

O BRASIL RUMO À SUPREMOCRACIA?

Júlio Cezar Bittencourt Silva¹

RESUMO: O presente ensaio questiona se o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no contexto institucional brasileiro limita-se ao de “Guardião da Constituição”, como tradicionalmente se alude. Nesse sentido, propõe-se verificar se as competências que foram outorgadas à Corte pela Constituição da República de 1988 limitam-se à guardiana constitucional, ou se vão para além disso, permitindo afirmar que este é um autêntico *player* político no desenho institucional brasileiro. Para tanto, lança-se mão da classificação de pureza de competências das Cortes Constitucionais, proposta pelo autor espanhol Víctor Ferreres Comella, do pioneiro ensaio do autor Oscar Vilhena Vieira - a quem pode ser atribuído o neologismo Supremocracia -, e perpassando-se pela análise do nível de deferência do Tribunal em relação às decisões do Parlamento, enfoca-se a questão sob o prisma da teoria dos *veto players*. Em conclusão, percebe-se que os papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal, passam ao largo da mera guardiana constitucional, de sorte que a Corte desempenha, efetivamente, um papel político para além desse que lhe é tradicionalmente atribuído. Papel que, ademais, também extrapola o de mero legislador negativo (*veto player*), revelando-se papéis tipicamente políticos como o de *agenda setter* e *policymaker* no cotidiano da atuação do Tribunal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Guardiana constitucional; Teoria dos Atores com Poder de Veto; Deferência com o Parlamento; Supremocracia.

Abstract: This essay questions if the role played by the Supreme Court in the Brazilian institutional context is limited to the “Guardian of the Constitution”, as traditionally referred. Thus, it aims to verify whether the powers that were granted to the Court by the Constitution of the Republic of 1988 are limited to constitutional guardianship, or go beyond it, allowing us to conclude that the Court is a real political player in the Brazilian institutional design. Therefore, using the classification of the purity power level of the Constitutional Courts, proposed by the Spanish author Víctor Ferreres Comella, the pioneering essay by Oscar Vilhena Vieira author - who can be assigned Supremocracy neologism -, and making an analysis of the level of deference of the Court in relation to the decisions of Parliament, focuses on the question from the perspective of the theory of veto players. In conclusion, it is perceived that the roles played by the Supreme Court, pass off mere constitutional guardianship, so that the Court plays effectively a political role beyond that which it is traditionally assigned. Role that, moreover, also goes beyond the mere negative legislator (*veto player*), revealing typically political roles as the agenda setter and policymaker in the Court's activities.

Keywords: Brazilian Supreme Court; Constitutional Guardianship; Veto Player Theory; Deference to Parliament; Supremocracy.

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Faculdade CNEC de Campo Largo. Advogado da Fundação Araucária de Apoio à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico do Paraná. Cursa Doutorado em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

1. Argumento:

1.1. O Supremo Tribunal Federal é tradicionalmente encarado como o “Guardião da Constituição” no arranjo político institucional brasileiro. Tal abordagem, todavia, deixa de lado o relevante papel político que é desempenhado pelo Tribunal, mormente quando este exerce seus poderes em casos não voltados, precipuamente, ao controle de constitucionalidade. Sendo assim, mais do que o papel de guardiania da Constituição, os demais papéis albergados à Corte Constitucional são relevantes para a análise da dinâmica de sua atuação no cenário político brasileiro. Vale dizer, para além da abordagem tradicional de um ator com poder de veto (*veto player*), no caso de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, desempenha funções de propositura de pautas políticas (*agenda setter*), ou mesmo, de formulador de políticas públicas (*policymaker*) e, gradativamente, tais funções adquirem maior vulto no cenário político brasileiro.

1.2. Desta feita, o presente trabalho buscará analisar alguns dos papéis *atípicos* desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal no contexto político brasileiro, enfocando a importância adquirida por estes, a despeito de serem pouco explorados, bem como a adequação, necessidade e cabimento do desempenho de tais papéis pelo Pretório Excelso.

1.3 Em razão disso, o presente ensaio fará uma abordagem institucional dos poderes desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal no contexto atual, indagando sobre a sua pertinência para a democracia brasileira.

