

O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo

RAFAEL ESTORILIO

JULIANO ZAIDEN BENVINDO

RESUMO

■ A ênfase no papel deliberativo das cortes constitucionais tem ensejado importantes discussões no direito constitucional comparado. No Brasil, a capacidade deliberativa do Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido, continuamente, objeto de crítica. Do mesmo modo, importantes defeitos no desenho institucional de suas principais práticas têm sido tema de interessantes debates. Este artigo examina os limites do argumento em favor da deliberação, indicando que não raramente o STF faz uso de uma pretensa deliberação para o cometimento do que se poderia denominar de *constitucionalismo abusivo*, isto é, o uso de ferramentas e argumentos do constitucionalismo contra o próprio constitucionalismo. Para tanto, este artigo concentra-se em duas estratégias – a *sincronicidade* e o *uso seletivo da subsunção* – que o STF emprega para ampliação de seu capital político e, por conseguinte, para fortalecimento de seu poder de barganha política com os demais poderes. Este artigo busca diagnosticar esse sintoma e indicar a urgência de se pensar desenhos institucionais para conter tais práticas na realidade brasileira. PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo abusivo; deliberação; Supremo Tribunal Federal; corte constitucional; barganha política.

ABSTRACT

■ The focus on the constitutional courts' deliberative role has raised relevant discussions in comparative constitutional law. In Brazil, the Brazilian Supreme Court's

deliberative capacity has continuously been a subject of criticism. Likewise, the institutional design of its main activities has also been a topic of interesting debates. This paper draws on the limits of the argument in favor of deliberation, showing that not rarely does the Brazilian Supreme Court make use of the so-called deliberation to pursue actions that could be deemed a form of *abusive constitutionalism*, that is, the use of constitutional tools and arguments against constitutionalism itself. For this purpose, this paper concentrates on two strategies – *synchronicity* and *selective use of subsumption* – the Brazilian Supreme Court employs to expand its political capital and thereby to strengthen its bargaining power vis-à-vis the other branches. This paper aims to diagnose this symptom and stress the urgency of thinking of institutional designs to halt such practices in the Brazilian reality.

KEYWORDS: abusive constitutionalism; deliberation; Brazilian Supreme Court; constitutional court; political bargaining.

I. INTRODUÇÃO

■ Quando David Landau usou a expressão *constitucionalismo abusivo*¹ para se referir ao uso regular e coordenado de mecanismos constitucionais para fragilizar a ordem democrática, a totalidade de uma expressão carregada de sentido atingia inédita precisão. Sobre a corte, aprendemos, ainda que idealmente, que a argumentação judicial é o pré-requisito que confere validade à decisão. Ela, por sua vez, carrega internamente raciocínios, conceitos e previsões que se desenvolvem a partir premissas teóricas e práticas que visam a expor a legitimidade e a coerência da corte para se definir como “guardiã da Constituição”. Ao mesmo tempo, a decisão transparece finalidades *externas*, muitas vezes obscuras para as quais se dirige um posicionamento.

A questão é que o Supremo Tribunal Federal (STF), em muitos casos assumindo papel de oráculo decisório e, ao mesmo tempo, adotando uma postura pragmática, pode se tornar agente central do constitucionalismo abusivo. Especialmente com o crescente aumento de pesquisas empíricas denunciando suas práticas e contrariando muito de seu discurso², passou-se a constatar que suas

1 De acordo com Landau, “constitucionalismo abusivo” é o “uso de mecanismos de mudança constitucional para fazer um estado significativamente menos democrático do que era anteriormente”. (LANDAU, 2013, p. 195)

2 Vide, por exemplo, os dados trazidos pela pesquisa Supremo em Números, realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P., 2014). Vide também COSTA, A. A.; BENVINDO, J. Z. 2014.

decisões, não raramente, buscam mitigar o crescente conflito político em casos de forte desacordo moral e, mais ainda, sua postura corporativa e agenciadora de interesses com os outros poderes. Nos últimos anos, o debate sobre os conflitos entre os poderes em matérias de desacordo moral ganhou relevo na academia. O segundo tema, todavia, relativo à sua prática fortalecedora de interesses corporativos e particulares, ainda tem sido trabalhado de forma muito esparsa. É aqui que aparece, com força, o tema do constitucionalismo abusivo. A partir desse conceito, consegue-se desvendar motivações e práticas normalmente implícitas e, ao mesmo tempo, desmistificar a tão-aclamada potência da jurisdição constitucional na defesa do constitucionalismo.

O constitucionalismo abusivo prevê que alternativas adotadas para se contornar crises, em estruturas projetadas para reforçar o constitucionalismo democrático, em verdade, podem prejudicá-lo. Ministros do STF são, naturalmente, pessoas dotadas de imenso poder na definição de temas centrais do constitucionalismo. Se, por um lado, esse poder pode lhes ser justificado para o exercício da jurisdição final em matéria constitucional, por outro, em ambientes de desenhos institucionais falhos e instituições informais que reiteram práticas de personalização do poder³, estratégias para contornar barreiras institucionais passam a ser adotadas com relativo sucesso. É o caso, por exemplo, do uso contínuo de técnicas e metodologias que encobrem comportamentos estratégicos contrários ao constitucionalismo, ao menos em sua feição liberal de respeito ao *rule of law* e aos *checks and balances*, embora aparentem estar em plena sintonia com seus princípios.

