

Aula 5: O Supremo: Instituição Contramajoritária?

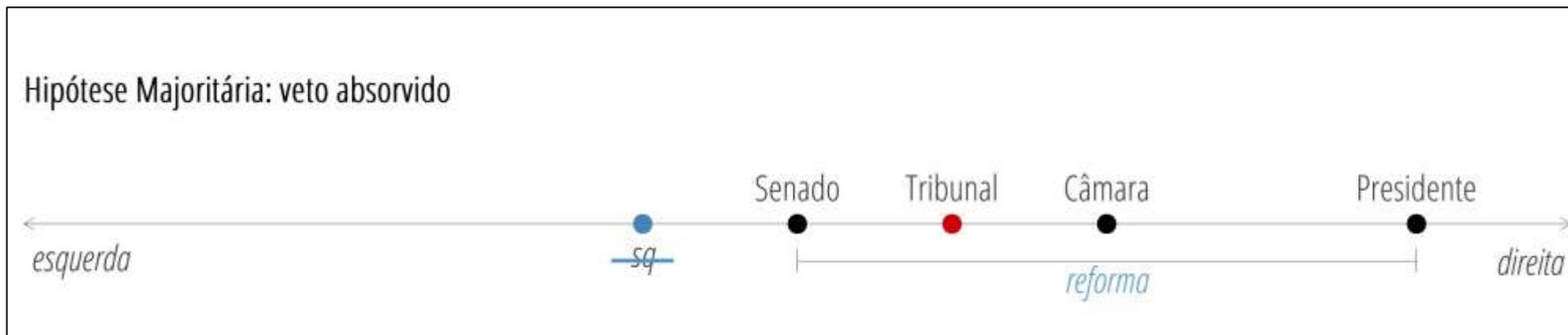
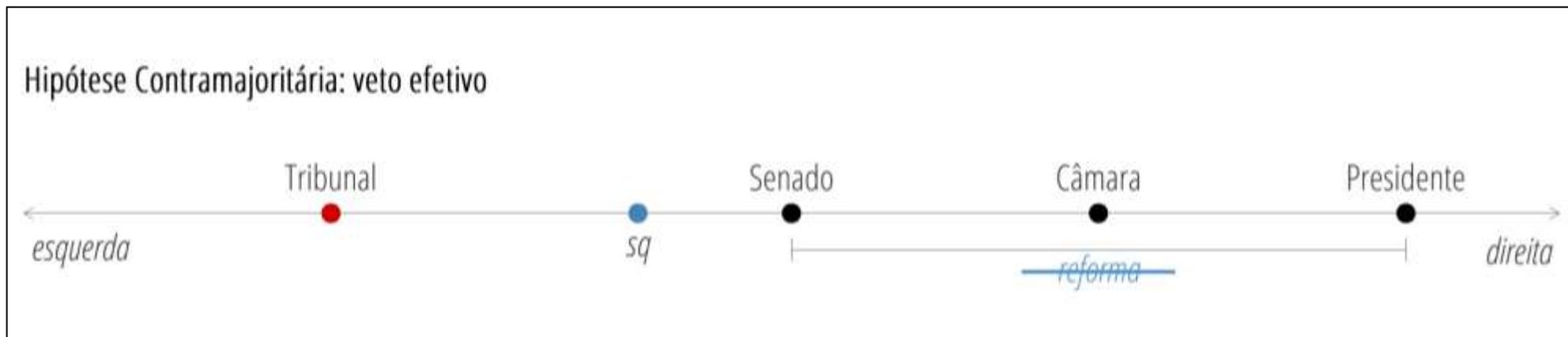
Disciplina: Judiciário e Política

Professores: Jeferson Mariano Silva e Rogério Arantes

Revisão

Qual o papel dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas?

Hipóteses sobre o comportamento político dos tribunais constitucionais



Tipologia de Cappelletti

Modelo: Americano
Criador: Marshall
Evento: Marbury v. Madson

Modelo: Europeu (ou austríaco ou germânico)
Criador: Kelsen
Evento: Constituição de 1920

1. Órgão de controle

Difuso

Concentrado

2. Modo de acionamento

Incidental

Principal

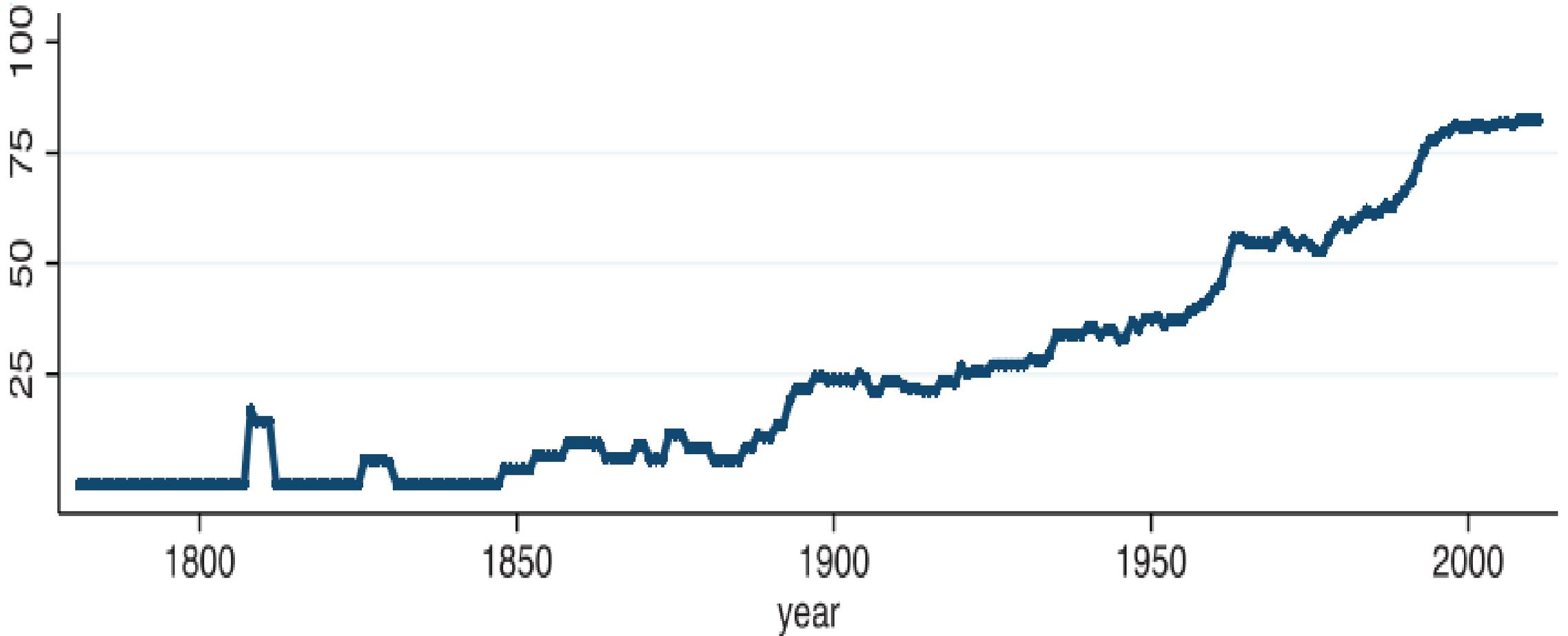
3. Efeitos do controle

Entre as partes (*inter partes*)

Para todos (*erga omnes*)

