.

Em decisão monocrática, proferida na mesma data em sede de Medida Cautelar incidental, o Ministro Marco Aurélio de Mello deferiu o pedido formulado declarando a incompatibilidade entre o exercício do cargo de Presidente do Senado e a condição de réu perante o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2016c). Tal decisão fez referência aos precedentes das decisões proferidas em relação ao Deputado Eduardo Cunha, tanto na Ação Cautelar 4070, que tinha argumentos adicionais para afastá-lo do cargo, quanto na decisão de mérito da ADPF 402, cujo julgamento encontrava-se suspenso, com maioria de votos favorável.

O Relator argumenta, para fundamentar sua decisão, que embora o julgamento da ADPF 402 estivesse suspenso, já estava formada uma maioria suficiente para consolidar o entendimento de que o exercício de cargos que se situem na linha de sucessão da Presidência da República é incompatível com a condição de réu em qualquer processo criminal, de modo que o recebimento da denúncia no Inquérito n. 2.593 deveria levar à imediata suspensão do exercício do cargo de Presidente da Casa pelo Senador Renan Calheiros (Brasil, 2016c, p. 5-6).

Deferiu-se, nesse sentido, medida cautelar monocrática para afastar o Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado, mantendo apenas o seu mandato par-

18 O Ministro Dias Toffoli permaneceu com os autos até 01.02.2017, ou seja, após os fatos que serão narrados nesta seção. Devolveu os autos com voto contrário ao afastamento do Presidente do Senado do cargo, referendando o voto do relator “em menor extensão” para afastar o ocupante da Presidência da Câmara ou do Senado temporariamente da linha sucessória da Presidência da República (Brasil, 2017). Na mesma data, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do caso, suspendendo, por tempo ainda indeterminado, o julgamento. A situação do julgamento se encontra nesse mesmo estado até a data de conclusão deste artigo, em 14.02.17.

lamentar. Apesar de ser uma decisão menos severa do que aquela proferida na Ação Cautelar 4070, houve forte reação do Senado à decisão, além de críticas de Ministros da própria Corte, explicitando a crise relativa às regras de equilíbrio e separação dos três poderes da República.

A decisão gerou um acirramento da crise política, com tensões diretas entre o Legislativo e o Judiciário, na medida em que a Mesa do Senado Federal recusou-se a dar cumprimento à ordem de destituição do Presidente da Casa.

Em episódio emblemático de esvaziamento da autoridade do Supremo Tribunal Federal, a mesa diretiva do Senado Federal sustentou a sua competência exclusiva para suspender processo criminal contra Senador e para declarar a perda de Mandato dos seus membros (arts. 53, § 3º, e 55, § 3º, incisos I, II, VI, da Constituição) e, ignorando o comando estatuído na decisão monocrática, decidiu “aguardar a deliberação final do Supremo Tribunal Federal”, concedendo ao Senador Renan Calheiros prazo regimental para apresentação de defesa, “a fim de viabilizar a deliberação da Mesa sobre as providências necessárias ao cumprimento da decisão monocrática em referência” (Brasil, 2016d).

Vislumbra-se, nesse ponto, um pronunciamento inequívoco do Senado Federal contra o uso que se tem feito no STF dos poderes cautelares monocráticos do Relator, sinalizando que, no entendimento da Casa, apenas o Tribunal Pleno teria legitimidade para tal decisão.

A repercussão da notícia na imprensa revela a tensão política ocasionada pela decisão liminar que se antecipou à conclusão do julgamento colegiado, como ocorreu em matéria do Jornal “O Globo”, que afirma: “[p]ara juristas, decisão de Marco Aurélio coloca STF no centro da crise entre Poderes” (Cariello, 2016).

Como já mencionado por Arguelhes e Ribeiro (2015), também nesse caso houve manifestação individual de Ministro da Corte (Ministro Gilmar Mendes) expressando publicamente a sua opinião sobre o tema e, nesse caso, sugerindo o “*impeachment*” do Ministro Marco Aurélio (Moreno, 2016).