É preciso ressaltar, todavia, que tais práticas não se limitam a explicitar comportamentos individuais dos próprios Ministros, que se posicionam de modo conservador ou ousado, ativista ou reacionário. Na verdade, trata-se da constante luta do STF para definir seu espaço na tomada de decisões temporárias, afetando questões constitucionais decisivas. Há, portanto, uma clara correspondência, embora não confundível, entre o agir dos Ministros em nome da Corte e a própria configuração da Corte como instituição. Em um desenho institucional que confere excessivos poderes a cada Ministro em particular⁴, todavia, essa correspondência – o individual dos Ministros com o institucional do STF – aproxima-se de uma identidade. Nesse contexto, aliás, o próprio conceito de deliberação, que exigiria uma coletividade argumentativa no âmbito da Corte, assume as fei-

3 Vide LEVITSKY, S.; HELMKE, G. (org.) (2006).

4 Vide WERNECK; RIBEIRO (2015).

ções de decisão individual como se da Corte fosse⁵, facilitando, assim, o abuso constitucional.

Com base nessas premissas, este artigo visa a confirmar a hipótese de que a constituição pode ser estrategicamente trabalhada para favorecer agenciadores de interesses durante graves crises políticas e que o STF pode agir como um importante catalisador desse processo. Para esse fim, a primeira parte dedica-se a demonstrar que o problema principal não se encontra tanto na tomada de decisões discricionárias e pragmáticas, mas no uso de uma supervalorização do constitucionalismo, quando, na verdade, se arregimentam lesões ao próprio sistema constitucional. Esta pesquisa adota a premissa que esse diagnóstico pode ser visualizado – e, assim, indicada a ocorrência de constitucionalismo abusivo – dentro de dois grandes eixos: sincronicidade e uso deslocado da subsunção.

O artigo visa, sobretudo por meio de exemplos, a explicitar esse diagnóstico. Seu intuito está em mostrar como o raciocínio judicial deliberativo do STF, quando se revela em práticas do se que denomina constitucionalismo abusivo, em nada tem de efetivamente deliberativo, ao menos não como hoje muito tem se defendido na doutrina.⁶ Por conseguinte, a ideia de democracia deliberativa transportada ao STF deve ser vista com maior cautela. A deliberação interinstitucional, apontada como saudável ou necessária, na verdade, tem muito funcionado como uma estratégia qualificável como constitucionalismo abusivo. Percebe-se, então, que a interação entre poderes tem influenciado a aplicação da constituição conforme trabalhada nos bastidores, permitindo, por exemplo, que o STF possa barganhar seus interesses corporativos, enquanto busca legitimar decisões dos outros poderes por meio de técnicas argumentativas que ofuscam sua verdadeira motivação.

Para tanto, este artigo segue este itinerário: apresenta-se, inicialmente, o cenário geral dos trabalhos sobre constitucionalismo abusivo no contexto de abundância de análises sobre o possível “ativismo” do STF. Em seguida, alguns casos paradigmáticos serão desenvolvidos conforme duas estratégias normalmente adotadas pelo STF: *sincronicidade* e *uso seletivo da subsunção*. Apenas então serão relacionadas a exposição inicial com a pretensão de estimular a reflexão sobre o porquê de se adotar um critério para avaliar a ocorrência do “constitucionalismo abusivo”. Este artigo termina com uma rápida discussão sobre possíveis rearranjos institucionais que poderiam dificultar a ocorrência dessas práticas prejudiciais a nossa recente democracia constitucional.

5 Vide DA SILVA (2013)

6 Vide MENDES (2013).

2. O STF E A FERRAMENTA ARGUMENTATIVA

■ Uma das formas de preparação das instituições para o exercício do constitucionalismo abusivo, em que estruturas constitucionais são estrategicamente utilizadas para desvirtuar o próprio constitucionalismo, encontra-se no reforço de sua posição no jogo político em um ambiente em que deveria haver o saudável exercício dos *checks and balances*. Nos últimos anos, com a crescente presença do STF na política, tem se verificado que a corte, seja em suas decisões, seja nas falas de seus ministros, reforça sua posição de agente central no constitucionalismo. Este passo é importante para que qualquer atuação da jurisdição constitucional possa se valer de autoridade suficiente para, mais tarde, participar como agente de interesses no processo decisório.

Um dos autores a identificar essa sinuosidade é José González-Jácome em texto que traz o exemplo da Corte Suprema argentina (GONZÁLES-JÁCOME, 2015). Segundo o autor, o infame precedente da “Acordada” permitia uma atuação estratégica de adaptação de teorias do direito administrativo (a teoria de *facto*) para a corte argumentar que era incapaz de desafiar a legitimidade do governo militarmente estabelecido – mesmo quando o regime foi capaz de depor um Presidente civil eleito. Entretanto, com relevante margem de discricionariedade, a Suprema Corte poderia supervisionar se aquele novo regime seguia ou não disposições constitucionais de acordo com seu entendimento. A questão é que a prática remontava a uma solidificação crescente daquele Tribunal a partir de 1930 e foi capaz de sustentar repetidos golpes futuros, porém, sempre sob o pretexto de que os regimes estavam alinhavados pela Constituição, interpretada ativamente pela Corte.

Em *Authoritarian Constitutionalism* (TUSHNET, 2015), Mark Tushnet alcança conclusões semelhantes, também com foco em regimes autoritários: o constitucionalismo é o melhor arsenal de estratégias para um regime “jogar junto” com a Corte. A questão é que esta corte age estrategicamente dentro da argumentação judicial para justificar os futuros passos do regime. Do ponto de vista doutrinário, em sua conclusão, Tushnet pretende demonstrar que, no plano teórico, não podemos classificar estas modalidades de abuso pragmático da corte como “constitucionalismo”, já que nascem dos anseios “pragmáticos” da Suprema Corte para mais tarde sustentar interpretações abusivas.