Cappelletti. 1968. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.*

Expansão global dos tribunais constitucionais



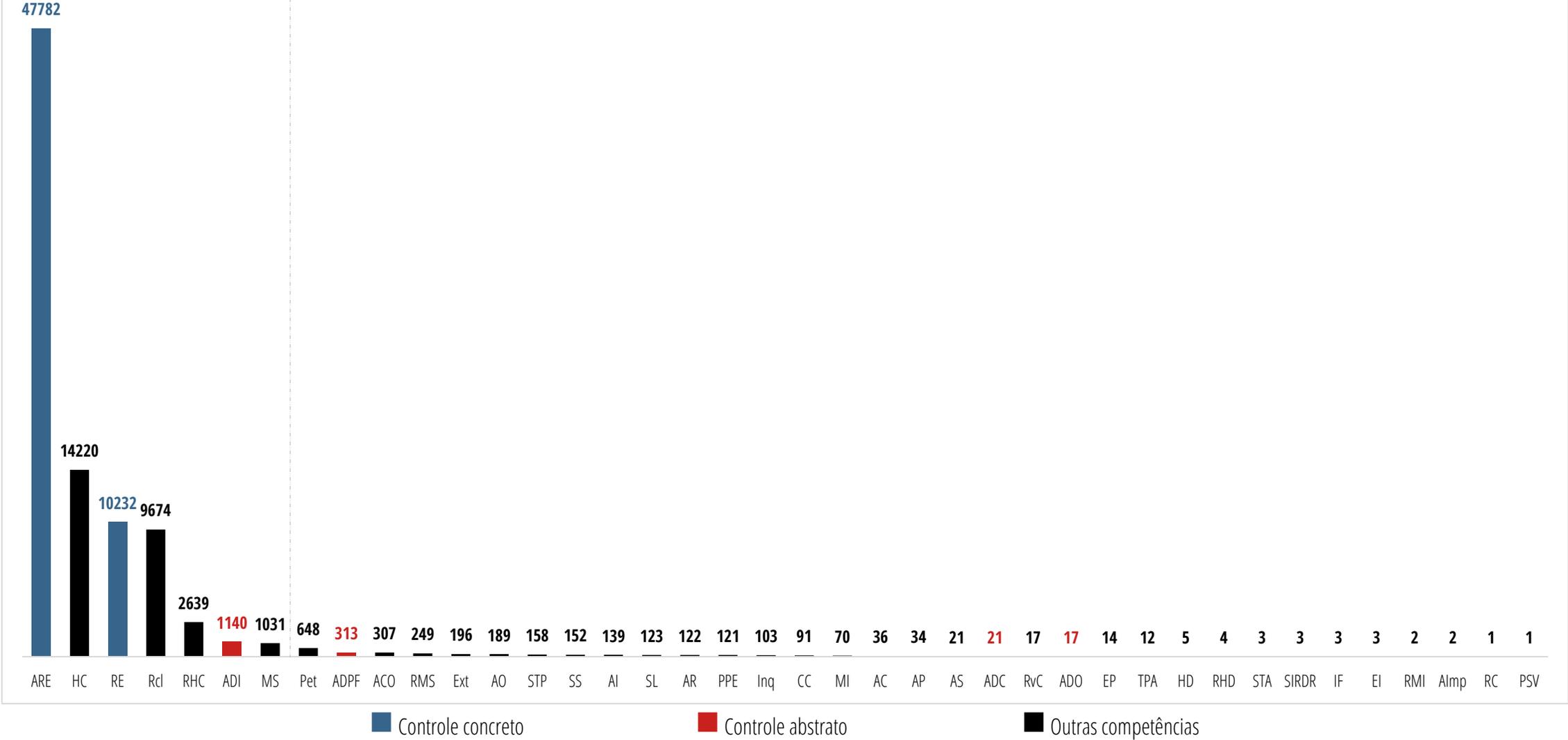
Ginsburg & Versteeg. 2013. "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", p. 590.

Uma simplificação da tipologia de Humberto Nogueira Alcalá

Tipo	País
Acesso descentralizado com efeitos particulares	Argentina
Acesso centralizado com efeitos particulares	Uruguai e Paraguai
Acesso centralizado com efeitos universais	Bolívia
Acesso descentralizado com efeitos particulares e acesso centralizado com efeitos universais	Brasil, Colômbia, Peru, Chile, Equador e Venezuela

Modelo brasileiro de controle

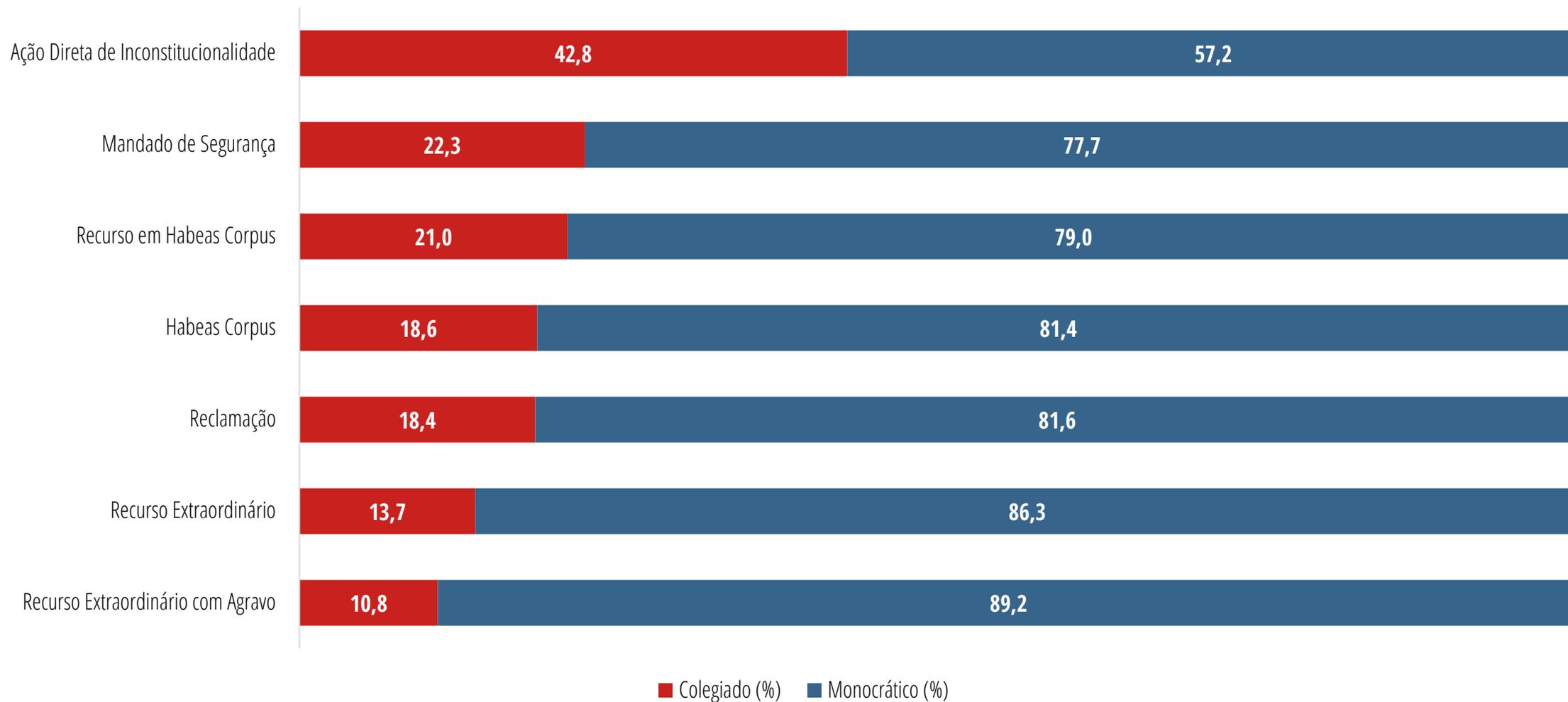
Classes processuais julgadas pelo Supremo em 2022