Diante do agravamento da tensão institucional e da ameaça de uma espécie de “choque de trens”¹⁹ entre os poderes, o Tribunal, em 07.12.16, contrariando os precedentes já citados, reviu sua posição e reformou parcialmente a decisão liminar para não referendá-la na parte que ordenava o afastamento imediato do

19 Expressão do espanhol que, em linguagem figurada, quer dizer “enfrentamento”. Usou-se na Colômbia para designar a tensão relativa ao choque de jurisprudência entre os Tribunais Superiores e a Corte Constitucional colombiana, especialmente, nos primeiros anos após a sua criação.

Senador Renan Calheiros do Cargo de Presidente do Senado Federal, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Rosa Weber. Com isso, ajustou-se o conteúdo da liminar anteriormente concedida para impedir apenas a possibilidade de o Senador realizar substituições eventuais do Presidente da República (Brasil, 2016e).

Em relação à decisão, cabe destacar que ela contrariou a pretensão do autor da ação, que formulou pedido distinto daquele deferido por considerar indivisível o exercício do cargo de chefia do poder da sua condição de substituto do Presidente da República. A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, criou outra dificuldade: a alteração da regra constitucional de sucessão da Presidência da República.

É relevante destacar, como ressaltou o Ministro Teori Zavascki, que há diversos Deputados e Senadores passíveis de serem processados por crimes comuns, o que pode fazer com que estejam ocupando cargos de Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado, concomitantemente, réus perante o STF que não sejam afastados do cargo pelas mesas das casas legislativas respectivas, nem sequer seja concedida licença ao STF para prosseguir com o processo.

Assim, em tese, a partir do novo precedente fixado na ADPF 402-DF, é possível que a Presidência da República possa ser ocupada diretamente pelo Ministro Presidente do STF em caso de afastamento do atual Vice-Presidente ou de futuros Vice e Presidente da República, matéria que pode suscitar conflito de interesses e nova crise relativa à separação e equilíbrio entre os poderes.

De qualquer modo, a reação da Mesa do Senado Federal questionou diretamente a força das decisões monocráticas do STF, o que pode induzir a Corte a ter mais cautela no uso dessa praxe e a mudar o comportamento institucional no particular.

Também é relevante registrar que no pano de fundo político da decisão estava a interrupção da aprovação, no Senado Federal, de medidas de austeridade de interesse do governo, que poderão causar intensa reação popular e o questionamento da sua constitucionalidade perante o STF, a exemplo da PEC 55, aprovada como emenda constitucional 95, além da reforma laboral e da reforma da previdência.

O excesso de competência em matéria política do STF, transferindo para aquela arena as tensões próprias do jogo político-partidário, pode prejudicar o seu papel em relação a outras atribuições fundamentais, como a de guardião dos direitos fundamentais previstos na Constituição, papel tradicional das cortes constitucionais, do qual o Brasil parece correr o risco de ficar órfão.

2. ALGUMAS QUESTÕES PARA REFLEXÃO A PARTIR DO CASO ESTUDADO – À GUIA DE CONCLUSÃO

■ De início, merece comentário a relativa fragilidade do argumento que embasou a pretensão contida na ADPF 402-DF. A própria afirmação da existência de lacuna jurídica sobre a possibilidade de um ocupante de cargo com poder de atuar como substituto eventual do Presidente da República figurar como réu em uma ação penal é controversa²⁰. Com efeito, pretende-se com a ação uma equiparação de situações diversas, pois as condições estabelecidas pela Constituição para recebimento de denúncia contra parlamentares – sejam ou não ocupantes de cargos na Mesa da respectiva Casa – são substancialmente diferentes daquelas estabelecidas para o Presidente, como se pode apreciar em três aspectos fundamentais.