2. Um breve panorama

2.1. O Supremo Tribunal Federal é tradicionalmente encarado como o “Guardião da Constituição” no arranjo institucional brasileiro. Em decorrência disso, diz-se que possui a prerrogativa da última palavra em matéria constitucional, de sorte que sua decisão ditará o entendimento sobre se uma dada restrição a direito é legítima ou ilegítima no direito brasileiro. Tanto é que vem de Rui Barbosa frase lapidar sobre esse papel desempenhado pelo STF, quando mencionou que caberia à Corte *o direito de errar por último*, frase esta que é repetida inúmeras vezes em julgados do STF.

Ocorre que esta abordagem acaba por se revelar minimalista, porquanto o Supremo Tribunal Federal possui competências que vão muito além do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal tem a si atribuído, no contexto político brasileiro, papéis que tipicamente são exercidos pelos outros Poderes da República, o que levou Oscar Vilhena VIEIRA a cunhar a expressão utilizada no título deste trabalho, *Supremocracia*², dado o engrandecimento dos papéis institucionais conferidos à Corte no arranjo democrático brasileiro da atualidade.

2.2. Víctor Ferreres COMELLA elaborou um estudo comparativo entre os modelos de controle de constitucionalidade vigentes na Europa e nos Estados Unidos, onde se adverte que o contexto europeu do controle de constitucionalidade das leis é, em geral, distinto daquele norte-americano, afinal, na Europa os Tribunais Constitucionais possuem destaque na garantia da supremacia da Constituição, vez que naquele continente preferiu-se entregar o controle de constitucionalidade a uma Corte especial, o que a associa a um modelo concentrado, quando os EUA, em contrapartida, adota-se o modelo difuso, afirmado desde 1803 no caso *Marbury vs. Madison*³. Na obra, o autor investiga a razão pela qual existe essa distinção entre os sistemas, buscando explicar, em síntese os motivos pelos quais na Europa, a maioria dos países não adotou o entendimento lastreado no caso *Marbury vs. Madison*, estabelecendo juízos especiais encarregados do controle de constitucionalidade.

Nessa obra, ainda, o autor descreve com minúcias as diferenças existentes entre ambos os modelos, bem como demonstra que dentro do próprio modelo europeu são encontradas disparidades entre os sistemas adotados em cada país. Desta feita, faz menção a um *nível de pureza* existente nas competências das Cortes Constitucionais europeias, onde existiria pureza alta nas Cortes que possuísem competência unicamente para exercer o controle de constitucionalidade⁴, e pureza baixa naquelas Cortes Constitucionais que ostentassem competências diversas⁵.

2.3. Diante dessa discussão, faz-se mister analisar o conjunto de competências ostentadas pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de averiguar o *nível de pureza* de sua atuação, as quais constam do artigo 102, da Constituição da República⁶.

² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.

³ COMELLA, Víctor Ferreres. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 20.

⁴ O autor menciona Bélgica e Luxemburgo como países onde a Corte Constitucional possui elevado nível de pureza. Em contrapartida, Alemanha, Áustria e Espanha são mencionados como países onde este nível de pureza é tão baixo que “seria incorreto afirmar que seu cometido primordial é o controle de constitucionalidade”. *Idem*, p. 31.

⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁶ **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;
- II - julgar, em recurso ordinário:
- a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

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

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

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

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

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Analisandoas, *prima facie*, já é de se notar que, acaso se leve em conta somente o disposto no artigo citado, o nível de pureza das competências outorgadas ao Supremo Tribunal Federal na Constituição da República não é dos mais elevados.

Todavia, no cotidiano do STF poderia ser que se verificasse, a despeito de a Corte possuir inúmeras competências além da guarda da Constituição, que esta atuasse primordialmente nesse mister, relegando a um segundo plano as demais competências que lhe são outorgadas⁷, caso em que o Pretório Excelso exerce papel típico de ator com poder de veto (*veto player*).