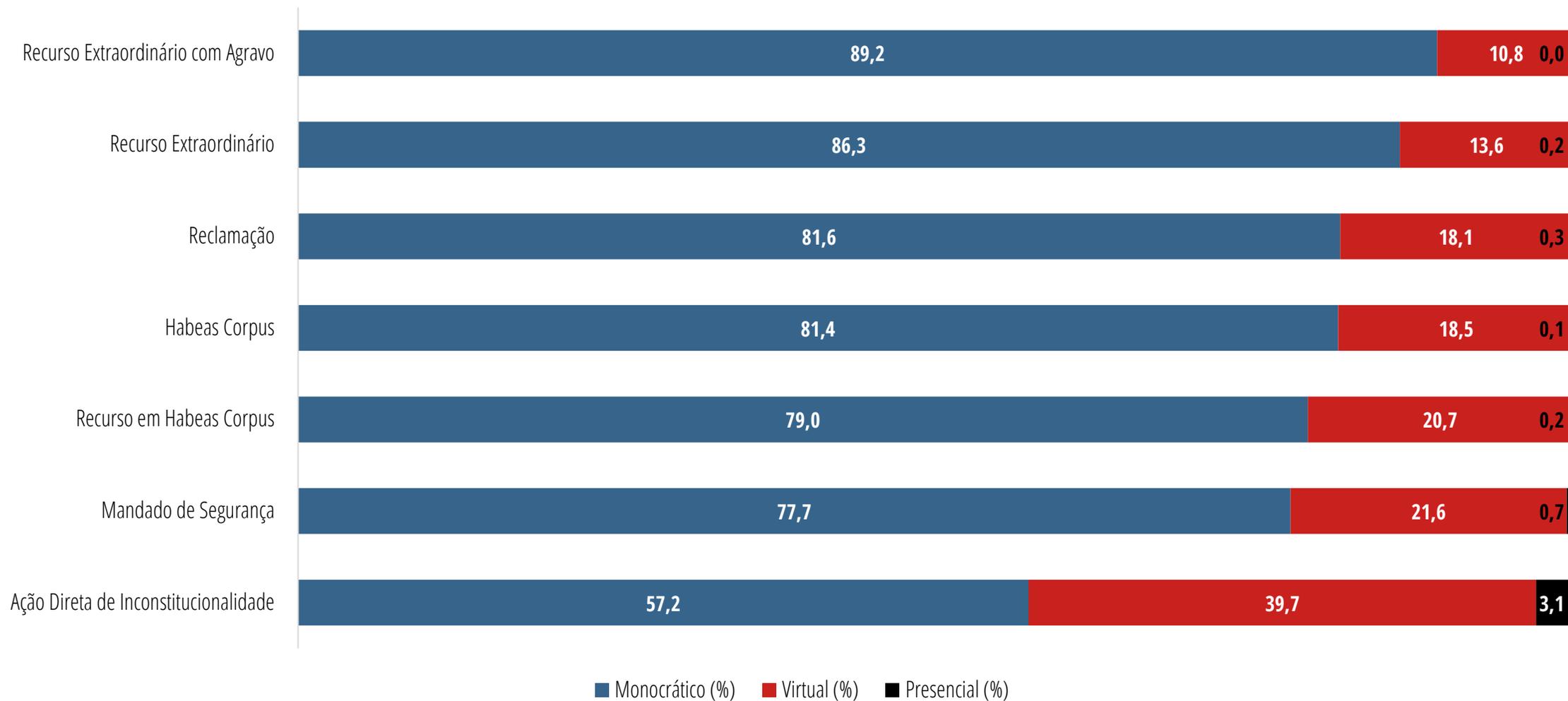
Volume de trabalho do Supremo

1. 40 classes processuais
2. Brasil: ~70.000 ações recebidas ao ano
Estados Unidos: ~06.000 ações recebidas ao ano
Alemanha: ~06.000 ações recebidas ao ano
Espanha: ~08.000 ações recebidas ao ano
Índia: ~28.000 ações recebidas ao ano
3. 60% das decisões dizem respeito ao controle concreto
02% das decisões dizem respeito ao controle abstrato
38% das decisões dizem respeito às demais competências

Tipos de julgamento no Supremo em 2022 (classes processuais selecionadas)



Tipos de julgamento no Supremo em 2022 (classes processuais selecionadas)



Qual imagem melhor representa os julgamentos do Supremo? (monocráticas)



Qual imagem melhor representa os julgamentos do Supremo? (plenário virtual)