Primeiramente, inexistente na normativa constitucional em vigor necessidade de prévia autorização da Casa Legislativa para recebimento de denúncia contra um de seus membros por crime comum, de modo que a ação penal contra parlamentar pode ser instaurada pelo Supremo Tribunal Federal sem qualquer controle político prévio do Poder Legislativo (art. 53, § 3º, da CF). Essa situação em si já expressa uma importante diferença entre o processamento de denúncias contra o Presidente da República (art. 86, *caput*, CF) e os parlamentares.

Mas não é só. Em segundo lugar, enquanto o Presidente da República só pode ser processado por crimes relacionados ao seu mandato, o membro do Poder Legislativo pode ser processado²¹, a qualquer tempo, por qualquer crime, seja ele ou não praticado no exercício do mandato e tenha ele ou não vinculação a atos praticados em função do cargo. No caso específico do Senador Renan Calheiros, aliás, a acusação que motivou o recebimento da Denúncia apresentada no Inquérito n.º 2593 refere-se a fato supostamente ocorrido há mais de 10 anos antes do recebimento da Denúncia, o qual por essa razão óbvia não guarda qualquer relação com o mandato atualmente ocupado, diversamente do que ocorria com o Deputado Eduardo Cunha.

Por derradeiro, o recebimento da denúncia contra o Presidente da República implica o afastamento do cargo para todos os seus efeitos, por expressa disposição constitucional, que deve ser interpretada restritivamente porque estamos diante

20 Ainda que se entendesse que houvesse silêncio constitucional no ponto examinado, o que se entende que não é o caso, nem todo silêncio deve ser interpretado como falta de normatividade.

21 Ainda que o processo possa vir a ser suspenso pelas casas legislativas, o recebimento de denúncia não depende de autorização prévia.

de uma medida excepcional e que contraria uma decisão democrática do povo. No caso dos parlamentares, por sua vez, é incontroverso que a condição de réu em processo penal é constitucionalmente compatível com o exercício do mandato, com todas as prerrogativas e poderes do cargo. Aliás, o que é excepcional é a substituição do Presidente da República, a qual por expressa disposição constitucional só pode ser temporária, já que em caso de vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente a constituição determina a realização de novas eleições.

Diante desses fatores, parece insuficientemente justificada a decisão do Supremo Tribunal de que a Presidência do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas possa estar submetida a condições “implícitas” e não expressamente previstas na Constituição, sob o simples argumento de que eventualmente essas autoridades podem substituir de maneira temporária o Presidente da República.

Não obstante, o que mais preocupa na decisão da ADPF 402-DF não é o erro ou o acerto de sua decisão de mérito, mas as circunstâncias em que a decisão foi tomada e o risco de instabilidade que uma atuação ativista da Suprema Corte em casos dessa natureza pode provocar.

A ADPF 402-DF condensa, na sua tramitação, exemplos de vários problemas do modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil.

Podemos dividir esses problemas em 03 grandes grupos de questões: (i) problemas vinculados ao desenho institucional da corte; (ii) problemas vinculados à forma de atuação individual dos membros da corte; (iii) problemas vinculados à cultura jurídica e democrática da corte.

Para corrigir o primeiro grupo de problemas, que foram amplificados pelo aumento de competências da Corte sem alteração do desenho institucional relativo à forma de nomeação dos ministros e duração vitalícia dos seus mandatos, são necessárias mudanças constitucionais, cuja tramitação exige momento político adequado, formação de consensos e maiorias nem sempre fáceis de se obter.

Sem embargo, o tema é objeto de discussão nos meios acadêmicos e políticos, principalmente no que tange a três pontos: redução de competências, especialmente aquelas vinculadas à existência de foro político privilegiado; mudança dos critérios de indicação e nomeação dos Ministros; fixação de mandato para os integrantes da Corte. O tema ganha força nos dias atuais em face do falecimento de um dos Ministros da Corte, responsável por caso com grave repercussão política²².