Ocorre que, entretanto, o cotidiano da atuação do Supremo Tribunal Federal revela que, de fato, a função de guarda da Constituição não é a que vem encontrando maior relevância no contexto político brasileiro, de modo que, no mais das vezes, acaba relegada a um segundo plano, mormente em face dos julgamentos relevantes conduzidos perante o STF cujas matérias abordadas passam ao largo da guardiana constitucional, para trazer reflexos nas diversas esferas políticas da nação, de sorte que o Tribunal acaba desempenhando, além do papel de *veto player*, também o de proponente de pautas políticas (*agenda setter*), ou mesmo o papel de articulador de políticas públicas (*policymaker*).

2.4. Com base nisso, busca-se averiguar a abrangência do papel de *player* político que possui o Supremo Tribunal Federal no arranjo institucional brasileiro, analisando-se, ainda que de modo perfunctório, como a Corte exerce os demais papéis de *agenda setter*, ou de *policymaker*, a despeito do consagrado papel de *veto player*, e também, o quão relevante se demonstra a atuação da Corte quando esta não atua como *veto player*, mas sim, desempenhando seus outros papéis, e o empoderamento da Corte que isso acarreta.

3. O Supremo Tribunal Federal como *veto player*

3.1. O papel de *veto player* é o que mais tradicionalmente se afirma como outorgado ao Supremo Tribunal Federal, mormente quando este atua na guardiana dos valores constitucionais, tal como se faz menção no *caput* do artigo 102, da Constituição da República, que afirma competir-lhe, “precipuamente, a guarda da Constituição”.

Quando atua como *veto player*, o Supremo Tribunal Federal deve ser encarado como um ator político que, nos termos delineados por Georg TSEBELIS, deve aquiescer com

⁷ A título comparativo, as Cortes Constitucionais de Bélgica e Luxemburgo possuem competência para unicamente julgar a constitucionalidade de leis e decretos, o que lhes confere um nível elevado de pureza, segundo a escala de Víctor Ferreres COMELLA.

determinada propositura de mudança normativa para que esta, de fato, seja implementada. Ou, como menciona o autor, um *veto player* é aquele ator político “cujo acordo é necessário para uma mudança do *status quo*”⁸.

Sendo assim, no processo político, a opinião do Supremo Tribunal Federal há que ser levada em conta no momento da proposição de mudanças no *status quo*, haja vista tratar-se a Corte de uma instituição que tem o poder de negar a alteração intentada, justificando que esta infringe algum dos valores constitucionais. Por *status quo*, no caso, entenda-se qualquer mudança legislativa ocorrida no país, bem como política pública proposta pelos demais Poderes.

De fato, este é o papel típico outorgado às Cortes Constitucionais, a quem compete, por excelência, como ressalta Jorge Reis NOVAIS, decidir sobre a legitimidade de alguma medida tomada pelos Poderes Públicos quando estes, de alguma maneira, “pretendem limitar, restringir ou intervir restritivamente num direito fundamental”⁹. Ou seja, está-se diante do papel tão largamente disseminado de “Guardião da Constituição”, ou noutros termos, de legislador negativo, ou *veto player*.

Ao atuar como um *veto player*, o Supremo Tribunal Federal toma decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, onde declara ilegítima uma propositura de mudança do *status quo*, determinando-se a supressão de seus efeitos do ordenamento jurídico (declaração com efeitos *ex tunc*) ou a acata como constitucional, havendo, ainda, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Isso se dá tanto em face de atos emanados pelo poder central (União), quanto em face de atos editados pelos estados membros e o Distrito Federal.

3.2. Em trabalho recente, Fabrício Ricardo de Limas TOMIO e Ilton Norberto ROBL FILHO analisaram 4.751 Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal entre 1988 e agosto de 2012, onde descrevem que o papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento de tais atos, modifica-se caso a Corte esteja julgando leis ou atos normativos estaduais ou se os atos cuja constitucionalidade seja impugnada advenham da União. Tanto é que expõem uma das conclusões a que chegaram: “no conjunto do período

⁸ TSEBELIS, Georg. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 41.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 139.

(1988-2012) há uma probabilidade quase cinco vezes maior de uma ADI alterar uma decisão legislativa estadual quando comparada à legislação federal judicializada”¹⁰.