Relator

 MIN. LUIZ FUX

 Relatório

 Voto

Acompanho o Relator

 MIN. CÁRMEN LÚCIA

 MIN. GILMAR MENDES

 MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

 MIN. NUNES MARQUES

 MIN. ROBERTO BARROSO

 MIN. ROSA WEBER

Divirjo do Relator

 MIN. EDSON FACHIN
 Voto Vogal

 MIN. ALEXANDRE DE MORAES
 Voto Vogal

 MIN. MARCO AURÉLIO
 Voto Vogal

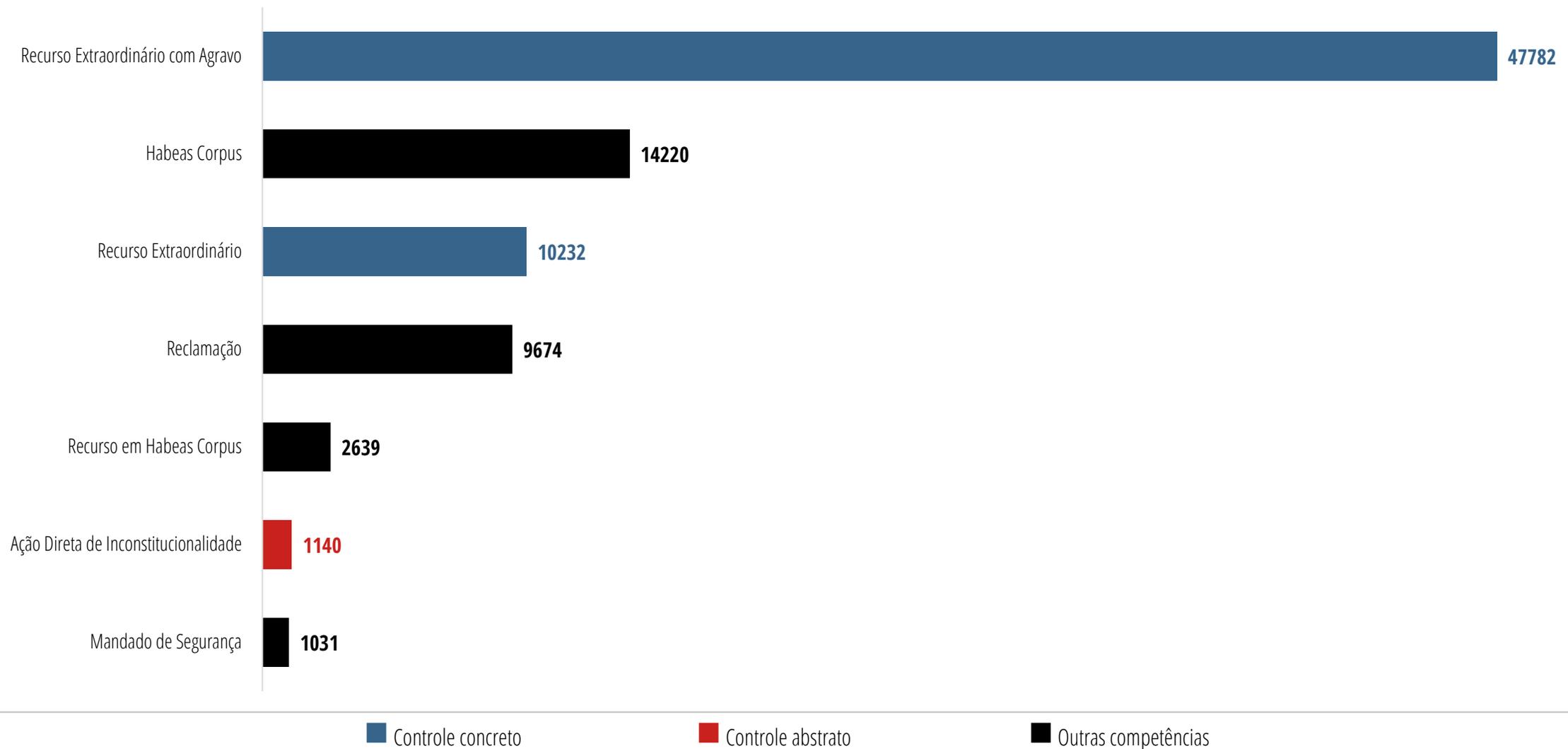
Acompanho a divergência

 MIN. DIAS TOFFOLI
Acompanha: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

Qual imagem melhor representa os julgamentos do Supremo? (plenário físico)



Classes processuais selecionadas julgadas pelo Supremo em 2022



Principais classes processuais

1. Controle abstrato

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

2. Controle concreto

RE	Recurso Extraordinário
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo

3. Outras competências

Habeas Corpus
Reclamação
Mandado de Segurança

Controle abstrato

Legitimidade ativa (ADI, ADO, ADPF e ADC)

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

- I** – o Presidente da República;
- II** – a Mesa do Senado Federal;
- III** – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV** – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V** – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI** – o Procurador-Geral da República;
- VII** – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII** – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX** – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

ADI 3510 (Células tronco)

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

ADI 3510 (Células tronco)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Constituição Federal.

ADO 38 (Proporção de deputados)

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

ADPF 54 (Aborto de anencéfalos)

Preceitos Fundamentais

CF, arts. 1º-16.

Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

ADPF 54 (Aborto de anencéfalos)

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Controle concreto

Recurso Extraordinário 1.010.606

1958

Aída Jacob Curi foi vítima de homicídio e estupro, por três jovens. Os acusados foram condenados e cumpriram pena.

2008

O programa da Globo “Linha Direta” fez uma matéria sobre o caso.

Os irmãos de Aída Curi entraram na justiça alegando danos morais e pedindo indenização por uso indevido da imagem da irmã.

2008 – 2016?

Primeira instância indefere o pedido.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nega o recurso.

Superior Tribunal de Justiça nega o recurso.

2016

Os irmãos Curi recorrem ao Supremo.

Recurso Extraordinário 1.010.606

“É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

Outras competências

Reclamação 11.949 (Registros fonográficos do STM)

1997

Mandado de Segurança contra o Superior Tribunal Militar

2006

Julgamento pelo Supremo de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (23036).

2011

Reclamação ao Supremo.

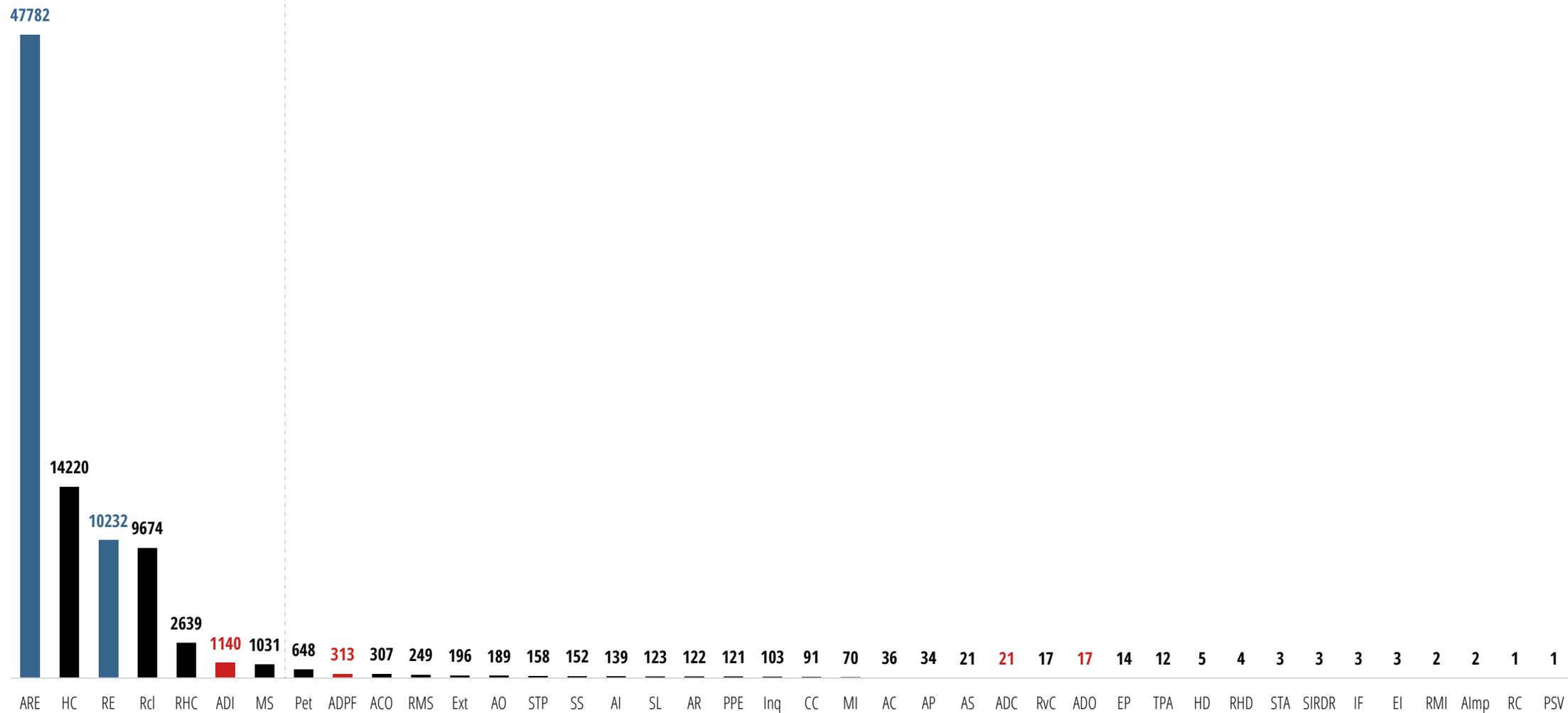
2017

Julgamento da Reclamação

Reclamação 11.949 (Registros fonográficos do STM)

- 1.** A decisão proferida no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 23.036 não restringiu o acesso dos então Impetrantes aos documentos e arquivos fonográficos relacionados às sessões públicas de julgamentos do Superior Tribunal Militar ocorridas na década de 1970, assentando que todos os julgamentos seriam públicos e que as gravações dos áudios dessas sessões deveriam ser disponibilizadas aos Impetrantes, também no que se refere aos debates e votos proferidos pelos julgadores.
- 2.** Injustificável a resistência que o Superior Tribunal Militar tenta opor ao cumprimento da decisão emanada deste Supremo Tribunal, que afastou os obstáculos erigidos para impedir fossem trazidos à lume a integralidade dos atos processuais lá praticados, seja oralmente ou por escrito, cujo conhecimento cidadãos brasileiros requereram, para fins de pesquisa histórica e resguardo da memória nacional.
- 3.** O direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período grave contrário à democracia, integra o patrimônio jurídico de todo cidadão, constituindo dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício.