22 Faleceu por acidente aéreo, em 19.01.17, o Ministro Teori Zavascki que, no caso analisado, foi responsável pela formação da maioria em todas as decisões e pela relatoria da decisão liminar que afastou do cargo o Deputado Federal Eduardo Cunha. O atual Presidente da República é um dos investigados em caso relevante (Operação Lava-Jato) relatado pelo Ministro falecido

Tais questões merecem ser discutidas por ocasião de eventual reforma política da Constituição, tendo em vista que o desenho institucional dos três poderes necessita ser pensado conjuntamente, a fim de que reformas isoladas não causem mais desequilíbrios, ora de excesso, ora de escassez de controles recíprocos, do que aqueles atualmente existentes.

A crise atual revela que o tema pendente da reforma político-institucional brasileira ainda é o aperfeiçoamento da sua democracia.

Assim como ocorreu na América Latina, conforme destaca Carlos Bernal Pulido (2015), as constituições proclamadas após o fim das ditaduras militares trouxeram restrição ao hiperpresidencialismo, especialmente pela ampliação das formas de controle parlamentar e judicial da atividade do Presidente da República, mas não serviram para aprimorar a democracia, seja a representativa, como destaca o autor, seja a participativa, como ressalta Roberto Gargarella.

Gargarella (2014) afirma que não houve mudanças significativas nas recentes constituições latino-americanas no que tange às estruturas de acesso ao poder.

Ainda que se considere a existência de avanços importantes em outros países da região, a conclusão do autor é válida para o caso brasileiro, especialmente no que tange à composição do parlamento, cujas regras eleitorais e de coalizão partidária favorecem a influência do poder econômico na sua composição final.

O momento político em que foi discutida a ADPF 402-DF coincide com a existência do parlamento menos democrático desde a Constituição de 1988 (Martins, 2014), seja pelo déficit de representação da pluralidade da sociedade brasileira (negros, mulheres e indígenas), seja pela sua composição econômica, seja, ainda, pelo número de parlamentares implicados em escândalos de corrupção.

Se os mecanismos políticos estão falhando na eleição de um parlamento mais representativo, os mecanismos de controle judicial podem contribuir para aprimorar o seu funcionamento, se também contribuem para que as casas legislativas observem o devido processo legislativo (Bustamante e Godoi Bustamante, 2016).

É importante ressaltar que autores do constitucionalismo estadunidense que criticam o controle judicial de constitucionalidade das leis e defendem a primazia do parlamento como *locus* de representação democrática, a exemplo de Ely (1997) e Waldron (1999), não deixam de considerar que não se trata de qualquer modelo de parlamento, mas aquele que permita a adequada representação de minorias e adote regras democráticas de controle sobre os procedimentos deliberativos.

e pode vir a indicar o seu sucessor. Diante disso, o debate acerca do tema relativo à forma de nomeação dos Ministros ganhou força nos meios acadêmicos, políticos e nos meios de comunicação no mês de janeiro de 2017.

Também autores do constitucionalismo latino-americano que se preocupam com o protagonismo dos espaços de representação democrática não deixam de ressaltar a importância do papel do Poder Judiciário no controle do processo inclusivo e deliberativo da criação legislativa (Gargarella, 2013), especialmente em matérias vinculadas a direitos sociais, o que indica que o fortalecimento da democracia é atribuição dos três poderes.

Por outro lado, a estrutura desigual da sociedade brasileira dificulta o acesso da voz dos mais vulneráveis às instâncias de deliberação e de representação política, inclusive o acesso ao ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, cujos principais atores seguem sendo agentes estatais ou partidos políticos.

Assim, seja para garantir o acesso dos afetados às instâncias deliberativas do congresso nacional, seja para garantir a sua participação em processos judiciais relativos a seus interesses, a corte constitucional pode contribuir para o aprimoramento da democracia.

Sem embargo das dificuldades de desenho institucional mencionadas, nota-se que há uma ampla margem de possibilidades de atuação da Corte que pode contribuir para aprimorar a democracia no país e a blindagem institucional da própria instituição em relação à possibilidade de pressão excessiva ou captura dos seus membros pelas elites políticas e econômicas (Landau, 2015)²³ que são os cuidados relativos à manifestação individual em temas de interesse político, a abertura ao diálogo institucional e social e o aprimoramento dos seus processos de deliberação.