Tal conclusão é ilustrativa da deferência que o Supremo Tribunal Federal possui em relação ao poder central, em especial às maiorias legislativas construídas pelos diversos governos federais que existiram no período, de modo que as alterações eventualmente procedidas no *status quo* federal ganham, no mais das vezes, a aquiescência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Essa deferência, todavia, não retira do Supremo Tribunal Federal o protagonismo do processo político e/ou jurídico brasileiro, como se percebe no cotidiano da nação¹¹. Tal fato encontra explicação na já mencionada obra de Víctor Ferreres COMELLA que detectou que quanto maior for a competência revisional das decisões ordinárias pela Corte Constitucional, maior será o seu nível de deferência com o Parlamento¹².

Noutras palavras, quanto mais *puras* forem as competências da Corte Constitucional, menor será a sua deferência, enquanto que, quanto menor for este nível de *pureza*, maior será a deferência para/com o Parlamento, tendo em vista que o Tribunal terá outras frentes de trabalho, podendo relegar a um segundo plano o seu papel de *veto player*.

3.3. Uma democracia constitui-se, na expressão de Robert Alan DAHL, de “processos através dos quais cidadãos comuns exercem um grau relativamente alto de controle sobre líderes”¹³. Nesse sentido, há que se encarar o controle de constitucionalidade como um dado procedimental existente no arranjo institucional brasileiro, cuja vontade é preponderante para o processo democrático, dada a feição de *veto player* que a atuação do Supremo Tribunal Federal pode assumir. Nessa senda, portanto, para além de uma instituição jurídica, o controle de constitucionalidade se revela uma instituição política, sendo essencial para o deslinde do debate democrático e político.

Revela-se pertinente, nessa toada, a observação de John STUART MILL, para quem

¹⁰ TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical legal research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. In.: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (coords.). *Direito e experiências jurídicas: debates práticos*. Vol. 2. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 112.

¹¹ Algo ilustrativo disso é o *status* adquirido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na mídia, assemelhando-se a autênticas estrelas do mundo cultural.

¹² COMELLA, Víctor Ferreres. *Op. cit.*, p. 136.

¹³ DAHL, Robert Alan. *Um prefácio à teoria democrática*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989, p. 11.

political institutions (however the proposition may be at times ignored) are the work of men; owe their origin and their whole existence to human will. Men did not wake on a summer morning and find them sprung up. Neither do they resemble trees, which, once planted, "are aye growing" while men "are sleeping." In every stage of their existence they are made what they are by human voluntary agency¹⁴.

Assim, de se ver que é do intento dos homens (*the work of men*) que nascerá um regime mais democratizado ou não. É também da vontade humana cooperada que advirão os regramentos deste regime, ou como asseverado por Bolívar LAMOUNIER, "as idéias e as opiniões não 'nascem' espontaneamente no cérebro de cada indivíduo: tiveram um centro de formação, de irradiação, de difusão, de persuasão, um grupo de homens ou inclusive uma individualidade que as elaborou e apresentou sob a forma política de atualidade"¹⁵.

Não se pode afirmar que instituições políticas evoluam, elas apenas são modificadas, geralmente com o objetivo de se maximizarem os ganhos das partes envolvidas¹⁶. Neste ponto, é interessante ressaltar a análise feita por Georg TSEBELIS. Tal autor afirma que as instituições de uma sociedade impõem coerções aos atores políticos e, de outro turno, definem o modo como estes agirão, vez que "as instituições predominantes (as regras do jogo) determinam o comportamento dos atores, os quais, por sua vez, produzem resultados políticos ou sociais"¹⁷.

Igualmente relevante é o estudo de Robert Alan DAHL, para quem a democracia somente será mantida na medida em que se aumente "o número de indivíduos, grupos e interesses cujas preferências devem ser levadas em consideração nas decisões políticas"¹⁸.

Afinal, tal qual lembrado por Fernando LIMONGI no prefácio da versão brasileira da obra *Poliarquia*, de Robert Alan DAHL,

¹⁴ STUART MILL, John. *Considerations on representative government*. Londres: Longmans, Green, and co., 1865, p. 2. Disponível em: <<<http://bit.ly/gCJY7M>>>, acesso em 01/12/2014. Trad.: "".