Classes processuais julgadas pelo Supremo em 2022



Qual o papel do Supremo na democracia brasileira?

A resposta “supremocrática” (judicialização da política)

Supremocracia

“Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos.

[...]

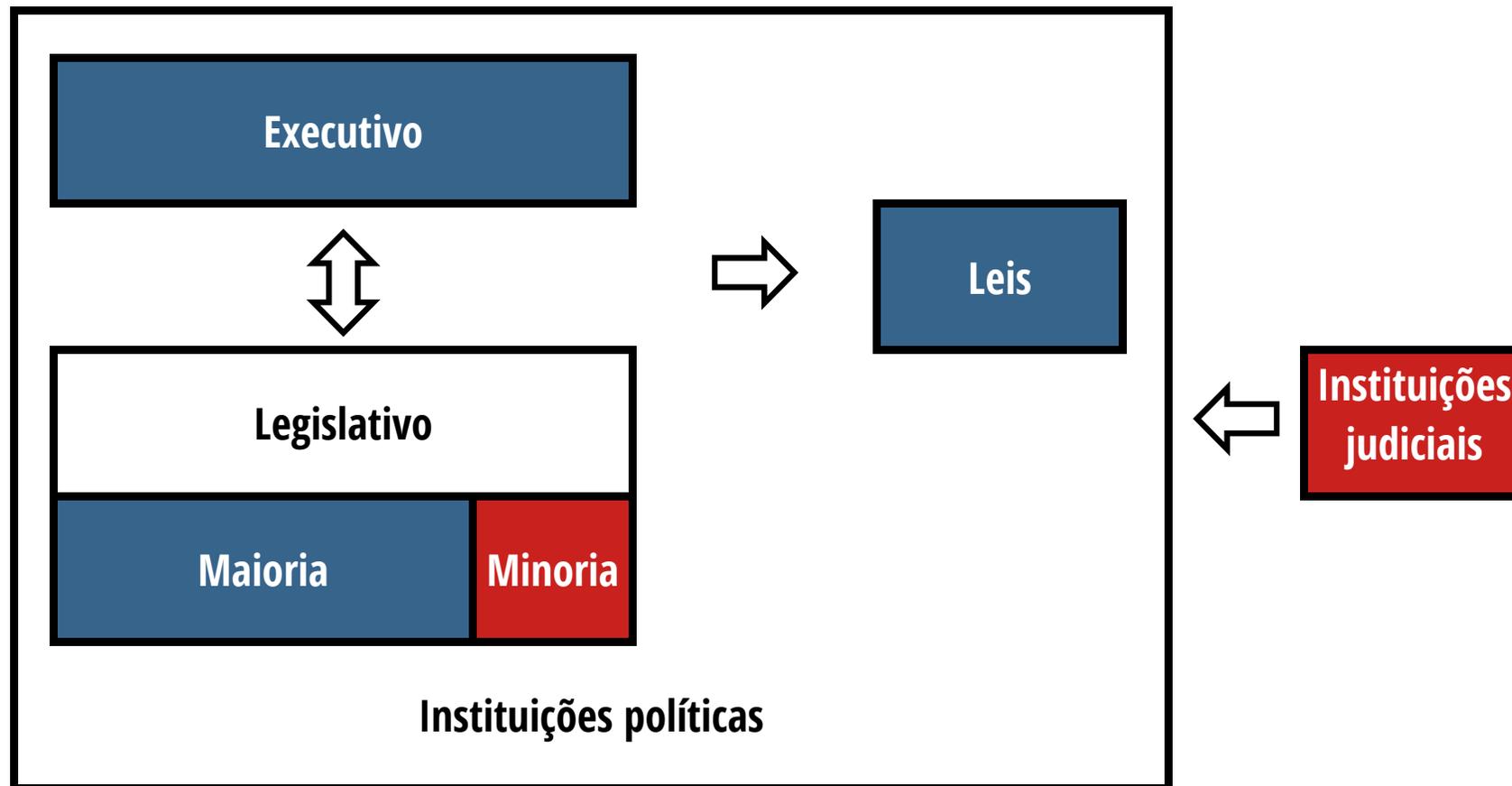
[...] uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.

[...]

Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.”

(Vieira, 2008. Supremocracia, p. 442.)

Resumo da resposta contramajoritária



Causas da Supremocracia

1. **Constituição extensa e detalhada:**

“A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo.” (Vieira, 2008. Supremocracia, p. 447)

2. **Fusão, no Supremo, dos seguintes papéis:**

- Tribunal constitucional,
- Foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado), e
- Última instância

Exemplos da Supremocracia: falta de deferência

“Esta questão foi suscitada da tribuna, de forma expressa, por Luiz Roberto Barroso, advogado em um dos *amici*. Para o ilustre professor, o Tribunal deveria levar em consideração o fato de que a lei havia sido aprovada por uma esmagadora maioria do Congresso Nacional, após um amplo processo de consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, em que foram ouvidas as diversas posições da sociedade brasileira. Não havendo inconstitucionalidade flagrante, mas apenas ponderação legislativa legítima, o Tribunal deveria abster-se de substituir a decisão do legislador pela sua. Antes de iniciar o seu voto, a Ministra Carmem Lúcia afastou com veemência este argumento, sendo explicitamente acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio. Logo, não se abriu qualquer espaço para uma discussão sobre *deferência*, muito comum em outros tribunais constitucionais ao redor do mundo. Entendida por *deferência* a postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador, democraticamente eleito.” (Vieira, 2008. Supremocracia, p. 452).

Exemplos da Supremocracia: “nova ágora”

“Ao permitir que organizações da sociedade civil, possam, a um custo organizacional e político muito menor, lutar pelos valores que defendem no âmbito do Supremo, cria-se uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica. Desta forma, o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria.” (Vieira, 2008. Supremocracia, p. 453).