No que tange aos processos deliberativos, importa salientar um aspecto que com frequência é negligenciado no debate constitucional brasileiro e concerne às condições de legitimidade e de consolidação da autoridade da Constituição e das cortes constitucionais. Como explica Joseph Raz, as constituições podem ser legítimas não porque elas receberam sua autoridade de um poder constituinte ilimitado, mas porque elas estão “entranhadas nas práticas de seus países”. É dizer, “constituições não derivam sua autoridade da autoridade dos seus autores”. Para Raz, enquanto elas permaneçam dentro das fronteiras estabelecidas pelos princípios morais de suas comunidades políticas, as constituições são “auto-validantes” e (podemos adicionar) a legitimidade das cortes constitucionais deriva do fato de

23 Landau (2015, p. 272-280) menciona como a Corte Constitucional colombiana pauta sua relação com os atores sociais e políticos para alcançar o cumprimento dos objetivos da Constituição de 1991. O diálogo com atores sociais e institucionais plurais é um fator que lhe permite melhor proteção em relação a grupos e interesses políticos contingenciais.

que elas constituem uma prática aceita pelos membros da comunidade política (Raz, 2009, p. 173-174). A autoridade das constituições, nessa perspectiva, depende de quão bem elas sejam interpretadas pela corte constitucional.

Esse importante aspecto da legitimidade das constituições tem reflexos na atuação dos Tribunais. Ele é ecoado quando Conrado Hübner Mendes sustenta que “uma corte será mais ou menos legítima pelo que ela faz, e não pelo poder que ela tenha formalmente recebido” (Mendes, 2013, p. 225). Para sermos mais específicos, ela será mais ou menos legítima dependendo de quão bem ela seja capaz de desempenhar as suas tarefas deliberativas.

Nesse particular, a falta de clareza do mecanismo de controle dos prazos pessoais e institucionais e dos critérios de ordem do julgamento das causas diminuem a confiança social quanto à transparência do órgão, matéria já discutida por diversos autores que analisam o funcionamento do Supremo Tribunal Federal e que também estiveram presentes no caso mencionado, sendo um dos ingredientes do acirramento da crise institucional entre os três poderes, seja pelo prazo elástico de julgamento do afastamento do Deputado Eduardo Cunha, seja pelo pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, sem devolução do processo no prazo recomendado institucionalmente.

Por outro lado, o uso de decisões monocráticas em temas sensíveis, aliado ao processo decisório pouco deliberativo, pode enfraquecer a autoridade da corte, como no caso da decisão na ADPF 402-DF em que a revisão de voto do Ministro Celso de Mello é um exemplo claro da consequência da insuficiência de debates sobre os efeitos e a extensão das decisões individuais no resultado final da decisão da corte.

O uso excessivo de decisões monocráticas – com prejuízo para a harmonia dos poderes e risco de intromissão em questões políticas sensíveis – pode ser, como foi no caso concreto, um fator de enfraquecimento da autoridade da própria corte, que desgasta o seu capital político e incentiva atos como o da Mesa Diretora do Senado Federal de descumprir uma decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal.

Em sentido distinto, a manutenção da identificação de votos individuais em casos difíceis ou em que não haja possibilidade de consenso pode, diante das características da Corte, ser fator positivo para a democracia, pois denota o nível de desacordo em relação a pontos controvertidos, fato comum em uma sociedade complexa, cuja explicitação pode ser benéfica para os avanços do debate público.

Nesse mesmo sentido, um dos autores deste ensaio destaca a importância de dar publicidade às opiniões dissidentes e concordantes nos votos individuais

como demonstração de respeito da Corte pelas opiniões dos juízes vencidos, mas também pelo respeito à população e às partes, que podem se sentir ignoradas por defender opiniões minoritárias (Bustamante, 2015, p. 392).