Assim, é comum verificar os passos largos dados pelas cortes. Há o propósito de preparar o terreno para colocar-se como um agente seletivo do constitucionalismo abusivo, fortalecendo as capacidades de decisão, e ainda estabelecer um papel

mais definitivo a suas deliberações – a ênfase na “última palavra”, por exemplo -, muitas vezes decorrente de uma insatisfação com deliberações que exigiriam um maior diálogo institucional. Essa prática, que, no Brasil, é reforçada ainda pela excessiva individualização das decisões do STF, é claramente um dos dados mais alarmantes da prática cotidiana do STF. São vários os estudos que alertaram para este movimento.

Por exemplo: em trabalho elaborado por DURAN-FERREIRA (2009) sobre a jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade em temas correlatos às autoridades reguladoras do sistema financeiro, verificou-se que, em quase sua totalidade, o STF se vale da argumentação econômica e mercadológica para decidir, dentro de verdadeira predileção econômica, em complexos argumentos oferecidos como definitivos para a decisão. Essa predileção pelo mercado ocorre em diversos outros contextos. No Recurso Extraordinário 407.688/AC, por exemplo, em que se discutia a legitimidade constitucional da penhora do único bem de família do fiador imobiliário, os Ministros adotaram o argumento consequencialista, atribuindo funções reguladoras ao Tribunal. O Ministro Cezar Peluzo chegou mesmo a salientar que a “técnica legislativa” da penhora em tais casos “romperia o equilíbrio do mercado” a que o Estado deveria atentar-se, desmerecendo garantias mais custosas e, conseqüentemente, um desfalque no próprio direito à moradia pela população.

Do mesmo modo, na ADIN 3937/SP, que declarou improcedente demanda que versava sobre a inconstitucionalidade das leis proibitivas do uso de amianto na indústria, essa lógica argumentativa prevaleceu. Apesar de o Tribunal reforçar a proibição da legislação estadual, principalmente por expor os riscos à saúde no uso de tal substância, o voto do Ministro Marco Aurélio indicou o quanto a propensão do risco à saúde era menos relevante, salientando o quão rentável seria a exploração da substância. Para confirmar ambos os argumentos, positivos ou negativos ao uso do amianto, todavia, para além das Audiências Públicas realizadas pelo STF, não se verificou até hoje a ocorrência de melhoras na saúde pública ligada a aspectos de diagnósticos (cancerígenos, por exemplo) relacionados à aspiração do amianto em São Paulo e, ao mesmo tempo, qualquer decréscimo econômico resultante do não uso da substância.

Essa ênfase pragmática, que catalisa a posição do STF como um agente poderoso no exercício da barganha política, também se expressa no modo como ele se relaciona com os demais poderes. Uma das estratégias é esvaziar as atribuições típicas de outros poderes por meio de decisões que as condicionam a um olhar sempre permanente do STF. Por exemplo, no julgamento do MS 32033-DF, o

Ministro Gilmar Mendes apontou como inconstitucional o processo legislativo que tratava de novas regras partidárias (PL 4470/2012), simplesmente porque aquela apressada votação não fazia sentido, dentre outros fatos, por beneficiar os próprios parlamentares. Segundo ele, “essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos”. Para Gilmar Mendes, o fato de a Câmara dos Deputados ter deliberado de forma estranhamente célere seria já um motivo para suspender o projeto de lei, como se o STF tivesse o poder de determinar qual é o ritmo adequado da deliberação de outro poder. É visível que o argumento do Ministro não passava de uma discordância pessoal para rejeitar um processo legislativo que entendeu “indevido”, embora sem apontar qualquer irregularidade material ou de procedimento naquela decisão de inconstitucionalidade.

Esse crescimento do poder de barganha política por intermédio de um incremento de sua capacidade de decisão pragmática também se consolida em denominados “institutos” de direito constitucional, que aqui são aplicados como se fossem verdades inexoráveis do exercício da jurisdição constitucional. A própria modulação de efeitos, que talvez seja a expressão máxima desse jogo entre condicionalidades políticas e econômicas do momento e a expectativa de segurança jurídica, tem sido aplicada com a premissa de se evitar “hecatombes” econômicas nos julgados de inconstitucionalidade. O recente caso dos Precatórios (ADI 1098) é evidente exemplo em que o STF definiu politicamente até quando arrastaria a inconstitucionalidade de acordo com especulações econômicas e o interesse fazendário na demanda.

Temos então um tribunal propondo-se a melhorar o futuro em uma condição de oráculo em diversos precedentes, incrementando sua capacidade de barganha e sua potencialidade para o exercício do que se poderia denominar de constitucionalismo abusivo. É bem verdade que seleção de casos relevantes como estes poderiam sugerir apenas a função decisiva – ativista – da Corte, ou o papel interpretativo da Constituição, já que estamos sob um regime constitucional democrático. O jogo aqui, todavia, não é inocente e tampouco de mão única. Na medida em que o STF se consolida como corte capaz de manejar seus argumentos politicamente sob a aparência de uma estrita interpretação constitucional, não apenas o STF cresce em seu poder de barganha, como também os outros poderes passam a dele fazer uso para legitimar suas próprias atividades.