Exemplos da Supremocracia: “argumentos extra-jurídicos”

“Esta abertura à sociedade civil, bem como uma deliberada exposição a discursos de natureza científica, religiosa, econômica, etc., não podem ser vistos como algo necessariamente negativo. Ao contrário, demonstram a necessidade do Supremo em buscar ampliar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com impacto fortemente político, como foi exposto pelo próprio Ministro Carlos Aires Brito, ao abrir a primeira audiência pública da história do Supremo. Este passo, no entanto, demanda que o Tribunal tenha clareza de seus novos desafios. Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas conseqüências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.” (Vieira, 2008. Supremocracia, p. 447)

Exemplos da Supremocracia: “televisionamento”

“Uma das maiores idiossincrasias deste julgamento foi o fato de que a minoria no plenário, já derrotada por aqueles que entendiam que a lei era constitucional em sua totalidade, obstinadamente buscou que fossem incluídas na sentença medidas de caráter legislativo, que restringiriam enormemente a eficácia da legislação Conforme proposição dos Ministros Carlos Alberto Direito e Antonio Carlos Peluso, invocando a doutrina da interpretação conforme a constituição, propunham a criação de mecanismos mais rigorosos para a fiscalização das pesquisas com células-tronco. As proposições de cunho legislativo que se buscava inserir na decisão, barradas energeticamente pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sugerem duas coisas: em primeiro lugar, uma óbvia ambição legislativa, por parte da minoria; em segundo lugar, uma exploração da tele-audiência como espaço para realização de um discurso, que apenas poderia ter conseqüências políticas, posto que a sorte jurídica do caso já se encontrava selada.” (Vieira, 2008. Supremocracia, p. 453-454).

Conclusões: fragilidade da democracia brasileira

“se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas.” (Vieira, 2008. Supremocracia, p. 457).

Conclusões: redução de competências

“Entendo que algumas mudanças de natureza institucional são indispensáveis para que possamos reduzir o mal-estar *supremocrático* detectado neste texto. Em primeiro lugar, seria a redistribuição das competências do Supremo. Este não pode continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Este acúmulo de tarefas, que, na prática, apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros em uma posição muito vulnerável.” (Vieira, 2008. *Supremocracia*, p. 457).

Conclusões: aperfeiçoamento do processo deliberativo

“Com uma agenda bastante mais restrita de casos, o Supremo poderia melhorar a qualidade de seu processo deliberativo. Em primeiríssimo lugar, deveriam ser restringidas, ao máximo, as competências de natureza monocráticas. A autoridade do Tribunal não pode ser exercida de forma fragmentada por cada um de seus Ministros. O fato de este ser um tribunal irrecorrível, e, portanto, aquele que corre o risco de errar em último lugar, impõe que as suas decisões sejam majoritariamente de natureza coletiva, o que somente será possível se o número de casos julgados cair de mais de cem mil por ano para menos de mil por ano.” (Vieira, 2008. *Supremocracia*, p. 458)

Conclusões: crítica ao processo decisório agregativo

“Hoje, o que temos é a somatória de 11 votos (que, em um grande número de casos, já se encontram redigidos antes da discussão em plenário) e não uma decisão da Corte, decorrente de uma robusta discussão entre os Ministros. Isto seria muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida. Quando nos perguntamos qual a decisão do Supremo no caso das células-tronco, fica evidente que há uma multiplicidade de opiniões. Mesmo se pegarmos o voto do relator, que foi muito além da *questio iuris* submetida ao Tribunal, o que dali foi aceito pela maioria e o que não foi aceito? Quais são os efeitos precisos da decisão? Assim, as decisões precisam deixar de ser vistas como uma somatória aritmética de votos díspares. Na realidade, o que o sistema jurídico necessita são decisões que correspondam a um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte. Evidente que sempre deverá haver espaço para votos discordantes e opiniões complementares, mas a maioria deveria ser capaz de produzir uma decisão acordada, um acórdão, que representasse a opinião do Tribunal. Isto daria mais consistência a decisões judiciais de grande impacto político.” (Vieira, 2008. *Supremocracia*, p. 458)

A resposta representativa

A divergência de fundo: crise da democracia?

“O discurso de que o Poder Judiciário se agiganta fazendo sombra aos demais poderes parece igualmente persuadir jornalistas e intelectuais, os quais, por vezes, unem suas vozes em uníssono para cantar o coro de uma suposta crise da representação política. À medida que avança a tese da judicialização, ganha corpo a crença de que esta teria como causa e efeito a crise da representação. Um falso silogismo que não poderia resultar senão em falácia: a de que uma crise institucional ameaça a democracia brasileira.” (Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 3)

O centro da divergência

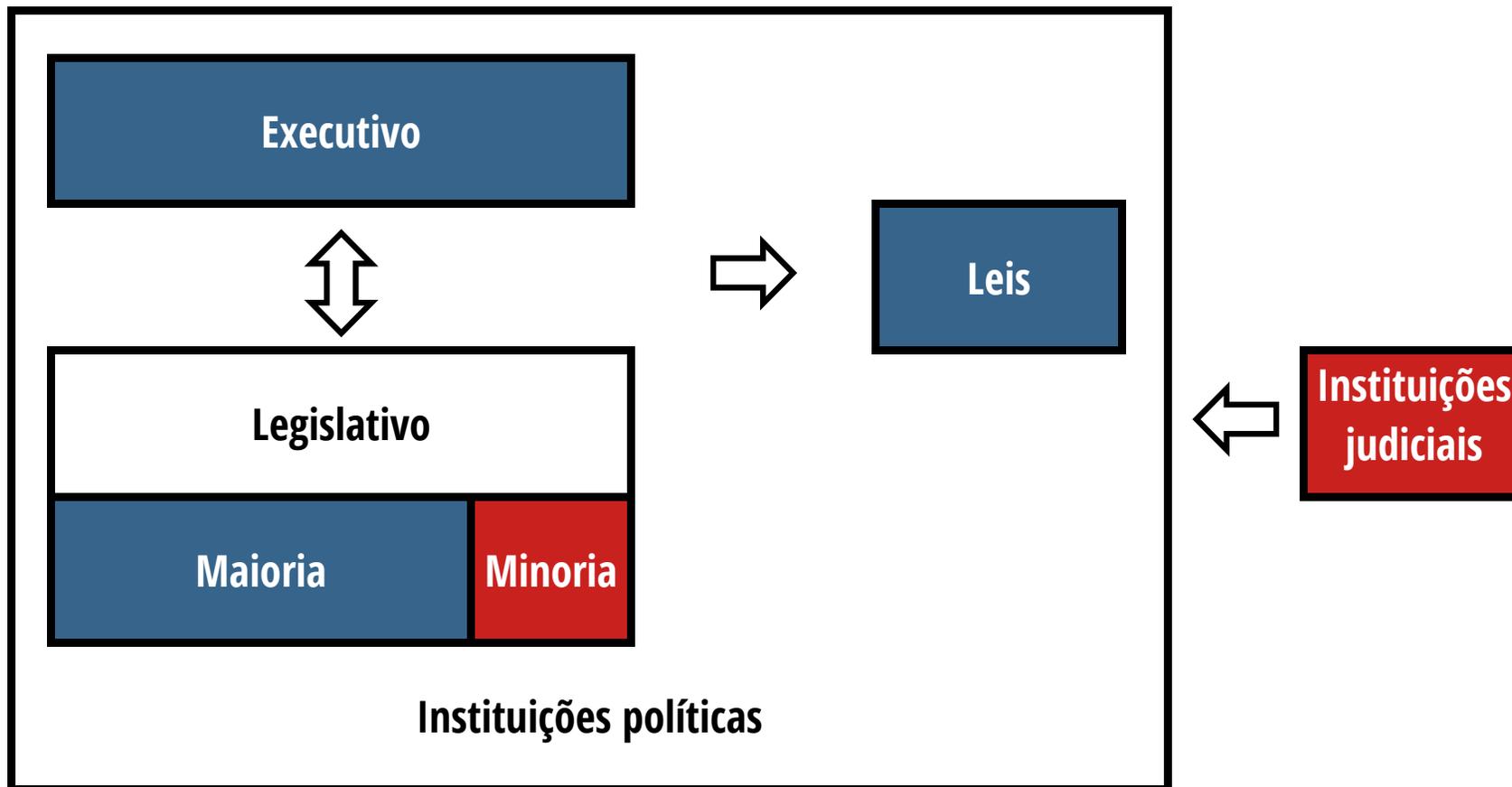
“Se o Poder Judiciário vem sendo crescentemente procurado pela sociedade, disso não decorre logicamente que o Poder Legislativo, lócus principal da soberania popular, tenha se tornado menos apto a representá-la. Se o número de ADIs impetradas no STF cresceu significativamente desde 1988, disso não decorre logicamente que em nossa corte constitucional tenha se instalado um ativismo, tampouco que este decorra de “uma retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade” (Barroso, 2010: 35).” (Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 6).

