

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

IGOR IRANI MERIT BERNARDO DOS SANTOS

**A REDE VAI AO SUPREMO: ESTUDO DA ADPF Nº 913 À LUZ DA OTIMIZAÇÃO
DOS RISCOS POLÍTICOS**

Florianópolis

2022

IGOR IRANI MERIT BERNARDO DOS SANTOS

**A REDE VAI AO SUPREMO: ESTUDO DA ADPF Nº 913 À LUZ DA OTIMIZAÇÃO
DOS RISCOS POLÍTICOS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação
submetido ao Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira.
Coorientador: Me. Isaac Kofi Medeiros.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Santos, Igor Irani Merit Bernardo dos

A Rede vai ao Supremo : estudo da ADPF nº 913 à luz da
otimização dos riscos políticos / Igor Irani Merit Bernardo
dos Santos ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira,
coorientador, Isaac Kofi Medeiros, 2022.

87 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito constitucional. 3. Controle de
constitucionalidade. 4. Ativismo judicial. 5.
Judicialização da política. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de
. II. Medeiros, Isaac Kofi. III. Universidade Federal de
Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Igor Irani Merit Bernardo dos Santos

A Rede vai ao Supremo: Estudo da ADPF nº 913 à luz da otimização dos riscos políticos

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 10 de junho de 2022.

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Professor Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.
Orientador

Isaac Kofi Medeiros, Me.
Coorientador

Luiz Eduardo Lapolli Conti, Me.
Avaliador

Suellen Patrícia Moura, Me.
Avaliadora

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Rosangela e Irani, exemplos constantes de honestidade e caráter.

AGRADECIMENTOS

Esta monografia encerra a fase mais recompensadora da minha vida até aqui. A conquista da graduação em uma universidade pública, gratuita e de qualidade muito me orgulha, e somente foi possível graças ao apoio incondicional daqueles me cercaram de amor.

Agradeço aos meus pais, Rosangela e Irani, grandes exemplos de resiliência, paciência, honestidade, caráter e ética de trabalho. Serei eternamente grato a tudo que vocês sacrificaram para que eu chegasse até aqui. Palavras sequer chegam perto de alcançar o tamanho da minha gratidão, mas basta dizer que meu objetivo na vida é poder sempre retribuir todo o amor, apoio, carinho e suporte que vocês me deram. A vocês, meu eterno muito obrigado.

Ao Jacob, seu amor é a pedra que me segura à realidade. Sua generosidade me inspira, me anima, me torna uma pessoa que eu amo ser. Obrigado por entrar na minha vida.

Agradeço meu orientador, Professor Cláudio Ladeira de Oliveira, por todos esses anos de confiança e ensinamentos. É uma felicidade ter pessoa tão crítica e competente lecionando nos corredores do CCJ, em especial nesses tempos estranhos. Igualmente, agradeço ao meu coorientador, Isaac Kofi Medeiros, pelas críticas construtivas, sejam acadêmicas ou profissionais. Também, muito obrigado Vanessa Brand, grande amiga e acadêmica que muito contribuiu a este trabalho.

Obrigado a todos os meus amigos, pessoas inestimáveis, de coração aberto, de abraços apertados e conselhos precisos. Em especial, agradeço a paciência com a minha personalidade. Correndo o risco de ser injusto, obrigado Ana Ibrahim, Ana Tonon, Amanda Karol, Bárbara Makarios, Bruna Caroline, Bruna Tamy, Diego Tobias, Gabriel Masiero, Gabriel Lobo, Giulia Pagliosa, Guilherme Cidade, Hamilton Zardo, Isadora Kersting, Kristyan Quadros, Luísa Hoffmann, Natália Veríssimo, Murillo Preve, Monique Lambert, Matheus Galembeck, Marco Antônio, Paulo Henrique, Thiago Ferreira e Theo Rosenau.

Como não poderia deixar de ser, faço um agradecimento especial ao Lucas Hellmann e à Marcela Matheus, amigos para toda a vida. Obrigado pelas risadas, jantares, e eventuais resgates.

Aos meus amigos da Menezes Niebuhr, o grande time administrativo que me formou profissionalmente e que acendeu em mim a chama da advocacia, agradeço por

todos os ensinamentos de vida. Muito obrigado Renan Ferraz, Natália Souza, Rodrigo Lahoz, Thaís Bastos, Gustavo Quint, Lucas Furlan, e demais colegas. Também, muito obrigado Joel e Pedro Niebuhr, grandes profissionais que muito me inspiram.

Obrigado aos membros da banca, Luiz Conti e Suellen Moura, pelo aceite do convite e interesse neste trabalho. Sem dúvida, a contribuição acadêmica dos seus estudos passados constituem a base desta monografia.

Por fim, obrigado Universidade Federal de Santa Catarina! Que sejas sempre o bastão de luz que ilumina o obscurantismo e ignorância, sempre pública, sempre gratuita e sempre de qualidade.

Quis custodiet ipsos custodes?

RESUMO

O trabalho busca fazer análise de caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 913, à luz da Ecologia Institucional proposta por Daniel Bogéa e da Otimização dos Riscos Políticos proposta por Adrian Vermeule. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal concedeu uma interpretação conforme à Constituição à Portaria Interministerial nº 661, de forma a exigir que as pessoas adentrando no país apresentem Comprovante de Vacinação para a COVID-19. O trabalho tem como objetivo constatar os riscos políticos distribuídos pela Constituição ao STF, no contexto da sua relação “ecológica” com partidos políticos, e se tais riscos influíram na decisão de concessão da medida liminar. A pesquisa utiliza o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Constitucionalização do risco político; Controle de Constitucionalidade; Rede Sustentabilidade; Ecologia Institucional; Ativismo judicial e judicialização da política.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the ruling of the Claim for Noncompliance with Fundamental Precept No. 913, in light of the “Institutional Ecology theory” proposed by Daniel Bogéa and the Optimization of Political Risks proposed by Adrian Vermeule. In this case, the Federal Supreme Court granted an interpretation in accordance with the Constitution to the Interministerial Ordinance No. 661, in order to require people entering the country to present proof of Vaccination for COVID-19. The objective of this work is to verify the political risks distributed by the Constitution to the STF, in the context of its “ecological” relationship with political parties, and whether such risks influenced the decision to grant the preliminary injunction. The research uses the deductive approach method, the monographic procedure method and the bibliographic research technique.