O estilo de maior coesão ou não de um tribunal não é só questão de intercâmbio político, pois é necessário não subestimar a necessidade de justificação dos argumentos morais, como destaca Bustamante (2015, p. 392), mas, também, as pressões políticas existentes em sociedades com tradição democrática frágil sobre as instituições e seus membros. Assim, os votos individuais podem ser um importante mecanismo de proteção institucional.

Sem embargo, a força desse argumento em nada pode servir para fundamentar os atuais poderes cautelares do Relator no Supremo Tribunal Federal.

No que tange à votação das questões políticas, para aprimorar o processo democrático brasileiro, diante de tantos abusos de poder e desvios de finalidade objeto de ações penais no Supremo, além do aperfeiçoamento do processo deliberativo, a observância dos precedentes da própria Corte fortalece o seu papel institucional.

Cabe assinalar ainda, nesse aspecto, a importância do processo de *formação do precedente judicial*, que implica não apenas um dever de fidelidade ao passado, mas também, e em medida ainda maior, uma reflexão consequencialista, não no sentido pragmatista, mas sistêmico, sobre os efeitos do precedente em relação ao futuro, é dizer, às promessas que a Corte realiza ao tomar qualquer decisão passível de ser citada como precedente judicial (MacCormick, 1987). No caso da ADPF 402-DF, sente-se claramente os efeitos da carência desse tipo de reflexão.

Se a decisão de afastamento do Deputado Eduardo Cunha do seu cargo não tivesse a pretensão de firmar precedente quanto ao aspecto relativo à sua condição de sucessor da Presidência da República, tal argumento não deveria ter sido objeto de decisão unânime, mantendo-se, então, uma decisão baseada apenas no desvio de poder e finalidade no exercício do mandato, observados no caso concreto.

Nesse sentido, os argumentos utilizados em relação ao próprio deputado Eduardo Cunha na votação interrompida criaram a expectativa de que o precedente valeria para qualquer deputado ou senador que exercesse a Presidência das casas legislativas a partir do momento em que figurasse como réu no STF.

Tal expectativa não se confirmou, seja porque a própria Corte atentou-se para os riscos da jurisprudência que ela estava gestando, seja porque o excesso de interferência na intimidade do Poder Legislativo gerou uma perigosa reação de desobediência a ordem judicial que poderia colocar em risco o primado do Estado de Direito.

O caso ilustra, portanto, o quão delicada é a responsabilidade política que pesa sobre os ombros de uma Corte Constitucional, mormente em momentos de instabilidade política e conflitos sociais. A resposta encontrada para isso em diversas cortes do mundo é cuidar da democracia como valor essencial do constitucionalismo, seja na substância (garantia dos direitos fundamentais), seja na forma (cuidado com as formalidades institucionais de sua própria atuação e com o controle dos procedimentos de atuação dos demais poderes).

Assim, a análise detalhada do caso, vinculada à análise teórica que têm feito analistas do STF e constitucionalistas contemporâneos em publicações recentes, pode servir de inspiração para câmbios fundamentais da atuação da Corte que a preparem para os novos desafios de funcionar como árbitro de questões sensíveis em momentos de turbulência institucional após a constituição de 1988, como a que vive o Brasil desde o início do processo de *impeachment* da Presidenta da República.

GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS · Juíza do Trabalho em Minas Gerais – Brasil. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – Brasil e em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante – Espanha. Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação conjunta dos Professores Carlos Bernal Pulido e Thomas da Rosa de Bustamante.

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE · Professor Adjunto IV da Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ-2). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? *El País*. São Paulo, 17 jul 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html>. Acesso em 23 jan 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, jan/jun. 2015, p. 121 – 155. Disponível em: <http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigos_46.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas IUS*, v. 25, n.1, 2014, p. 25-45. Disponível em: <[doi:10.5102/unijus.v25i1.2885](https://doi.org/10.5102/unijus.v25i1.2885)>. Acesso em 28 jan. 2017.