O argumento principal

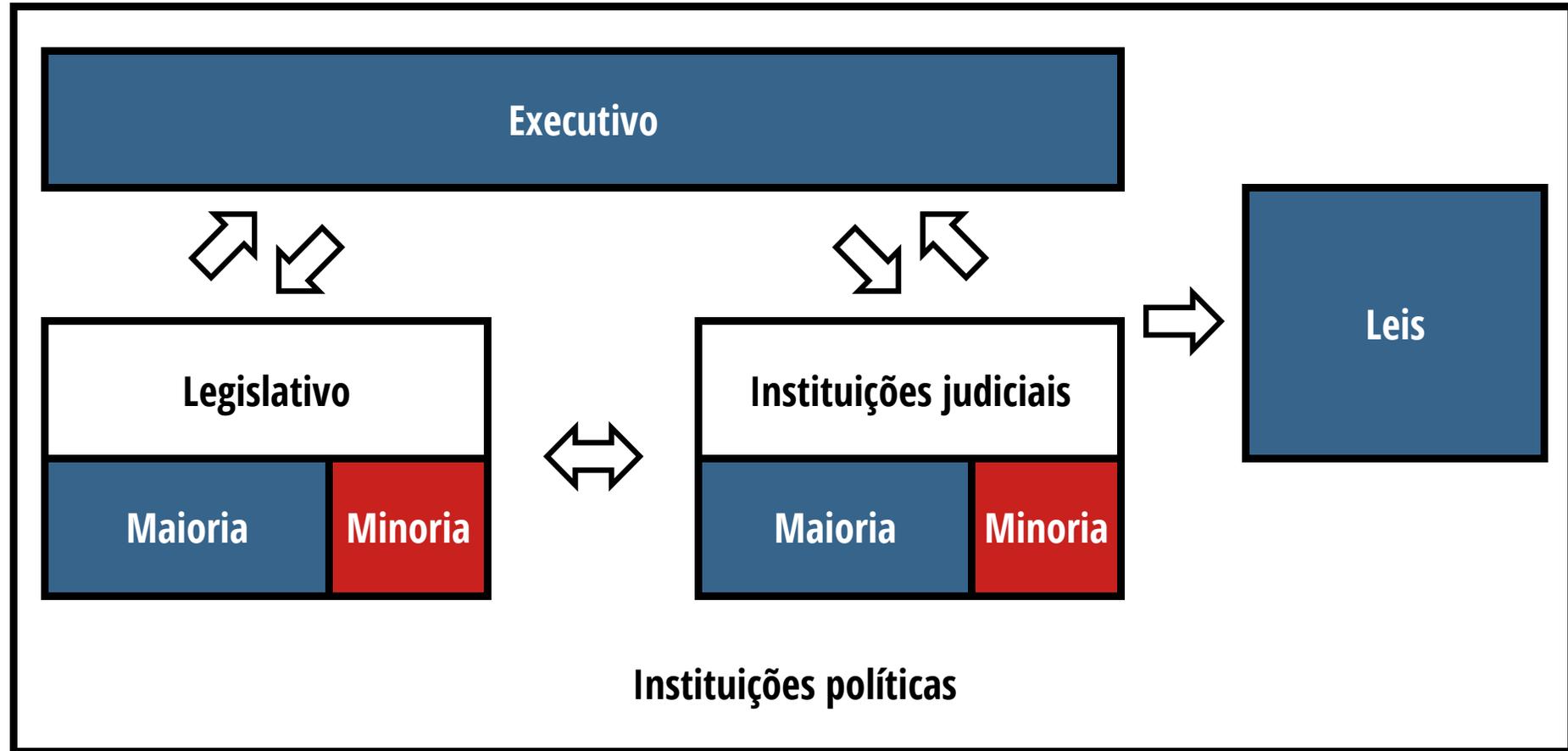
“O que este livro revela, dito de outro modo, é que desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo. Ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação.”

(Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, pp. 9).

Resumo da resposta contramajoritária



Resumo da resposta majoritária



O problema metodológico

“amparando-se apenas em casos e não em dados, parte dessa literatura colabora para a difusão da crença de que judicialização implica “avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos” (Vieira, 2008: 442).

Repete-se, assim, no Brasil, o diagnóstico dos autores estrangeiros sistemática e recorrentemente usados pela literatura nacional que se dedica ao estudo da judicialização, qual seja, o de que o Judiciário, ao buscar suprir supostas lacunas deixadas pelo sistema representativo, contribui para aprofundar a crise da democracia (Garapon, 1999). Recorrendo muitas vezes a um mesmo (e bastante limitado) repertório de casos como suporte para seus argumentos, assume-se por aqui que a judicialização não ocorreria se as instituições majoritárias fossem efetivas e respeitadas; tampouco o ativismo judicial floresceria em um cenário no qual os valores dos juízes se identificassem com os das instituições majoritárias.” (Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 4).

O problema metodológico

“Um dos principais alicerces sobre os quais se construiu a tese da judicialização da política no Brasil é o significativo e crescente volume de ações ajuizadas por meio do controle concentrado de constitucionalidade. O número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) impetradas no STF passou a ser tomado como uma espécie de indicador do nível de judicialização do país. O volume do uso desse recurso institucional por atores políticos, como partidos e governadores, passou a ser usado para mensurar a natureza da judicialização como propriamente política, ou seja, conducente a confirmá-la como “um recurso das minorias contra as majorias parlamentares” (Vianna *et ali*, 1999:51).” (Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 6).

ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações	%
Sem julgamento de mérito	374	74,35
Improcedente	62	12,33
Procedente em parte	32	6,36
Procedente	35	6,96
Total	503	100,00

Média de 3,2 ações (ADIs e ADPFs) procedentes ao ano

(Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 34)

ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2017) (Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações		%	
Sem julgamento de mérito	374	454	74,35	63%
Improcedente	62	156	12,33	21%
Procedente em parte	32	114	6,36	16%
Procedente	35		6,96	
Total	503	724	100,00	100%

Média de **3,9** ações (ADIs e ADPFs) procedentes ao ano

(atualização de Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 34)