Keywords: Constitutionalization of political risk; Judicial Review; Rede Sustentabilidade; Institutional Ecology; Judicial activism and the judicialization of politics.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Alterações sugeridas pela Nota Técnica nº 113.....	69
Quadro 2 – Alterações sugeridas pela Nota Técnica nº 112.....	71

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Porcentagem do número de ADPFs propostas por partidos políticos.....	20
Figura 2 - Espectro da Teoria da Otimização dos Riscos Políticos.....	52

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A REDE E O SUPREMO: MUTUALISMO OU PARASITISMO?	18
1.1 Ecologia institucional	18
1.2 Evolução das espécies – O controle entre o desenho institucional e o neoconstitucionalismo	21
1.3 Uma introdução histórica.....	30
1.3.1 Marbury v. Madison	30
1.3.2 O debate Kelsen x Schmitt	33
1.4 Supremocracia – O STF na encruzilhada entre a politização da justiça e o ativismo judicial.....	36
1.4.1 Ativismo judicial	38
1.4.2 Judicialização da política	40
1.5 Simbiose juspartidária – Entre o Governo de Juízes e o Governo com Juízes	43
2 A OTIMIZAÇÃO DOS RISCOS POLÍTICOS.....	49
2.1 O risco constitucional	49
2.1.1 O constitucionalismo de precaução	52
2.1.2 O constitucionalismo de otimização	58
2.2 Os riscos políticos do Supremo Tribunal Federal	62
3 A ADPF N° 913.....	67
3.1 A Rede bate à porta.....	68
3.2 O Supremo atende.....	74
3.3 Simbiose precaucionária	77
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

Nas eleições nacionais de 2018, o partido Rede Sustentabilidade lançou 256 candidatos à Câmara dos Deputados, mas elegeu apenas uma parlamentar – a deputada Joenia Wapichana (RR).¹ Sozinha, ela representa a força política da Rede no cenário nacional, e expressa o alcance dos valores e das propostas do partido com os cidadãos brasileiros.²

É a máxima da nossa democracia partidária proporcional: os anseios políticos da população são agregados, organizados e expressados no fórum democrático por partidos políticos. Segundo Bonavides (2000, p. 265), por escolha da Constituinte, forte nas experiências democráticas modernas, fixou-se a proporcionalidade na composição desses espaços, para melhor refletir a vontade política da população. Em outras palavras: a força legislativa de um partido para influenciar a agenda nacional encontra fundamento na quantidade de votos que recebeu³ – mais votos significa mais parlamentares eleitos e, portanto, maior poder para atuar em prol do programa partidário.

Essa força tem significado concreto. O partido que alcança sucesso eleitoral consegue pressionar a aprovação de seus projetos de lei e forçar a negociação de pontos sensíveis ao seu eleitorado. Ao exercer as atividades típicas da atividade legislativa, pormenorizadas nos artigos 48 a 52 da Constituição Federal, esse sucesso se traduz em enorme poder sobre os rumos da nação – exatamente na forma como pretendido pela Constituinte de 1988.

Mas, fenômeno contraditório vem ocorrendo desde 2019. É que embora a Rede represente apenas 0.19% dessa força legislativa no parlamento, o partido interpôs 12% de todas as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF ajuizadas por partidos no Supremo Tribunal Federal⁴. Em sua maioria, os pedidos dessas ações fundamentam-se em controle que poderia ser exercido na via legislativa – com a

¹Conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral < <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>> Acesso em: 05/03/2022.

²Levando em consideração a natureza federativa das eleições brasileiras, tem-se que a Rede recebeu 816.784 votos para a Câmara dos Deputados em 2018, o que representa 0.84% do eleitorado.

³Ao contrário, por exemplo, do que ocorre em países como Estados Unidos e Reino Unido. Como ensina Kenneth Benoit em artigo sobre a Lei de Duverger, lá o sistema eleitoral distrital cria discrepâncias representativas, e uma maior quantidade de votos não significa necessariamente maior representação eleitoral. <https://kenbenoit.net/pdfs/Benoit_FrenchPolitics_2006.pdf> Acesso em: 26/04/2022.

⁴Para chegar nesses resultados, utilizou-se a ferramenta de estatística do STF, que permite consultar os processos judiciais ajuizados na Corte, e por ser acessado em < <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>> Acesso em: 19/03/2022.

promulgação de Decreto-legislativo, aprovação de Projeto de Lei, ou rejeição de Medida Provisória, por exemplo - mas impossível à Rede, dada sua baixíssima representação partidária.

O descompasso originou o interesse pela ADPF nº 913, foco deste trabalho, que exemplifica a forma com que a Rede usa da sua legitimação institucional, e da abertura postulatória prevista na Constituição Federal à partidos políticos com representação no Congresso, para pedir diretamente ao STF, em jurisdição original, que faça o que ela não consegue.

Nessa ação, o partido pede que a Corte determine que o Governo Federal exija a comprovação de vacinação contra a COVID-19 para estrangeiros ou brasileiros que entrem no país – alegando que a Portaria Interministerial nº 658/2021, editada pelos Ministros de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública, e da Infraestrutura, estaria desatualizada.

Como amplamente noticiado na mídia, o relator sorteado, Ministro Luís Roberto Barroso, deferiu a medida cautelar de urgência buscada pela Rede e determinou que o Governo Federal passasse a exigir comprovante de vacinação de todos que entrassem em território nacional. O Governo Federal cumpriu a ordem e o status quo vigente no país continua sendo esse.

A ADPF nº 913 oferece, portanto, um ponto de início para racionalizar como partidos políticos usam de mecanismos constitucionais para forçar a litigância de questões sensíveis à política nacional, e para entender quais fatores de nossa ordem constitucional podem influir e pressionar a resposta do Supremo Tribunal Federal ao uso desses mecanismos.