¹⁵ LAMOUNIER, Bolívar. Representação política: a exigência de certos formalismos. In: LAMOUNIER, Bolívar; WEFFORT, Francisco Carlos; BENEVIDES, Maria Victoria. *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: TAQ, 1981, p. 234.

¹⁶ TSEBELIS, George. *Jogos Ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edusp, 1998, p. 17.

¹⁷ *Idem*, p. 51.

¹⁸ DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. Trad. Celso Mauro Paciornik, 1 ed., 2 reimpr. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 36.

a democracia é fruto de um cálculo de custos e benefícios feito por atores políticos em conflito. O ponto de partida desta afirmação é a premissa de que todo e qualquer grupo político prefere reprimir a tolerar seus adversários. A questão está em saber se tem forças para tanto, se é vantajoso fazê-lo. A oposição será tolerada pela situação quando para esta última for menos custoso fazê-lo do que aceitar o risco de perder o poder para a primeira em eleições livres. Da mesma forma, a oposição aceita participar do jogo eleitoral quando esta opção lhe for menos custosa do que a conquista do poder por meios revolucionários¹⁹.

Assim, a possibilidade de existência da democracia cresce na medida em que são aumentados os eventuais custos²⁰ (políticos, financeiros, morais, etc.) que seriam despendidos em uma eventual eliminação da oposição ao governo²¹.

Nesse quesito, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, de garantia da estabilidade política da nação, demonstra-o como sendo muito mais do que um *veto player*, mas também um agente de manutenção do *status quo* no *front* jurídico, cuja missão é a de frear intuítos de subversão da ordem constituída, sejam eles advindos de maiorias que porventura se revelem tirânicas, sejam decorrentes de minorias golpistas.

3.4. Para além da dimensão procedimental acima delineada, Robert Alan DAHL assevera que uma das características-chave da democracia “é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”²². Por responsividade, no caso, deve-se entender a capacidade do governo de atender às demandas de sua população.

No que concerne à responsividade, é de se ver que não se a considera como tarefa do Poder Judiciário, ao menos com a propositura de políticas públicas e de debates políticos sobre questões atinentes à sociedade. Em verdade, a responsividade atribuída ao Poder

¹⁹ LIMONGI, Fernando. Prefácio. In.: DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. Op. cit., p. 21.

²⁰ Há inúmeros exemplos na história aptos a ilustrar tal assertiva, entre eles citam-se os do Chile e do Brasil, onde as ditaduras militares foram instauradas em face dos elevados custos que teriam de ser despendidos pelas oligarquias para a contestação e tolerância dos governos constitucionalmente eleitos e que previam políticas mais progressistas, diante dos menores custos de um golpe militar e re-instauração da ordem conservadora.

²¹ Com base nisso, Robert Alan DAHL formula três axiomas: “1. A probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta com a diminuição dos custos esperados de tolerância. 2. A probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta na medida em que crescem os custos de sua eliminação. 3. Quanto mais os custos da supressão excederem os custos da tolerância, tanto maior a possibilidade de um regime competitivo”. DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: Participação e oposição*. Op. cit., p. 36 e 37.

²² DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: Participação e oposição*. Op. cit., p. 25.

Judiciário diz mais respeito ao serviço público jurisdicional que presta, que deve ser entregue de modo a satisfazer o direito material.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, a despeito de se ver obrigado a prestar um serviço público adequado aos jurisdicionados, dada a miríade de competências que lhe foram fixadas, também possui a função de aferir a legitimidade das políticas públicas tocadas pelo governo. Daí a relevância da abordagem da Corte como um *veto player*.

Mas no contexto atual brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem tomado decisões que ultrapassam esta feição de *veto player*, adentrando, seja por culpa dos demais Poderes, seja *sponte propria*, em esferas que tipicamente seriam privativas das demais esferas de Poder, ora propondo políticas públicas, ora levando a efeito debates que deveriam, primordialmente, perpassar pelo Parlamento, mas que são por este deixados de lado, mesmo que se tratem de pautas políticas pulsantes no seio da sociedade.

4. O Supremo Tribunal Federal como *agenda setter* e *policymaker* - rumo à Supremocracia?

4.1. Quando o Supremo Tribunal Federal atua como *veto player*, impedindo determinada alteração no *status quo* advinda do Parlamento, acaba por suprimir a vontade da maioria parlamentar, por considerar que a decisão por esta tomada aviltará valores constitucionais.