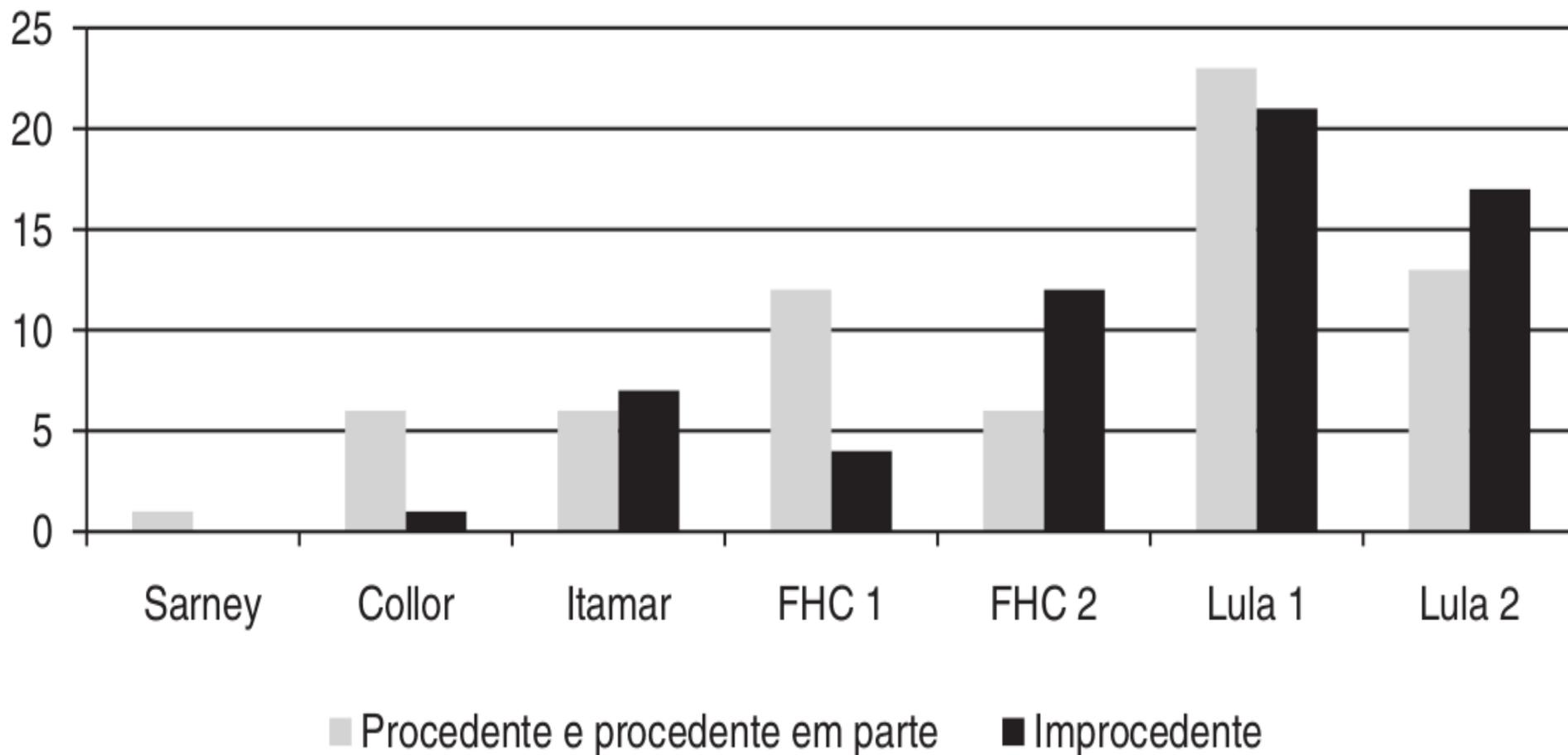
Controle judicial das leis federais em perspectiva comparada

Média de declarações de inconstitucionalidade de normas do legislativo nacional

País	Média anual
México	1,4
Brasil	3,9
Peru	4,0
Espanha	4,3
Itália	4,9
Portugal	7,0

Controle judicial das leis federais (por governo)

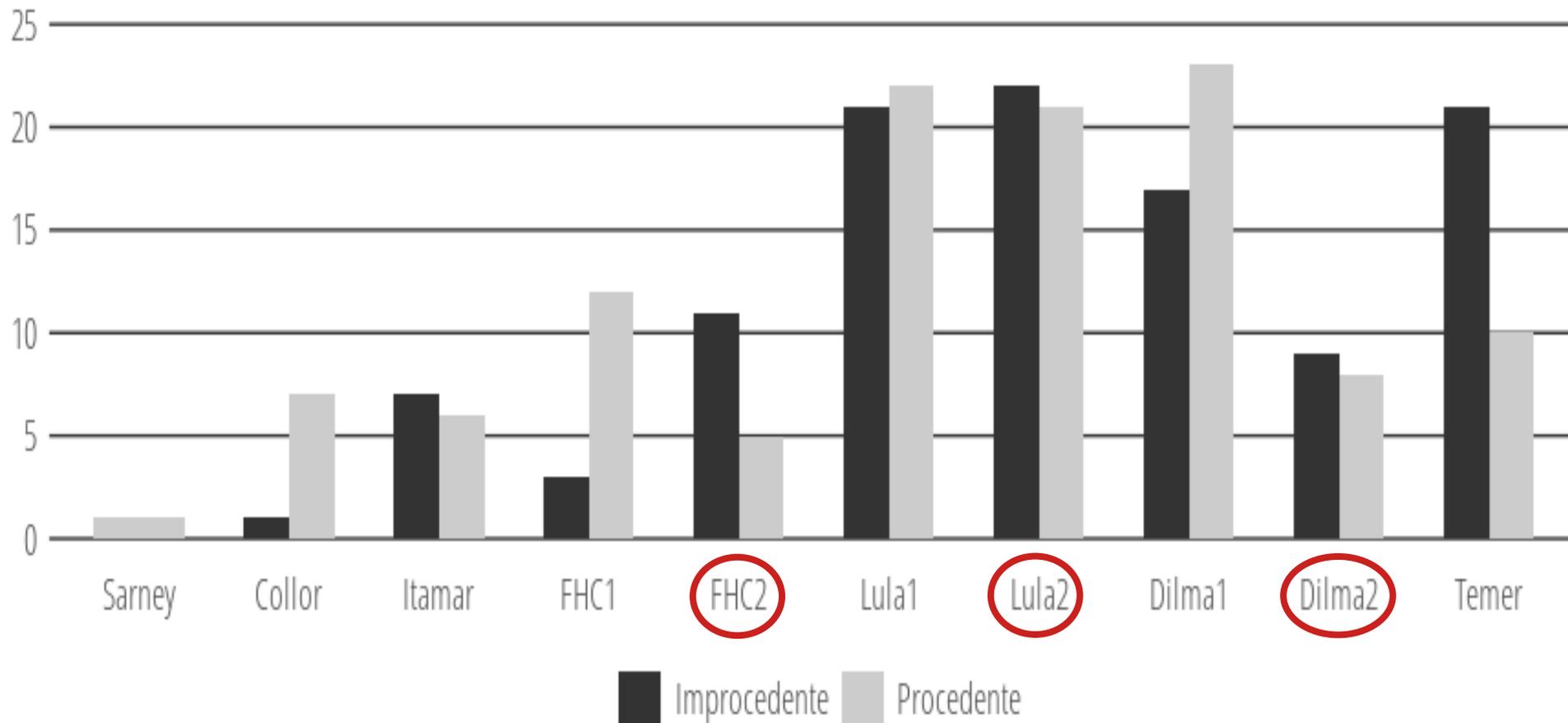
Resultado das Ações de Inconstitucionalidade



(Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 81)

Controle judicial das leis federais (por governo)

Resultado das Ações de Inconstitucionalidade



(atualização de Pogrebinschi, 2011. *Judicialização ou representação?*, p. 81)

Controle judicial das leis estaduais (1988-2017)