Cogita-se a hipótese de que a sanha da Rede por litigar não é uma característica particular do partido, que teria um espírito advocatício. Ao contrário, usando-se da teoria da otimização dos riscos políticos defendida por Adrian Vermeule, em sua obra “*The theory of risk*”, assim como da “Ecologia Institucional” proposta por Daniel Bogéa em sua dissertação “*Simbiose Institucional: a interação entre partidos políticos e o Supremo Tribunal Federal no presidencialismo brasileiro*”, busca-se investigar onde no espectro ecológico está localizada a ADPF nº 913, e se ela é um caso exemplar de atuação jurisdicional inserida em um contexto de precaucionismo constitucional.

Este trabalho busca conduzir o leitor à essa conclusão por três capítulos, ordenados da seguinte forma:

No primeiro capítulo, introduz-se o uso de conceitos biológicos para entender a relação entre partidos políticos e o STF, descreve-se brevemente o controle judicial de constitucionalidade, e suas características no Brasil conforme defendidas pela corrente majoritária – o neoconstitucionalismo. Nessa linha, singulariza-se o controle partidário de constitucionalidade, e também as críticas a sua existência – usando-se da atuação jurisdicional da Rede para as exemplificar. Por fim, explorar-se-á a relação íntima entre Supremo e partidos na condução da política nacional, firmando, assim, quais são as tensões de poder catalisadas pelo ativismo judicial e a politização da justiça.

No segundo capítulo, apresenta-se a teoria da otimização dos riscos políticos, analisa-se se seus fundamentos, tal como propostos por Vermeule e analisados por Vanessa Brand, assim como as críticas feitas por teóricos americanos à construção do autor, com o fim de investigar os riscos políticos advindos do nosso modelo de controle de constitucionalidade.

No terceiro capítulo, estuda-se as teses e razões das partes na ADPF nº 913 e da decisão monocrática do Ministro Relator, para concluir a atuação da Rede como um fenômeno endógeno às escolhas de 1988, e que os problemas da judicialização por ela promovido contribuem para a potencialização dos riscos políticos do Supremo Tribunal Federal. No mais, em última instância, a atuação da Rede e do STF devem também ser analisados à luz da proteção efetiva da vida e da saúde pública, o que levou à conclusão do seu benefício para a população.

Para desenvolver esta pesquisa, usando a classificação de Lakatos e Marconi (2003, p. 221), adotou-se como método de abordagem o *dedutivo*, uma vez que o estudo parte de teorias e leis (argumentos gerais) para alcançar conclusões restritas às premissas estabelecidas.

Como método de procedimento, adota-se o *monográfico* e, como técnica de pesquisa, a documentação *indireta*, abrangendo a pesquisa documental e a bibliográfica a partir do levantamento de informações por meio de bibliografia selecionada disponível nos portais eletrônicos, bibliotecas universitárias e acervo pessoal, além de consultas à legislação e outros atos governamentais.

Ademais, de acordo com a classificação de Mezzaroba (2019, p. 108-118), a pesquisa será *qualitativa, teórica, descritiva e prescritiva*.

1 A REDE E O SUPREMO: MUTUALISMO OU PARASITISMO?

Excelências, não bastam os mais de 614.000 (seiscentos e quatorze mil) brasileiros mortos? Se este E.g. Supremo Tribunal Federal não acolher a presente Arguição e determinar as medidas necessárias para que o Governo Federal revise as políticas de entrada de viajantes no país, acolhendo o posicionamento técnico da Anvisa, há grande risco de o Brasil enfrentar, em um curto período de tempo, uma nova onda de Covid-19 – tal como, infelizmente, tem sido o caso de outros países ao redor do mundo.

Neste capítulo, introduz-se o uso de conceitos biológicos para expandir sobre a essência do controle de constitucionalidade, tal como prescrita na Constituição Federal de 1988 e defendida na doutrina, utilizando-se de processos ajuizados pela Rede para exemplificar o controle partidário de constitucionalidade. Apresentam-se as críticas à existência desse controle, notando as consequências clássicas dessa forma de atuação jurisdicional – ativismo judicial e judicialização da política. Ao fim, irá se explorar a interdependência entre a atuação da Rede e o Supremo, para retomar a questão da relação simbiótica estabelecida no início do capítulo e concluir, assim, quais os problemas da escalção da judicialização da política.

1.1 Ecologia institucional

No campo da biologia, a relação estabelecida entre seres vivos é estudada na ecologia. Comumente, as diferentes relações entre espécies podem ser classificadas como parasitismo, comensalismo ou mutualismo – inseridas sobre o guarda-chuva da palavra simbiose – que define a relação entre diferentes espécies durante um período de tempo (César & Sezar, 1998, p. 607).

Mutualismo é a relação onde ambos os organismos são beneficiados. O comensalismo constitui uma relação em que um dos organismos se beneficia em termos nutricionais ou protetivos sem gerar qualquer prejuízo ao outro. Já no parasitismo um organismo se beneficia em benefício de outro (César & Sezar, 1998, p. 608-609).

Em trabalho inédito sobre o tema, Daniel Bogéa explorou a forma como esses conceitos biológicos podem ser usados no campo da ciência política para analisar a relação entre STF e os partidos políticos. Para ele, tais termos oferecem o prisma adequado para explorar a relação de interdependência entre atores institucionais (Bogéa, 2018, p. 62):

A partir de uma ecologia das instituições políticas brasileiras, por conseguinte, é fundamental não nos prendermos à mera descrição da dinâmica interna de cada instituição para se compreender seu processo de expansão de poder. Precisamos conferir maior atenção aos pontos de contato dessa interação constante com as demais instituições, de modo que, à semelhança do papel que a simbiose serviu à biologia, possamos estar munidos de mais elementos aptos a explicar a evolução institucional (ou construção institucional, para um termo menos carregado em termos simbólicos).

De fato, o uso semântico de termos da biologia nos ajuda a compreender certa espécie de behaviorismo de atores institucionais, sobretudo quais fatores pressionam a atuação e seu comportamento nas relações que têm com os outros agentes políticos. Para este trabalho, contudo, importa menos as considerações sobre ciência política⁵, e mais a forma como o autor reconheceu que certos elementos da ordem constitucional balizam como esses atores reagem a essas pressões.