Com efeito, ao atuar nesse mister, o Supremo Tribunal Federal desempenha, precisamente, aquele papel que lhe foi assegurado quando da instituição do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, datada de 1964, funcionando enquanto autêntico legislador negativo.

Quando da instituição do controle concentrado de constitucionalidade, bem como quando da promulgação da Constituição da República de 1988, o papel primordial que se visava outorgar à Corte era justamente esse, de um *veto player*.

4.2. Mas um regime democrático é inerentemente dinâmico e, com a promulgação da Carta de 1988, e a reinauguração da democracia no Brasil, o Supremo Tribunal Federal passou a engrandecer seu patamar de atuação, empoderando-se, para além da função jurisdicional que lhe compete, desempenhando, de fato, poder político no cenário brasileiro. Noutras palavras, houve um processo de alargamento da competência institucional do Supremo Tribunal Federal.

Tal fato deve-se, por um lado, à inércia do Poder Legislativo e do governo em dar vazão a debates pulsantes da sociedade e, por outro lado, também demonstra que o Supremo Tribunal Federal compreende a si mesmo como uma instância com competências maiores do que as originalmente delineadas na Constituição da República. Veja-se.

Inúmeros debates sobre questões morais pulsantes na sociedade brasileira foram travados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal quando, na verdade, deveriam ser debatidas primeiramente perante o Parlamento. Constitucionalistas brasileiros têm deitado análise sobre esse fenômeno, dando especial destaque a duas assentadas havidas no plenário da Corte. Uma delas diz respeito ao aborto de fetos anencéfalos²³, onde se firmou entendimento sobre a possibilidade de interrupção da gestação de fetos portadores de anencefalia sem que se criminalizasse tal conduta. Outra trata do direito de greve no serviço público, matéria constitucional que demanda regulamentação legislativa específica, por ordem do disposto no artigo 37, VII, da Constituição Federal, cuja disciplina pelo Parlamento até hoje não se deu. Nessa matéria, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Mandado de Injunção, entendeu pela aplicabilidade da Lei de Greve (Lei 7.783/1989) na iniciativa privada às greves ocorridas no serviço público, até que haja regulamentação específica por Lei editada pelo Parlamento²⁴.

Há que se frisar que, em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal não atuou como um autêntico *veto player* ou legislador negativo, porquanto no primeiro caso mencionado, discutia-se a constitucionalidade de uma interpretação dada ao Código Penal brasileiro e, no segundo, a ausência de uma Lei demandada pela Constituição Federal. Ou seja, em nenhum desses dois casos citados o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de uma Lei.

Mas em ambos os casos há algo em comum: a questão debatida nos autos tratava de pauta sensível à sociedade, seja moral ou politicamente. Casos em que, ademais, a inação do Parlamento em travar tais debates, deu ocasião à ação do Supremo Tribunal Federal.

Tratam-se os dois casos, em essência, de alterações no *status quo* promovidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que exarou seu entendimento sobre as respectivas matérias tratadas nos autos sem que houvesse o precedente debate parlamentar acerca destas. E aqui se antevê essa nova conformação institucional que o Supremo Tribunal

²³ Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, julgada em 12 de abril de 2012.

²⁴ Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, julgados em 25 de outubro de 2007.

Federal tem se conferido, atuando ora como *agenda setter*, ora como *policymaker*, em substituição aos demais Poderes constituídos para tanto.

4.3. Detectando esses novos rumos na atuação do Supremo Tribunal Federal, Oscar Vilhena VIEIRA escreveu o trabalho cujo instigante título inspirou o presente ensaio, qual seja, *Supremocracia*, onde aborda aspectos históricos e atuais da Corte, discorrendo sobre diversas pautas políticas, morais e jurídicas discutidas perante o Supremo Tribunal Federal, e a tentativa de qualificação dos debates institucionais da Corte²⁵, algo que, ademais denota o engrandecimento do poder que lhe foi atribuído, a ponto de o autor mencionar que “em resumo, tudo no Brasil parece exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal”²⁶.