O exemplo do impeachment da então Presidente Dilma Rousseff é ilustrativo desse jogo de duas mãos. O STF, como instituição responsável pelo duro trabalho de interpretar a Constituição, foi chamado a cumprir seu dever naquela

profunda divisão política a que o Brasil assistia. Naquele episódio, embora, naturalmente, a interferência mais direta da corte constitucional pudesse ensejar questionamentos a respeito dos limites de sua atuação, o STF adotou uma postura bastante contida, buscando se resguardar diante de um propósito de preservação do princípio da separação dos poderes. Sua atuação estava, obviamente, bastante entrelaçada ao momento em que a política parecia atropelar o direito, tanto em razão de um procedimento de imputação da culpa que não se mostrava completo (as contas – motivo central do impeachment – não chegaram a ser reprovadas pelo Parlamento, mas apenas pelo Tribunal de Contas da União) e também em razão de uma perda do sentido de preservação do regime presidencialista (na medida em que a lei 1.079/50 condicionou a interpretação da Constituição e, não, o contrário, como deveria ser). Ao se isentar desse debate, dizendo garantir apenas a obediência às regras formais do jogo político, o STF causou o efeito colateral de legitimação constitucional do próprio procedimento. O tribunal que outrora era intenso partícipe e interventor da política ou da especulação econômica agora se contém para não ferir a tão aclamada independência entre os poderes.

Desse modo, verifica-se que o denominador comum para tais casos é o modo como a corte constitucional, ao atribuir elevados poderes a si própria e a se arvorar detentora da “última palavra”, pode alavancar práticas abusivas do constitucionalismo. Usa-se a constituição – ou a interpretação constitucional de uma dada realidade levada a efeito pelo STF – contra a própria constituição. A interação deliberativa, tão aclamada pela literatura constitucional, torna-se então muito mais uma barganha de posições do próprio jogo político, lançando a estratégia política como condicionante da interpretação constitucional e a interpretação constitucional, conforme essa estratégia política, como reforço de sua potência e legitimação de sua prática.

3. QUANDO A CORTE É PARTE NO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

■ O incremento da capacidade de justificação de sua interferência constitucional tem, como discutido no tópico anterior, aberto o leque de possibilidades do que se poderia denominar de constitucionalismo abusivo. O jogo de mão dupla, que perpassa tanto esse crescimento de poder como a expectativa de consonância com o jogo político, expressa-se de distintas formas. Embora haja diversas outras possíveis ocorrências, dois focos serão aprofundados neste artigo: a sincronicidade e o uso deslocado da subsunção.

3.1 Sincronicidade

■ De acordo com Carl Jung, *sincronicidade* é o conjunto irracional de eventos que podem envolver uma relação de causalidade oculta⁷. *Sincronicidade* trata da relação entre fatos determinados pelas memórias, pela natureza ou pelos arquétipos e que não podem ser compreendidos mediante o princípio da causalidade na física. Com isso, o elemento central da sincronicidade é visualizar uma relação distante, porém coordenada, entre dois eventos que não exija uma explicação de causa e efeito, ao contrário do tradicionalmente esperado de tais relações. O conceito, embora originário de estudos da psicanálise e voltados para situações diversas de um debate institucional, permite extrair lições relevantes para o possível encontro de relações de causa e efeito implícitos em circunstâncias típicas de constitucionalismo abusivo.

Um exemplo recente pode ilustrar essa *sincronicidade* no âmbito decisório do STF. No julgamento da medida cautelar na ADPF 402, o STF, em decisão monocrática, concedeu tutela liminar com base na premissa de que não poderiam permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República aqueles tornados réu em processo criminal perante o STF. A decisão gerou o imediato efeito de determinar o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. De acordo com a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, uma vez o Senador tornado réu em um processo de peculato e, também, conforme maioria já alcançada (na mesma ADPF, que estava com julgamento interrompido, manifestaram 6 dos 11 ministros pelo afastamento – e, com extremo poder de agenda, a sessão foi interrompida por pedido de vista) a consequência não poderia ser diferente no caso ora em análise.

A decisão monocrática gerou forte conflito institucional, a ponto de a mesa do Senado afirmar – criando precedente temerário -, que se recusaria a cumprir a decisão judicial. Na ocasião, os Ministros aguardavam, sobre o tema, o retorno do julgamento após pedido de vista requerido pelo Ministro Dias Toffoli em

7 Oculta, já que “Os fenômenos sincronísticos são a prova da presença simultânea de equivalências significativas em processos heterogêneos sem ligação causal; em outros termos, eles provam que um conteúdo percebido pelo observador pode ser representado, ao mesmo tempo, por um acontecimento exterior, sem nenhuma conexão causal [...] Os fenômenos sincronísticos são a prova da presença simultânea de equivalências significativas em processos heterogêneos sem ligação causal; em outros termos, eles provam que um conteúdo percebido pelo observador pode ser representado, ao mesmo tempo, por um acontecimento exterior, sem nenhuma conexão causal.” Os exemplos dados pelo autor são interessantes relações confusas entre fatos e eventos. (JUNG, 2000, p. 985-986).

sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em 7 de dezembro de 2016, em sessão cuja gravidade da situação exigia resposta urgente da Corte, julgou-se o recurso do Senado contrário à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello. Dos nove ministros que participaram da deliberação, seis defenderam a solução “conciliatória”: o Presidente do Senado poderia permanecer no exercício dessa função, apenas sendo impedido de assumir, mesmo que temporariamente, a função de Presidente da República.