Nesse sentido, Bogéa (2018, p. 73) defende que “no caso brasileiro, os caminhos que levam ao Supremo são particularmente convidativos aos partidos políticos que pretendem obter uma vitória judicial sobre uma pauta derrotada na arena majoritária ou simplesmente conferir visibilidade a uma voz sufocada em instâncias eletivas”. Então concluindo que (2018, p. 93):

É muito relevante o fato de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro após 1988 promoveu canais diretos de acesso aos partidos políticos, inclusive mediante mecanismos diretos de controle abstrato de normas. **Isso quer dizer que partidos possuem a prerrogativa de ativar o Tribunal para se manifestar sobre a constitucionalidade de qualquer norma ou ato normativo.** Conforme dispõe o artigo 103 da Carta de 1988, em seu inciso VIII, pode propor ação direta de inconstitucionalidade (Adin) qualquer “*partido político com representação no Congresso Nacional*”

Em análise sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal se comporta em face da prerrogativa de controle mencionada por Bogéa, Da Ros e Taylor (2008, p. 825) afirmam que:

A importância do Supremo Tribunal Federal – STF no sistema político brasileiro contemporâneo parece incontestável, em especial a partir da configuração institucional que emergiu da Constituição brasileira de 1988 e de seus respectivos efeitos sobre o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis.

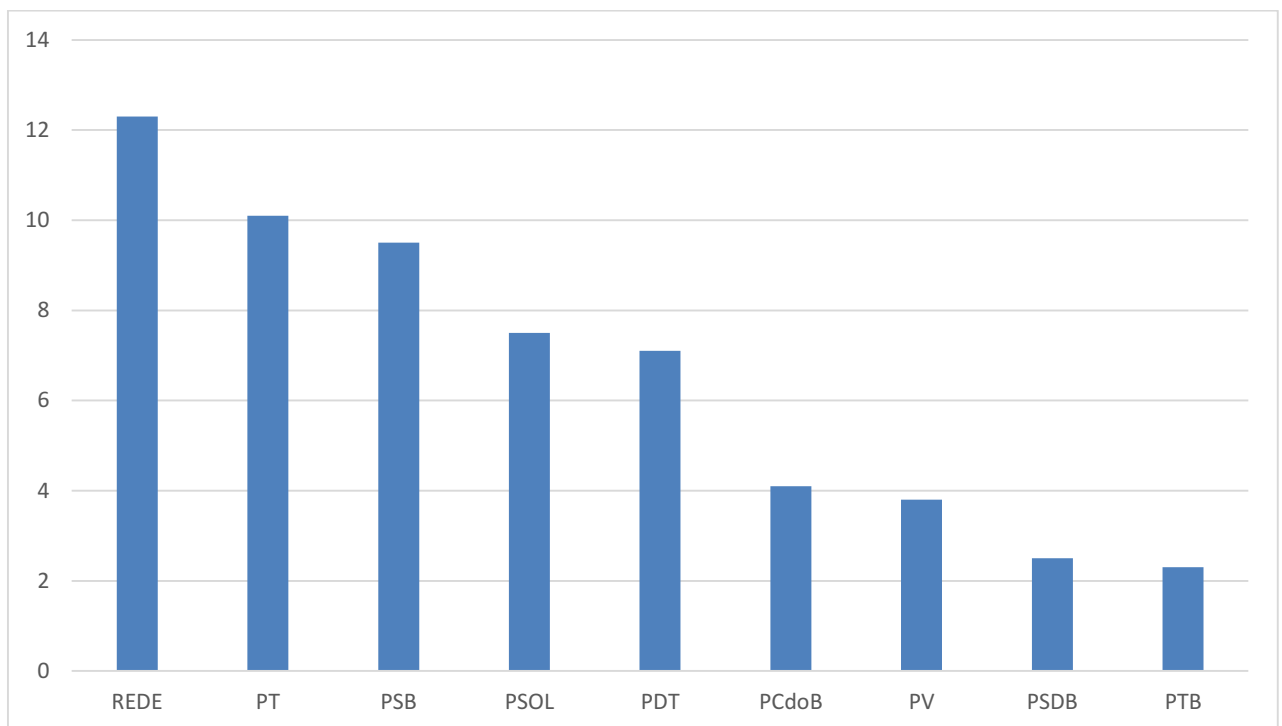
Realmente, como mencionado por esses autores, o que parece particular à ordem normativa brasileira é a forma como partidos políticos possuem ampla legitimidade para

⁵Aqui cabe necessário *disclaimer* sobre os limites teóricos entre a ciência política e ciência jurídica. Esta monografia não pretende se estender sobre o tema da ciência política porque o foco é a forma como a atuação jurisdicional da Rede potencializa os riscos políticos advindos da escolha constitucional pela legitimação ativa de partidos políticos.

litigar suas teses na Corte Constitucional. Os caminhos disponíveis para acessar o STF oferecem a “oportunidade de contestar políticas com as quais discordam, estendendo disputas congressuais para uma nova arena” (BOGÉA, 2018, p. 72)

E, nenhum partido pegou essa estrada de tijolos amarelos mais do que a Rede Sustentabilidade. Desde sua criação, o partido ajuizou 57 ADPF’S no Supremo Tribunal Federal. Isso é mais que do que o Partido dos Trabalhadores (48); do que o Partido Socialismo e Liberdade (35); e do que o Partido da Social Democracia Brasileiro (12); logicamente todos muito mais velhos e tradicionais do que a Rede, criada em 2013. Na “*ecologia das instituições políticas*”, nenhuma espécie consome tantos recursos quanto a Rede.

Figura 1 - Porcentagem do número de ADPFs propostas por partidos políticos



Fonte: Supremo Tribunal Federal

A insustentabilidade de sua atuação jurisdicional, contudo, não é uma conclusão passível de ser feita *a priori*. Como em qualquer relação biológica, é preciso analisar a natureza dessa associação e que benefício cada espécie acaba por ter enquanto ela está estabelecida. Somente assim é possível classifica-la. Novamente, Bogéa oferece as linhas necessárias para o estudo (2018, p. 64):

Se efetivamente temos no STF uma instituição forte, que estabelece um contrapeso relevante aos demais Poderes e busca se colocar como árbitro de conflitos interinstitucionais, deve-se ter em mente que isso é resultado de uma construção política. A democracia não foi judicializada a partir de uma tomada de poder unilateral levada a cabo por revolucionários togados, tampouco pode ser atribuída unicamente a uma opção política do constituinte pela defesa contundente de direitos e garantias da Constituição. **Sendo assim, é necessário examinar a forma pela qual outros atores incentivaram esse papel expandido do STF e o sustentam ao longo do tempo.**

Como se destrinchará no próximo subcapítulo, alguns autores defendem a judicialização partidária como mais um instrumento apto e útil para se promover a concretização da força normativa da Constituição. Parece já certo que essa é a opinião da Rede quando utiliza desses meios constitucionalmente lhes disponível. Outros autores encontram problemas decorrentes desse fenômeno, como o descrédito e desgaste do Poder Judiciário.