O autor, ao avaliar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, não perquire acerca do mérito destas, mas sim, objetiva verificar a posição ocupada pela Corte no sistema político brasileiro. Nesse sentido, conclui que

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 colocadas²⁷.

Todavia, tal engrandecimento do poder do Supremo Tribunal Federal vem dissimulado em discursos que buscam enfatizar a responsabilidade conferida à Corte como guardião do texto constitucional, quando, em verdade, tratam justamente de outros papéis por ela desempenhados.

Acerca disso, Conrado Hübner MENDES esclarece que “a defesa do tribunal como última palavra geralmente vem acompanhada de alguns elementos decorativos. Fala-se menos em supremacia do tribunal. Prefere-se valorizar a supremacia da constituição”²⁸. Para o autor, inclusive, esse discurso de supremacia constitucional pelo STF (que pretensamente legitima sua interferência em debates a si não reservados) representa um problema adicional,

²⁵ Para ilustrar tal tentativa o autor descreve o debate travado sobre a questão da pesquisa com células tronco, no bojo da ação que questionava dispositivos da Lei de Biossegurança. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Op. cit., p. 452 e seguintes.

²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Op. cit., p. 451.

²⁷ *Idem*, p. 457.

²⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

dada a rejeição da participação parlamentar na formação do significado constitucional, o que, ademais, exime o Parlamento de sua responsabilidade²⁹.

4.4. Nesse particular é interessante ilustrar a qualidade da decisão tomada pelo Parlamento, mesmo que por uma minoria estreita, quando mais numa democracia bem estruturada, o que se faz lançando-se mão do seguinte excerto da obra de Robert Alan DAHL, onde este, partindo de uma demonstração feita por Marquês de Condorcet, afirma que “se a probabilidade de que a maioria esteja certa for maior quanto maior ela for, então quanto menor for a minoria, menor será a probabilidade de que *ela* esteja certa”³⁰. Isso porque, segue o autor, “uma regra que exige uma supermaioria necessariamente significa que a minoria pode bloquear a minoria. Mas quanto maior for a supermaioria exigida pela regra, menor é a minoria que seria suficiente para vetar e, assim, impor a *sua* decisão. Porém, quanto menor a minoria, maior será a probabilidade de que ela esteja errada”³¹.

Ademais, há que se ter claro, em relação aos regimes democráticos, que a regra da maioria constitui-se em algo relevante para que o regime possa cumprir sua finalidade de ser responsivo às demandas dos cidadãos. Desse modo, é ilustrativo o seguinte argumento de Robert Alan DAHL: “se os membros de uma associação necessitam de decisões coletivas para atingir seus fins e os limites de uma unidade democrática são dados como certos, o domínio da maioria é necessário para a máxima determinação”³².

4.5. Dentro dessa temática, cumpre indagar sobre se é salutar às instituições democráticas brasileiras o engrandecimento dos poderes do Supremo Tribunal Federal, marcadamente com sua passagem de um tradicional *veto player* para um *agenda setter*, bem como um *policymaker*.

E, nessa toada, há que se ter presente a noção de que a democracia, como regime político, perpassa pela responsividade do governo às demandas legítimas de seus cidadãos, assim considerados em toda a amplitude deste termo.

Mas qual o dever de responsividade que possui o Supremo Tribunal Federal?

Não se duvida que a Corte esteja munida de boas intenções ao pretender trazer à pauta política temas morais ou políticos relevantes e pulsantes. Não se duvida, ademais, que a propositura de políticas públicas pelo Tribunal seja obra de Magistrados que pensam e refletem ideais democráticos para o Brasil.

²⁹ Idem, *ibidem*.

³⁰ DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 223.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Idem, p. 217.

Entretanto, ao assim atuarem, no mais das vezes, incidem em misteres que não foram estabelecidos dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, instituição que, ademais, não possui dever de responsividade política, até porque não está inserida em disputa política eleitoral.

Neste sentido, mostra-se correta a afirmação de Adam PRZEWORSKY de que uma “democracia madura exige instituições eleitorais que sejam representativas, instituições estatais responsivas à democracia e mecanismos de alocação de recursos que obedeçam ao processo democrático”³³. E o Supremo Tribunal Federal não é a instituição estruturada para pensar e dar vazão a estes problemas. Ao reverso, é instituição pensada para exercer função jurisdicional e de controle de constitucionalidade.