BAYÓN, Juan Carlos. Constitucionalismo débil: su plasmación constitucional. *Conferência apresentada na Cátedra de Cultura Jurídica da Universidad de Girona*. Girona, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Uay8sbH5-Jk&feature=youtu.be>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución. *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, v.1, 2000, p. 65-94. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Liminar Ministro Teori zavascki. Medida Cautelar 4.070 – DF. 04 mai. 2016a. p. 1-73. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ac-4070-teori-afasta-cunha.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar 4.070 – Distrito Federal. MC 4070-DF. 05 mai. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899283>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Liminar Afastamento Renan Calheiros ADPF 402-DF. 05 dez. 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoADPF402.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Decisão da Mesa do Senado Federal sobre afastamento do Senador Renan Calheiros. 06 dez. 2016d. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/mesa-senado.pdf>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. Decisão de Julgamento. Referendo decisão liminar ADPF 402-DF. 07 dez. 2016e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto-vista. Ministro Dias Toffoli. ADPF 402-DF. 01 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402DT.pdf>>. Acesso em: 14 fev. de 2017.

BUSTAMANTE, Thomas, e GODOI BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de. (2016). Jurisdição Constitucional na Era Cunha: Entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do Supremo Tribunal Federal. *Direito e Práxis*, vol. 7, n. 13, 2016, p. 346-388.

Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530/15891>. Acesso em 28 jan. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. *The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?*. *The Modern Law Review*, v. 78, n.2, 2015, p. 372-393.

CARIELLO, Gabriel. Para juristas, decisão de Marco Aurélio coloca STF no centro da crise entre Poderes. *O Globo*. Rio de Janeiro, 06 dez 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/para-juristas-decisao-de-marco-aurelio-coloca-stf-no-centro-da-crise-entre-poderes-20598513>>. Acesso em 29 jan. 2017.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 1997.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W. Onze Supremos: todos contra o plenário. *Jota*. DF. 01 fev. 2017. Disponível em: <<http://jota.info/especiais/onze-supremos-todos-contra-o-plenario-01022017>>. Acesso em 03 fev. 2017.

FEREJOHN, John, e PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards and institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 21-36.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Justicia Dialógica y derechos sociales. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los. e ODOÑEZ, Jorge. (Eds.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2013, p. 109-141.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.

LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

MACCORMICK, Neil. *Why Cases Have Rationes and What These Are*. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.), *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 155-182.

MARTINS, Helena. Mais conservador, Congresso eleito pode limitar avanços em direitos humanos. Agência Brasil. 09 out. 2014. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2014-10/mais-conservador-congresso-eleito-pode-limitar-avancos-em-direitos-humanos>. Acesso em: 30 jan. de 2017.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 01 fev. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto. *Por una Justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 159-185.

MORENO, Jorge Bastos. Gilmar sugere inimizabilidade ou *impeachment* para Marco Aurélio. *O Globo*. Rio de Janeiro, 06 dez. de 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-moreno/post/gilmar-sugere-inimizabilidade-ou-impeachment-para-marco-aurelio.html>>. Acesso em 29 jan 2017.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiper-presidencialismo na América Latina. *Revista Jurídica da Presidência*, v.17, n. III, fev/mai 2015, p. 15-34. Tradução: Graça Maria Borges de Freitas. Disponível em : <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1105>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REDE SUSTENTABILIDADE. Petição Inicial ADPF 402-DF. 03 mai. 2016, p. 1-22. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-linha-sucessoria-rede.pdf>>, Acesso em: 19 jan 2017.

REDE SUSTENTABILIDADE. Petição Medida Cautelar afastamento Senador Renan Calheiros, ADPF-402-DF. 05 dez. de 2016b, p.1-8. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-402-pedido-afastamento-renan.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.250, 2009, p. 197-227. Disponível em: <[doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144](http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144)>. Acesso em 29 jan. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF* 03 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=305515>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.