O que chamou, todavia, a atenção desse movimento não foi exatamente a argumentação jurídica altamente controversa de flexibilização da regra constitucional ou da aplicação da tese. Foi, ao contrário, o que acontecia do outro lado da Praça dos Três Poderes. Na mesma quarta-feira, 7 de dezembro de 2016, o Presidente do Senado desistiu de colocar em votação no plenário o projeto de lei que tratava do abuso de autoridade, texto legal que pressionava, de modo bastante contundente, agentes públicos, sobretudo do Judiciário.

Talvez não seja possível presumir alguma relação pura e simples de causa e efeito entre a decisão que manteve o Presidente do Senado e a opção dele de retirar da pauta de urgência projeto de lei em desfavor da categoria de magistrados. Do mesmo modo, não é totalmente incontroversa a afirmação de que o julgamento e a retirada do projeto de pauta foram negociados. Mas é possível observar *sincronicidade* visível entre os eventos, já que uma deliberação interinstitucional possibilita a arregimentação dos Poderes quanto à interpretação da Constituição para o fortalecimento pessoal de seus agentes.

A demonstração dessa premissa deu-se logo na sequência. Já na semana seguinte, uma ofensiva galopante do Senado contra Judiciário se instalou. O Senado passou a tratar com rigor o descumprimento do teto por membros do Judiciário, aprovando medidas que dificultam ao máximo a obtenção de remuneração acima do teto, isto é, indenizações que se sobrepõem à remuneração. Nesse contexto, qualificou como improbidade administrativa o ato de permitir pagamento acima do teto estabelecido, tornou mais rigorosa a publicação dos salários dos servidores na internet e englobou, em um único montante, todas as modalidades de pagamento.

Negar a existência de possíveis estratégias políticas nessa correlação de forças é assumir a ingenuidade na análise de comportamentos humanos e de movimentações institucionais. A *sincronicidade*, embora não prove que tenha havido, peremptoriamente, a prática do abuso constitucional, ao menos promove a suspeição sobre esses movimentos. São práticas que se repetem e que tem se mostrado cada vez mais em sintonia com uma nova configuração do STF como instituição

central do jogo político e cuja deliberação aproxima-se mais de formas típicas de barganha política, mesmo que em detrimento do constitucionalismo.

3.2 Uso Seletivo da Subsunção

■ Outra circunstância relevante é a falta de isonomia com casos que carregam profunda semelhança e relativa proximidade temporal. A quebra de coerência em casos centrais que engendram, sobretudo, forte impacto político acarreta, naturalmente, sério desconforto em relação às expectativas de segurança jurídica e, mais ainda, possível configuração de uso político da Corte.

No ano de 2016, por meio de tutela liminar proferida pelo STF (MS 34.070), o então ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi impossibilitado de assumir o cargo de Ministro da Casa Civil. Segundo as razões expressas na antecipação de tutela concedida pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança, o caso era um típico exemplo de desvio de finalidade administrativa, o que ensejava a nulidade do ato: a posse servia meramente para obter foro por prerrogativa de função, quando o ex-Presidente estava ameaçado por investigações judiciais. Com a decisão monocrática, a posse não foi perfectibilizada. Porém, a decisão entrava em direto choque com a jurisprudência consolidada do STF. Havia, afinal, vício no ato em Mandado de Segurança coletivo proposto por partido político, o que impediria, de imediato, o julgamento do mérito. Todavia, novamente expondo profundo defeito no desenho institucional do STF, o caso jamais foi levado para deliberação coletiva. A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, embora provisória, tornou-se definitiva sem a menor chancela de seus pares por perda de objeto.

Um ano depois, por sua vez, a oposição arregimentada no poder com a troca de governo confirmada pelo impeachment praticou idêntico movimento após a homologação das delações da denominada “Operação Lava Jato” pela Presidente do STF, Ministra Carmen Lúcia. O Presidente Michel Temer *criou* uma nova pasta, em contradição ao discurso oficial de enxugamento de Ministérios, visando a nomear Moreira Franco, altamente implicado naquela operação, para a função de Ministro de Estado. Essa condição lhe traria, em situação similar à do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foro privilegiado por prerrogativa de função. Não demorou para que essa situação ensejasse a impetração de mandado de segurança por partidos políticos como o PSOL e REDE Sustentabilidade. Neste caso, entretanto, a tutela liminar foi negada. Os argumentos adotaram a lógica de outros precedentes da Corte (embora não o anterior da decisão monocrática do

Ministro Gilmar Mendes). Segundo a decisão, não havia razões para justificar a impossibilidade de o STF dar celeridade ao caso, era questionável a capacidade ativa dos partidos políticos para interesses difusos e, por fim, não havia evidências de que o ato percia de nulidade.

O curioso é que, se adotados os princípios de direito processual, o primeiro caso – referente ao ex-Presidente Lula – pode ser interpretado como gerador de precedente. É bem verdade que o caso perdeu o objeto, uma vez que não houve a apreciação de recurso mesmo após a saída de Presidente Dilma Rousseff. Porém, pelo menos pela leitura do Código de Processo Civil vigente, trata-se de típico caso de tutela satisfativa exaurida, tal como ocorre com a tutela de urgência em caráter antecedente. Desse modo, ao menos o STF deveria explicitar as diferenças entre ambos os casos para argumentar em prol de conclusão jurídica diversa no novo caso com gritante semelhança. Havia, afinal, profunda identidade entre eles, destacando-se inclusive maior gravidade do caso Moreira Franco, em que uma pasta administrativa foi *transformada* em Ministério sem a mínima justificativa de interesse público para tanto, com base em medida provisória redigida às pressas. E, novamente, a falta de análise pelo colegiado do recurso interposto pelos partidos, novamente em função do poder de agenda, pode fazer com que o Mandado de Segurança perca o objeto.