Portanto, passa-se a analisar o controle de constitucionalidade promovido pelos partidos políticos, em especial as críticas mais comuns a sua existência e quais as consequências mediatas a sua introdução identificadas pela doutrina, para ao final deste capítulo firmar onde a relação Rede-Supremo pode melhor estar localizada no espectro ecológico.

1.2 Evolução das espécies – O controle entre o desenho institucional e o neoconstitucionalismo

Dos grandes truísmos do Direito Constitucional, o controle judicial de constitucionalidade encontra lugar destacado no panteão das medidas consideradas inerentes à existência de uma Constituição. Não somente a Constituição precisa de um guardião para protegê-la daqueles que buscam miná-la, como essa guarda deve ocorrer judicialmente. É o que Mendes (2015, p. 1045), por exemplo, afirma ser a posição de Kelsen⁶:

Como se vê, não se limita Kelsen a reconhecer a sanção como elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Considera indispensável, igualmente, a existência de sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. **Daí afirmar-se que, para Kelsen, a**

⁶A propósito, é também nesse mesmo sentido o que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu no célebre julgado *Marbury v. Madison*, de 1803, quando o Ministro John Marshall declarou que “*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*”. (Tradução livre: É enfaticamente a competência e o dever do judiciário dizer o que é a lei).

jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito.

Bulos (2015, p, 186) conceitua o controle de constitucionalidade como o “instrumento de garantia da supremacia das Constituições” que serve para “examinar a adequação de dado comportamento ao texto maior, mediante análise dos requisitos formais e materiais”. No mesmo sentido, Moraes (2016, p. 1120) o define como a verificação da “compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a constituição.”

A doutrina costuma dividir o controle em preventivo e repressivo, que é exercido pelos diferentes Poderes durante o ciclo de vida de uma norma. Moraes (2016, p. 1127) explica que o primeiro busca “evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico”. Enquanto Bulos (2015, p. 192) define o controle repressivo como aquele “desempenhado pelo Judiciário, visando reprimir a inconstitucionalidade após a promulgação da lei”.

De início, cabe o destaque que esta monografia não pretende exaurir a literatura sobre controle de constitucionalidade, tampouco descrever minuciosamente as diferentes espécies de controle existentes em nosso direito. As variadas classificações (difuso e concentrado, direto e indireto) servem bem aos manuais, mas dizem pouco do âmago da tensão legitimidade-democracia entre a Rede e o STF que se busca desenvolver neste trabalho. É certo, ainda assim, que o controle também pode ser exercido pelos poderes legislativo e executivo.

Aqui, foca-se no controle abstrato (concentrado) do Poder Judiciário, que melhor singulariza a relação entre STF e atores institucionais, na medida que o procedimento de exclusão da norma do ordenamento é feito diretamente perante a Corte Constitucional – dando vazão às tensões de poder.

Essa espécie de controle encontra respaldo na nossa ordem constitucional desde a Carta de 1945, com mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 16/65. Nas palavras de Bulos (2015, p. 235), no controle abstrato, ou concentrado, “somente o Supremo Tribunal Federal fiscaliza a constitucionalidade das leis e atos normativos”. Conforme sustenta Bastos (2002, p. 413), a inclusão do sistema de controle de abstrato veio com o objetivo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconiventes, somando aquelas medidas já existentes”.

Nesse sentido, Mendes (2016, p. 1087), destaca a exposição dos motivos da Emenda, da lavra do Deputado Tarso Dutra, que fala em “conveniência da modificação

alvitrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis”.

Naquela Constituição, somente o Procurador-Geral da República poderia acionar originalmente o Supremo para que exercesse o controle concentrado, por meio da representação de inconstitucionalidade. Mendes (2016, p. 1.089) traz interesse discussão sobre as controvérsias doutrinárias causadas por essa limitação postulatória:

Poucas questões suscitaram tantas e tão intensas discussões quanto a da eventual discricionariedade do Procurador-Geral da República para oferecer ou não a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal.

Autores de renome, [...] manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se, univocamente, a impossibilidade de se alçar o chefe do Ministério Público à posição de juiz último da constitucionalidade das leis.

[...] Outros, não menos ilustres, reconheceram a faculdade do exercício da ação pelo Procurador-Geral da República.

Enquanto importantes vozes na doutrina reconheceram o direito de o Procurador-Geral submeter ou não a questão ao Supremo Tribunal Federal, consoante a sua própria avaliação e discricionariedade, uma vez que somente ele dispunha de competência constitucional para propor essa ação, sustentavam outros a opinião de que estaria obrigado a oferecer a arguição ao Supremo Tribunal Federal se houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei.

O que talvez exsurja de mais relevante nessa limitação, contudo, seja as consequências teóricas e políticas que décadas de mora e inação em face de violação a direitos individuais causaram no sentimento público. Afinal, na época da Constituinte de 1988, efervesciam ventos democráticos, o que emocionava os agentes do direito com as possibilidades de outro paradigma constitucional⁷. Conforme sustenta Mendes (2016, p. 1.092), a morosidade do controle judicial quando monopolizado pelo Procurador-Geral da República foi vista como uma restrição inadmissível à eficácia dos direitos individuais constitucionais.