Ainda, os debates políticos que envolvem a implementação de políticas públicas, ou mesmo os que tratam de questões morais da sociedade são mais adequadamente conduzidos perante as instituições que têm, constitucionalmente fixado tal dever de responsividade, dada a sua composição pelo voto da cidadania.

Em suma, não se trata o Supremo Tribunal Federal de uma arena política delineada para o debate amplo e democrático, e isso mesmo com todos os esforços de abertura da Corte às partes interessadas nos processos relevantes (como com a adoção de audiências públicas, e a ampliação do instituto do *amicus curiae*), porquanto o esquema do processo jurisdicional não é o meio constitucionalmente e faticamente adequado para travar os debates que devem ter lugar no Parlamento ou no âmbito governamental. Até porque o Supremo Tribunal Federal não arca com os custos políticos e morais de tais decisões que implementam políticas públicas, ou que tentam por termo a debates morais da sociedade.

De toda sorte, o fato é que se delineia um quadro institucional cambiante no Brasil, com um engrandecimento de competências políticas do Supremo Tribunal Federal, e uma inação dos demais Poderes em face disso, razão pela qual, a expressão de Oscar Vilhena VIEIRA, da *Supremocracia*, mostra-se consentânea com o que se detecta no arranjo institucional deste país.

5. Conclusões:

³³ PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 134.

5.1. O Supremo Tribunal Federal relega a um segundo plano o seu papel de *veto player*, algo que se dá, no mais das vezes, em virtude das inúmeras outras competências que possui, para além da guardiania constitucional.

5.2. Ademais, a Corte possui um elevado nível de deferência com o Parlamento, quando em análise a constitucionalidade de alterações propostas pelo Parlamento federal no *status quo*, algo encorajado, também, pelo fato de ostentar diversas competências diversas do controle de constitucionalidade, o que lhe possibilita estar, no mais das vezes, diante dos holofotes nos debates públicos.

5.3. Se faz relevante o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal como um *veto player*, ou legislador negativo, haja vista que tal reconhecimento traz consigo implícita a noção de que o papel desempenhado pela Corte é, em essência, político.

5.4. A despeito do papel de *veto player*, o Supremo Tribunal Federal assume outros papéis tipicamente políticos, embora estes últimos não lhe sejam tão afeitos, desempenhando papéis de *agenda setter* e/ou *policymaker*, tanto ao propor debates sobre temas sensíveis da sociedade, sem que esses tenham sido discutidos pelo Parlamento, como quando implementa políticas à revelia do Parlamento e dos governos.

5.5. Tal atuação, todavia, não se revela a mais adequada à democracia brasileira, porquanto, para além de não se socorrer de constitucionalidade, ainda faz com que os demais Poderes se eximam de suas funções e responsabilidades, e bem assim, acarreta que o Supremo Tribunal Federal tome decisões políticas sem possuir o correlato dever de responsividade, tipicamente outorgado aos governos numa democracia, e sujeito ao controle político eleitoral periódico.

Referências bibliográficas

COMELLA, Víctor Ferreres. Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 20.

DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 223.

_____. *Poliarquia: participação e oposição*. Trad. Celso Mauro Paciornik, 1 ed., 2 reimpr. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 36.

_____. *Um prefácio à teoria democrática*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989, p. 11.

LAMOUNIER, Bolivar. Representação política: a exigência de certos formalismos. *In: _____*; WEFFORT, Francisco Carlos; BENEVIDES, Maria Victoria. *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: TAQ, 1981, p. 234.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 139.

PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 134.

STUART MILL, John. *Considerations on representative government*. Londres: Longmans, Green, and co., 1865, p. 2. Disponível em: <<<http://bit.ly/gCJY7M>>>, acesso em 01/12/2014.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical legal research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade no STF. *In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (coords.). Direito e experiências jurídicas: debates práticos*. Vol. 2. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 112.

TSEBELIS, Georg. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 41.

_____. *Jogos Ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edusp, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.