Não é de se estranhar que a reação do ex-Presidente Lula se expressaria logo na sequência, até por uma expectativa de coerência e justiça. Após o indeferimento da liminar no caso Moreira Franco, seus advogados protocolaram um novo pedido para que o STF revise, em plenário, a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes. Certamente há, no pedido, o intuito de explicitar que os movimentos entre os poderes, em ambos os casos, não foram resultado de uma profunda análise jurídica dos fatos envolvidos, mas uma solução aparentemente arquitetada entre o STF e os atores externos conforme o arranjo político interessado do momento.

É crucial perceber que a prática seletiva da subsunção é grave, especialmente quando se está no meio de uma profunda crise política. Neste caso, não é, em si, a *sincronicidade* que possibilita a visualização do que se poderia denominar abuso constitucional. Enquanto na *sincronicidade* se tem visivelmente esse jogo entre os poderes, como uma relação de causalidade implícita, na *prática seletiva da subsunção*, o que se tem é o jogo trabalhado pelo mesmo poder tendo em vista um efeito relacional com outro poder (no exemplo apresentado, o Executivo). Ambas as situações, especialmente em um contexto de forte tensão entre os poderes, apontam para movimentações que indicam o papel do STF como peça central da

barganha política e uma instituição que, embora devesse defender a constituição, utiliza-se de sua posição – e do discurso de defensor da constituição e de detentor “última palavra” – estrategicamente para legitimar práticas entre os poderes que podem impactar negativamente o próprio constitucionalismo.

4. REPENSANDO A INTERAÇÃO DELIBERATIVA

■ É visível, a partir dos exemplos acima, que o constitucionalismo abusivo pode, sim, ser trabalhado como uma característica derivada de estratégias comportamentais dos agentes políticos e das instituições. A *sincronicidade* e a *prática seletiva da subsunção*, embora sejam apenas dois exemplos de como o abuso pode se estabelecer, são importantes fatores para o diagnóstico dessas situações. Entender o constitucionalismo abusivo, por outro lado, permite repensar a própria defesa da deliberação, hoje muito trabalhada na literatura constitucional. A pergunta, porém, é: como construir deliberação em um ambiente em que ela, se é que ela ocorre, parece apontar para estratégias de um contínuo rearranjo de forças entre os poderes e para a barganha política e, não, para a defesa do constitucionalismo propriamente?

Segundo autores que exploram o tema da deliberação entre os poderes, uma das condições de legitimidade democrática em um Tribunal Constitucional é o nível de seu “desempenho deliberativo”⁸, assumindo-se como necessário o diálogo institucional conflitivo entre membros da corte e interinstitucional entre a corte e o público externo para decisões constitucionais relevantes. A deliberação apareceria, assim, como exigência para a construção de um panorama de maior legitimação e como motor para o alcance de decisões coerentes.

Esta observação é resultado do fato de que a teoria da “última palavra sobre a Constituição”, embora muito discutida no âmbito jurídico, carece de maior sustentação teórica e prática. A ciência política ensina que, muitas vezes, o papel das cortes constitucionais é provisório, frágil e responsivo de acordo com o panorama político⁹. Portanto, na trilha do princípio da separação de poderes, a interação deliberativa seria um ganho, se utilizada adequadamente com um acréscimo ra-

8 Vide MENDES (2011). Em trabalho sobre ônus deliberativos de tribunais, Virgílio Afonso da Silva propõe desenhos institucionais complexos que permitam otimizar decisões de tribunais a fim de superar o problema das decisões com baixo nível deliberativo – prejudicando a legitimidade institucional do exercício de controle, fazendo menção direta às teses do “The Core of the Case on Judicial Review” na interação entre poderes (SILVA, 2013, p. 569-575).

9 Vide BICKEL (1975, p. 25); (1962, p. 244).

zoável de argumentos¹⁰. Mas, se esta interação se resume à mera adversariedade, a discussão enfraquece-se substancialmente e se promove o individualismo decisório, o que afeta diretamente o princípio de legitimidade da Corte.

A deliberação funcionaria, portanto, como um filtro legitimador do processo decisório. Decisões altamente contrárias a precedentes sem apontar fortes fundamentos para a alteração do entendimento da Corte tendem a ter maior dificuldade de manutenção. Nessas circunstâncias, afinal, haverá algum sujeito ou instituição que romperá com seu teor ou questionará seu procedimento até reformá-lo. Com isto, toda decisão é potencialmente democrática, na medida em que se sujeita ao foro de debates. Por mais ambíguo que isto possa parecer, levando em conta o cunho contramajoritário esperado do judiciário, ele autorreproduz o procedimento deliberativo circularmente. Há, por isso, de se enfatizar que o perfil deliberativo não significa vincular decisões judiciais ao majoritarismo político, pela obviedade de que assim se ofenderia o próprio constitucionalismo no seu papel de guardião da democracia – tensão, aliás, admitida pela democracia deliberativa. Trata-se apenas de *otimizar* o processo democrático com vistas ao valioso procedimento do debate, procurando o melhor acerto nas decisões finais. Tem-se, assim, uma proposta que amplia a complexidade sobre a velha problemática sobre qual é ou deve ser a resposta correta conforme a Constituição e a quem cabe proferi-la.