Fato é que a Constituição Federal de 1988 mudou a lógica até então vigente e estendeu a legitimação postulatória para requerer a decretação de inconstitucionalidade em controle judicial a diversos atores institucionais. O que antes era prerrogativa limitada do Procurador-Geral da República tornou-se direito de todo partido político com representação parlamentar, na forma do artigo 103 da Constituição Federal:

⁷Segundo Bulos (2015, p. 499): “Num esforço extraordinário, a grande meta era implantar um Estado Democrático, após vinte e cinco anos de regime militar e quase doze de abertura lema e gradual. Enfeixaram num texto extenso, minudente, detalhista, apelidado de “constituição cidadã”, uma considerável dose de utopismo, bem-intencionado, porém delirante.”

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 Assembleia 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.

Moraes (2016, p. 1164) leciona que “a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, nunca de legislador positivo”⁸. Nessa questão, Moraes faz referência à conhecida lição de Kelsen sobre jurisdição constitucional. São as palavras do Austríaco (2013, p. 151):

Anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.

Mais do que apenas a opção pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, partidos políticos também podem escolher impetrar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – que Bulos (2015, p. 328) sustenta não encontrar “similitude em outros institutos do Direito Comparado”. Sua noção, diz o Autor, “é o mecanismo especial de controle de normas que permite aos legitimados do art. 103 da Carta Maior levarem ao conhecimento do Pretório Excelso a ocorrência de desrespeito às normas da ordem jurídica”.

Em trabalho de direito comparado, Da Ros (2017, p. 70) confirma a impressão imediata que essa ampla legitimação postulatória não encontra paralelo em outras democracias liberais:

Em relação ao acesso pela via abstrata, chama a atenção que maior parcela dos países europeus e latino-americanos não apresenta um rol de proponentes tão extenso quanto o brasileiro. Esta é a conclusão a que se chega quando se compara a lista de habilitados a propor ações diretamente à suprema corte do Brasil com a de outros países (cf. CARVALHO NETO, 2005; TAYLOR; RÍOS-FIGUEROA, 2006;

⁸O que não parece ser uma visão realista do fenômeno. Como melhor exposto no decorrer do trabalho, o Judiciário vem atuando sim como legislador positivo. Gilmar Mendes (2015, p. 1319) bem explica: “a complexidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das decisões manipulativas de efeitos aditivos. **O STF pôde chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle [...]**”.

VANBERG, 1998). Em geral, os agentes a quem se permite a propositura desse tipo de ação nos países europeus, onde se originou esse tipo de arranjo, são representantes dos governos subnacionais (estados, províncias etc.), uma fração (entre um terço e um sexto, geralmente) dos membros da câmara baixa e da câmara alta (caso existente), além do representante do próprio governo federal.

E conclui:

Seguramente, parcela importante da grande demanda observada junto ao STF se deve à amplitude do rol de legitimados ativos adotado no Brasil, bem como às diferenças que a lista brasileira guarda em relação à de outros países. Com efeito, os partidos políticos com representação congressional propuseram cerca de 20% do total de ADIs, ao passo que o PGR propôs 25%, as associações e entidades de classe de âmbito nacional, outros 25%, e a OAB, cerca de 3% das ADIs desde 1988. Pode-se dizer, portanto, que mais de 70% da demanda de ADIs se origina de atores não tradicionalmente previstos nas constituições de outros países.

No mais, o inciso VIII vai de aberto encontro ao que se verifica em outras Constituições ao rejeitar a prática de exigência de uma fração mínima de parlamentares concorrendo no ajuizamento da ação concentrada. Ao contrário de legitimar todo partido político com representação no Congresso Nacional, o Ministro Celso de Mello lembra que em outros sistemas⁹:

[...] o poder de agir em sede de fiscalização normativa abstrata foi outorgado, não aos partidos políticos, mas a determinado número de parlamentares, independentemente de pertencerem à mesma agremiação partidária, conforme dispõem, por exemplo, as Constituições da REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA (Lei Fundamental de Bonn, de 1949, art. 93 (1), 2º: 1/3 dos membros do Bundestag), do CHILE (1981, art. 82, §§ 2º, 3º e 5º: 1/4 dos membros de qualquer das casas do Congresso), da ESPANHA (1978, art. 162, n. 1 (a): 50 Deputados ou 50 Senadores), de PORTUGAL (1976, redação dada pela 4ª Revisão Constitucional, art. 281, n. 2, "f": 1/10 dos Deputados à Assembléia da República), da ÁUSTRIA (1920, redação dada por sucessivas leis constitucionais de atualização, art. 140 (1): 1/3 dos membros do Nationalrat, Conselho Nacional, ou 1/3 dos integrantes do Bundesrat, Conselho Federal), do PERU (1993, art. 203, n. 4: 25% dos membros do Congresso unicameral), de CABO VERDE (1992, art. 303: 1/4 dos deputados à Assembléia Nacional), da FEDERAÇÃO RUSSA (1993, art. 125, n. 2: 1/5 dos membros de qualquer das Casas do Parlamento - Conselho da Federação e Duma) e da ROMÊNIA (1991, art. 144 (a) e (b): 50 Deputados ou 25 Senadores). O que se revela fundamental, no entanto, presente o modelo consagrado na Constituição de 1988, é que se garantiu, no sistema institucional brasileiro, a participação efetiva dos partidos políticos no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, desde que as agremiações partidárias disponham de representação parlamentar em qualquer das Casas legislativas.

Em síntese, portanto, a nova Carta permitiu aos partidos políticos que acionem diretamente o Supremo Tribunal Federal – seja para propor ação direta de inconstitucionalidade de leis, medidas provisórias ou decretos; seja para impetrar uma

⁹STF, ADI n° 2060 MC, Relator: Ministro Celso De Mello, Julgado em 14/04/2000, Publicado em DJ 26/04/2000.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que permite revisão de atos normativos em caráter subsidiário. No mais, é de se destacar: em ambas ações podem ser concedidas medidas cautelares e de urgência monocraticamente – cuja celeridade pode causar grande repercussão nas ordens jurídica e política¹⁰.

E, se a abertura postulatória da Constituição é fato, falta explicar o fundamento doutrinário que lhe empresta significado teórico. O controle repressivo é central na Constituição porque o próprio Supremo Tribunal Federal goza de protagonismo inédito perante os outros Poderes, de forma certamente nunca antes vista na história de nossas Constituições.

O que explica tal fenômeno é o movimento doutrinário que informa a franca maioria dos manuais constitucionais e escritos publicados sobre esse tema desde a promulgação – o neoconstitucionalismo.

Na mesma linha do que dito antes sobre o sopro de novos ventos democráticos, Barroso (2005, p. 5) traça o histórico da evolução da Teoria Constitucional brasileira, tensionada por décadas de ditadura e experiências fracassadas. Em especial, o Ministro identifica o neoconstitucionalismo como consequência da “aproximação entre constitucionalismo e democracia, da [nova] força normativa da Constituição e da difusão da jurisdição constitucional”. Nas suas palavras (2005, p. 11):

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (i i) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

¹⁰Diego Argulhes e Leandro Ribeiro elaboraram estudo sobre o impacto da previsão de conhecimento monocrático de medidas de urgência pelos Ministros da corte. Em “Ministrocracia”, os autores escrevem que *“esse poder individual descontrolado, combinado a mecanismos de accountability individual inoperantes na prática, amplifica alguns dos perigos associados a instituições independentes. Em especial, aumenta-se o risco de captura da ação de ministros por grupos de interesse ao redor do tribunal. Embora no Brasil o tema seja discutido de forma sistemática no caso de agências reguladoras e outras instituições independentes, o risco de captura não recebe atenção devida quando se trata de tribunais, em especial do STF. Não há, porém, nenhuma razão para imaginar que o tribunal está imune. Ao contrário, a alocação individual descentralizada de poderes, característica do STF, torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos: qualquer ministro sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto, com frequência, para o próprio exercício de controle de constitucionalidade.”* ARGUELHES, Diego e RIBEIRO, Leandro. **Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro.** Novos estudos CEBRAP [online]. 2018, v. 37, n. 1 ,pp. 13-32. Disponível em: <<https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003>>. Acesso em: 08/05/2022.

Ladeira e Furlan (2020, p. 28) bem lembram que o “neoconstitucionalismo” de Barroso se confunde com outros termos da teoria constitucional¹¹ – como pós-positivismo e jusnaturalismo -, e parece estar inserido numa cultura jurídica moralista e valorativa, de origem dworkiana e alexyana:

Vale lembrar, a Jurisprudência da Valoração foi a “Escola” hegemônica no contexto fundacional da Alemanha pós-nazista e sua ideia central é a ruptura com o postulado da separação entre direito e moral, segundo o juízo de que a atividade de conhecimento do direito envolve empreender uma sorte de “valoração adicional”, na esteira da crítica dos elementos centrais do positivismo jurídico em sentido estrito.

O ponto essencial é que nesse “novo” direito a função da jurisdição constitucional não pode se limitar a interpretação da lei conforme à Constituição; mas, mais, deve potencializar os direitos nela previstos. O papel do Supremo Tribunal Federal, daí, necessariamente se expande para cobrir uma nova e fronteira função – oportunamente definida como “iluminista” pelo Ministro Barroso.¹² São suas palavras:

Já o papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história. Em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário.

A abolição da escravatura ou a proteção de mulheres, judeus, negros, homossexuais, deficientes e minorias em geral foram conquistas que nem sempre puderam ser feitas pelo processo político majoritário. É preciso que um órgão não eletivo ajude a dar o salto histórico necessário.

Exemplos de decisões iluministas de cortes constitucionais: fim da segregação racial nas escolas públicas nos EUA; proibição da tortura de "terroristas" em Israel; abolição da pena de morte na África do Sul; reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil. Há exemplos pelo mundo afora.

Pela posição do professor Conrado Hübner Mendes, nada disso teria acontecido, e viveríamos sob o risco da tirania da maioria e do paternalismo moralista. Com o respeito devido e merecido, essa é uma visão superada desde o segundo pós-guerra.

Bulos (2015, p. 89) traz pertinente reflexão do Professor Elival da Silva Ramos¹³ sobre a fragilidade teórica da doutrina de Barroso:

[...] embora os "neoconstitucionalistas" não desprezem o direito posto, não hesitam em descartá-lo, se necessário for. Por certo, "preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam).

¹¹ E Bulos (2015, p. 80) sequer concorda que o neoconstitucionalismo traz algo de “novo”. Para ele, essa doutrina é “o constitucionalismo contemporâneo com outro nome. E nada mais”.

¹² Como disse o Ministro em entrevista ao jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>> Acesso em 30/04/2022.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo, 2009 (Tese apresentada em concurso para Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP), p. 239-240.

Nesse ponto, não tiveram a coragem e a capacidade teórica de Dworkin, que não apenas assume o seu antipositivismo, como, também, oferece-lhe uma alternativa teórica (o direito como integridade), da qual se pode (e, a meu ver, se deve) discordar, mas não se pode negar a consistência. Cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou subjetivismo axiológico, para buscar na acionalidade argumentativa (a Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado".

Unindo essa “vocação iluminista” com a abertura postulatória do artigo 103, sabidamente introduzida com a efervescência democrática da década de 80, é prudente concluir que os partidos políticos, se não convidados, certamente não são punidos ou rechaçados pelo uso do STF para avançar rumo ao “progresso”. Ora, se a função do STF consiste em desbravar a mata selvagem que barra o processo civilizatório, nada mais necessário e justo do que a Rede se juntar com uma enxada.

Como já introduzido, pesquisa empírica no site do Supremo Tribunal Federal comprova que nenhum partido político gozou dessa função iluminista como a Rede. Desde 2019, só pelo uso de ADPF, a Rede ajuizou 49 diferentes ações para anular atos administrativos do Executivo Federal. Enquanto no uso de ADI, a Rede ajuizou 27 ações diretas de inconstitucionalidade para invalidar decretos, medidas provisórias ou leis sancionadas pelo Presidente da República.

As causas de pedir do partido variam. Por exemplo, sem prejuízo da análise da ADPF 913, que se pormenorizará no terceiro capítulo e é objeto desse trabalho, podemos notar que a Rede litiga uma grande diversidade de questões. Na ADI 6676, perde-se a invalidação dos Decretos nº 10.627, 10.628, 10.629 e 10.630, todos de 2021, que desregulam políticas públicas de desarmamento, por violação ao direito à vida e à integridade física. Para o partido, a inconstitucionalidade é evidente, como se extrai da Petição Inicial:

Como justificar que o Estado, que é o garantidor universal de saúde e de políticas, sociais e econômicas, que buscam a redução do risco de doenças e outros agravos, possa jogar contra o próprio time? Com efeito, se o interesse público presumido textualmente pela Constituição é a redução do risco de doenças, como pode o Estado facilitar e endossar situações que causam nítido agravamento do estado de saúde de todos? Ou o Poder Público entende que viver com praticamente uma arma a cada esquina faz bem para a integridade e a saúde de todos? Não parece ser - ou não deveria ser - o caso.