Entretanto, apesar dos aspectos altamente positivos do processo deliberativo, a realidade expõe que ele pode ser utilizado como mecanismo de barganha política. E a semente da barganha aponta para o conjunto de discussões no ambiente político com baixa integridade, transparência ou respeito ao devido processo legal. Otimizar o debate, naturalmente, atinge tanto as práticas intrainstitucionais (como as deliberações dentro da Corte) como interinstitucionais (entre os poderes). Assim, se, por um lado, pensar a deliberação encaixa-se diretamente no papel deliberativo dos tribunais, como é abordado, por exemplo, por Conrado Hübner Mendes (2011), não há como negar que, seja intrainstitucionalmente (por exemplo, por meio do expressivo poder individual dos Ministros), seja interinstitucionalmente (por exemplo, em situações de nítida *sincronicidade*), a barganha, como uma forma de deliberação desvirtuada, aparece como uma realidade.

Pensar a deliberação como característica fundamental de coerência e legitimidade decisória deve, portanto, ser reconhecido como uma característica neces-

10 Vide SILVA (2013, p. 569-575).

sária do constitucionalismo democrático. Todavia, é fundamental não perder de vista que a própria deliberação apresenta profundas fragilidades a depender do comportamento estratégico dos agentes e das instituições. É necessário, assim, reconhecer, para além de perspectivas normativas que apontam para as condições da deliberação, como as interações entre os agentes e as instituições, embora aparentemente resultado de deliberação, podem sinalizar, ao contrário, formas de subversão do constitucionalismo. A ênfase no constitucionalismo abusivo alerta, portanto, para maior compreensão desses movimentos implícitos, mas que impactam a realidade constitucional e enfraquecem a expectativa de legitimidade democrática das decisões.

E é neste contexto que ganha realce exatamente formas de justificação decisória que, embora marcadas pelas mais abrangentes teorias e metodologias, pouco ou nada justificam. Nesse contexto, em que há uma ampliação clara do uso dessas técnicas com ampla abertura argumentativa – por exemplo, o princípio da proporcionalidade como a fórmula racionalizadora da decisão¹¹-, essa situação torna-se facilitada. A abertura argumentativa, que poderia ser um positivo elemento de afirmação do constitucionalismo, acaba se tornando instrumento para a barganha política. E, nesse contexto, constrói-se a exigência de justificação maleável, que se reproduz como expressão do novo papel que a Corte Constitucional passa a assumir no contexto democrático. Se suas decisões têm de ser justificadas “racionalmente” como condição de legitimidade, é preciso, até para possibilitar esse novo papel político da corte, que sejam flexíveis o suficiente para não explicitar o que se deseja manter implícito.

A necessidade de justificação, pretensamente racional e imprescindível, acaba fazendo do intérprete um *player* que precisa encontrar a justificação para uma pretensão, seja ela qual for, conforme a palheta de opções que essas novas técnicas argumentativas favorecem – mesmo que o resultado possa parecer ilógico e inconsistente. Conrado Hübner Mendes, por exemplo, assevera que é acentuada esta tendência no direito comparado. A partir de observações Albie Sachs a respeito da corte constitucional sul-africana, afirma que: “we had moved from a culture of submission to the Law, to one of *justification and rights under the law*” (MENDES, 2012, p. 03). Com conclusão semelhante, autores como Ferejohn¹² argumentam que, dos raciocínios elaborados pelos tribunais, são esperados procedimentos deliberativos sustentáveis em termos de argumentação e que, por isso

11 Vide BENVINDO (2010, p. 329).

12 Vide FEREJOHN; PASQUINO (2002, p. 21-36).

mesmo, uma vez que as cortes constitucionais não podem ter pleno acesso ao poder político – e muito menos à discricionariedade política –, ela é *forçada* a invocar razões, mesmo que seu conteúdo não esteja adequado. Porém – e aqui está a possibilidade da visualização do constitucionalismo abusivo –, em função da necessidade de invocar razões em um contexto semântico de largas possibilidades e de crescente inconsistência decisória, está-se a um passo de se estabelecer a barganha política como prática pelo Tribunal.

Visualiza-se, assim, os riscos para a função deliberativa. Na medida em que a justificação perde em coerência e se volta para a afirmação de interesses implícitos, embora maquiada de uma pretensa racionalidade técnica, não há, efetivamente, deliberação, mas, sim, um modo de praticar o constitucionalismo abusivo. Por isso, simplesmente afirmar a importância da deliberação sem atentar para esses processos que a transformam em um argumento estratégico de barganhas diz pouco da complexidade das interações intra e interinstitucionais em sistemas complexos do constitucionalismo contemporâneo. Por isso, o papel deliberativo precisa ser destacado também em sua função perigosa, viciosa e subversiva. Se a deliberação facilita a intermediação e negociação entre poderes, também, por outro lado, acentua a capacidade de a corte ocultar interesses e fortalecer justificações insustentáveis (aqui, por exemplo, a reprodução dos dois critérios deste artigo: sincronicidade e uso seletivo da subsunção). Neste jogo, sobretudo em democracias frágeis, tem-se um evidente déficit democrático: a corte, outrora a última palavra, torna-se a primeira instituição a se desconfiar.

5. CONCLUSÃO

■ Neste trabalho, buscou-se mostrar que se faz necessário lançar o STF ao olhar vigilante e à crítica permanente. Afinal, especialmente no contexto de sua forte presença na definição de pautas nacionais fundamentais, exigir-lhe transparência argumentativa e coerência decisória é o mínimo que se espera de uma corte constitucional. Porém, como demonstrado neste artigo, o STF, exatamente nesse ambiente de maior poder e de capacidade de barganha política expandida, tem utilizado de estratégias – aqui destacadas a *sincronicidade* e a *uso seletivo da subsunção* – para fins que não condizem com o discurso que busca lhe conferir legitimidade. Neste contexto, em que o STF delibera sem, efetivamente, deliberar – ou delibera estrategicamente para um fim abusivo – tem-se, visivelmente, o seu deslocamento de “guardião da Constituição” para um *player* efetivo no jogo político, amplian-

do-se, por conseguinte, sua potencialidade para barganhas políticas por meio do uso da decisão judicial como instrumento de legitimação de tais práticas.

Como *player* da barganha política, o direito e o perfil deliberativo tornam-se secundários, embora sejam instrumentalizados para a justificação da prática política. Por isso, tem-se o abuso constitucional: usa-se o direito constitucional – e os próprios procedimentos que buscam efetivá-lo na prática – contra o próprio constitucionalismo. Ao diagnosticar essas formas de abuso, torna-se mais simples demonstrar como a corte se familiariza com os bastidores de outros poderes e reserva para si um privilégio político maior – ou, ainda, a corte sofre e negocia a violência do poder de barganha das outras casas.

É preciso, por isso, pensar um desenho institucional que restrinja, ao máximo, esta malícia institucional da corte na sua função deliberativa. Embora desenhos institucionais, por si só, não sejam condição para a mudança, eles, ao menos, impõem uma diretiva e dificultam essas práticas. Infelizmente, o desenho institucional hoje adotado no âmbito do STF tem se mostrado altamente ineficiente para, ao menos, dificultar este movimento. Um recurso constitucional processual específico para quando se vislumbrem tais casos de sincronicidade e uso deslocado da subsunção, direcionado ao Plenário, pode não ser a opção ideal, mas poderia ser um começo, por exemplo. É necessário também insistir no argumento de que devemos exigir transparência decisória de uma corte constitucional. Um mínimo de compatibilidade empírica, um mínimo de coerência dos argumentos e, sobretudo, uma efetiva deliberação devem ser os requisitos mais básicos a se exigir dos Ministros do STF, individualmente, e da Corte, como instituição.

Por fim, é preciso também repensar a deliberação. Este trabalho buscou, em alguma medida, mostrar que a teoria deliberativa precisa expandir seus horizontes e focar também no uso abusivo da própria deliberação (se assim pode ser denominada). Deliberar, afinal, pode ser também uma estratégia abusiva ao constitucionalismo. Embora este trabalho não tenha explorado mecanismos e desenhos que possam, em alguma medida, dificultar o constitucionalismo abusivo pelas cortes, sua mínima pretensão foi alertar que é preciso reconhecer e explorar, com a cautela e o rigor exigidos, os comportamentos dos Ministros, como indivíduos dotados de enorme poder, e a Corte, como instituição que ganhou espaço na definição de pautas nacionais de ampla repercussão política e desacordo moral – e, por conseguinte, como *player* político. Reconhecer a relevância desses comportamentos para a pesquisa constitucional e estabelecer, a partir de

sua leitura, a crítica é uma atividade que a doutrina constitucional brasileira precisa urgentemente avançar.

RAFAEL ESTORILIO · Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

JULIANO ZAIDEN Benvindo · Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília. Bolsista de Produtividade 2 do CNPq. Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília. Doutor em Direito Público pela Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. O Supremo Individual: Mecanismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 121-155, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden., *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010.

BICKEL, Alexander. *The morality of Consent*. New Heaven: Yale University Press, 1975.

_____, *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill, 1962.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3937/SP*. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília: 06 jun 2008a.

_____. *Reclamação Constitucional n° 3014/SP*. Tribunal Pleno. Divulgação 20/05/2010. Publicação 21/05/2010. Relator Ministro Ayres Brito. Reclamante Município de Indaiatuba, reclamado Relator em Mandado de Segurança TRT 15. Diário de Justiça Eletrônico 091, v. 24, n. 202, Brasília, DF, , p. 240-372, 2010.

_____. *Reclamação Constitucional n° 4906/PA*. Tribunal Pleno. Divulgação 10/04/2008. Publicação 11/04/2008. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Reclamante José Sarmento, reclamado Juiz de Direito da 14 Vara Cível da Comarca de Belém. Diário de Justiça Eletrônico 065, v. 30, n. 353, Brasília, DF, p.171-194, 2008b.

COSTA, Alexandre Araújo.; BENVINDO, Juliano Zaiden. A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constsitutionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. *Social Science Research Network (SSRN)*, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2509541>

DURAN-FERREIRA, Camila. O STF e a Construção Institucional das Autoridades Reguladoras do Sistema Financeiro: Um estudo de Caso das ADINS. *Revista Direito GV*. São Paulo, p 67-94, 2009

FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P. III Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FEREJOHN, John. Conclusion: The Citizens' Assembly Model. In WARREN, Mark, Pearse Hilary. *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens Assembly*. New York: Cambridge University Press. 2008.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as deliberative institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice. In: SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Justice, East and West*, p. 21-36. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

JUNG, Carl Gustav. *Sincronicidade*. São Paulo: Vozes, 2000.

LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis Law Review*, v. 47, n. 189, p. 189-260, 2013.

LEVITSKY, S.; HELMKE, G. (EDS.). *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. Texto em prelo apresentado no Colóquio de Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. 2012.

_____. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. O Supremo Individual: Mecanismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 121-155, 2015.

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