Já na ADPF 614, o partido denunciou a inconstitucionalidade no Decreto nº 9.919/2019, por violar a liberdade artística ao alterar a burocracia estrutural da ANCINE. Segundo o partido:

Ao reduzir a participação de representantes da sociedade e da indústria cinematográfica e, conseqüentemente, aumentar a participação relativa da representação do Governo visa claramente esvaziar o caráter plural e democrático do Conselho. É uma ingerência política e ideológica que afronta a liberdade de expressão artística e a produção cultural no País fundamental.

Durante a Pandemia de COVID-19, a Rede ajuizou várias ações constitucionais questionando políticas de saúde públicas. Foram 12 ADPF, de nº 669, 680, 690, 709, 715, 741, 742, 754, 796, 830, 898, 913; e 5 ADIs, de nº 6363, 6421, 6442, 6460, 6625. Em regra, as causas de pedir seguiam a mesma linha mestra – a omissão do Governo Federal em tomar alguma atitude durante a crescente de casos de Coronavírus viola a Constituição.

À luz do neoconstitucionalismo, a potencialização dos direitos individuais bem explica essa saga postulatória. A Rede procura o Supremo porque o papel da Corte é, justamente, garantir a eficácia máxima dos direitos. Do seu ponto de vista, parece claro e plenamente justificado que se use das prerrogativas que a Constituição lhe concede para acionar o Supremo e dar vazão às garantias constitucionais que entende estarem sendo violadas.

É como Medeiros (2020, p. 34) esclarece a mente neoconstitucionalista e as suas aspirações:

Concebida através de uma catarse democrática, a Constituição de 1988 cristaliza a percepção de que o direito é, definitivamente, um instrumento a serviço da concretização de valores essenciais à vida humana e ao progresso social e civilizatório, e assim elenca um rol generoso e analítico de direitos fundamentais caros à sociedade ocidental. No imaginário coletivo, o conteúdo jurídico e político da Constituição é justamente uma antítese do arbítrio do poder estatal e, bem por isso, vai ser alçada pelos juristas brasileiros à divisor de águas na superação do paradigma juspositivista, condenado historicamente a figurar como teoria de validação jurídica dos regimes totalitários.

Naturalmente, este ambiente teórico sugere uma polarização entre lei e Constituição. **Legalidade e constitucionalidade opõem-se entre si de modo que o paradigma neoconstitucionalista pode ser entendido justamente como um vetor interpretativo que estimula a substituição da legalidade pela constitucionalidade (e todo o arcabouço principiológico subjacente), à medida em que a lei colocada ao caso concreto não satisfaça os valores contemplados no texto constitucional.** Os neoconstitucionalistas têm, portanto, em muita estima a crença no alcance normativo dos princípios constitucionais, que possuem “força vinculante” e não dependem “da mediação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos jurídicos”

De certa forma, o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve atuar positivamente para garantir o gozo de direitos individuais permeia toda a jurisprudência recente da Corte. Há muito, o limite de “legislador negativo” deixou de existir e foi substituído por uma teoria que expressamente rejeita essa divisa. Mas, vários autores defendem que essa atuação cria tensões à ordem constitucional. Talvez mais importante,

desde sua concepção, o *judicial review* (controle de constitucionalidade) é permeado de controvérsias.

1.3 Uma introdução histórica

1.3.1 Marbury v. Madison

Marbury v. Madison é o mais importante precedente de controle judicial do constitucionalismo americano. Sua relevância como caso paradigmático da teoria moderna de judicial review transformou-o em marco imprescindível das aulas introdutórias sobre teoria constitucional.

O julgado é celebre pois instituiu preceitos básicos do constitucionalismo contemporâneo em todo o mundo.¹⁴ Como já dito, criou o controle difuso de constitucionalidade. Mas, conforme ensina Bulos (2015, p. 198) a decisão tem mais dois ensinamentos basilares dos estados democráticos de direito: pela primeira vez, uma Suprema Corte afirmou a Constituição como documento superior, acima dos demais atos legislativos ordinários do parlamento. Ainda, também pela primeira vez, sedimentou-se o controle de atos do Executivo e Legislativo pelo Judiciário. Ou seja, um grupo de pessoas selecionados sem voto popular teve, pela primeira vez, o poder de controlar atos de agentes políticos legitimados pelo sufrágio popular.

Somente por isso, o caso já merece atenção e destaque. Aqui, contudo, importa aprofundar aspecto que muitas vezes figura apenas em notas de rodapé nos estudos brasileiros: as circunstâncias políticas bastante controversas que permearam, à época, o julgamento.

Na contestada eleição de 1800, viu-se o embate entre o federalista John Adams, concorrendo a reeleição pelo partido federalista, e o popular ex-secretário de Estado Thomas Jefferson, candidato do partido republicano. Conforme Mendes (2016, p. 48), esse último recebeu uma avassaladora vitória eleitoral que obliterou o federalismo nacionalmente, causando pânico dentro do partido governista sobre um potencial fim da União em face da descentralização do poder central prometida pelo novo governo federal.

¹⁴ Muito embora, como lembra Bulos (2015, p. 194) é “equivocada a ideia de que “o controle difuso nasceu do caso Madison versus Marbury”. Na realidade, o *decisum* de Marshall resultou do amadurecimento de séculos. Homens e instituições, de todo o mundo, exigiam o respeito incondicional às normas constitucionais, a fim de se encontrar a tão almejada salvaguarda de direitos e garantias.”

Com o resultado das eleições se tornando cada vez mais evidente, em 1801, os federalistas arquitetaram um plano para salvar parte de sua relevância política nacional. Aproveitando-se da recente promulgação de uma reforma administrativa do judiciário, John Adams nomeou um grupo de simpatizantes partidários ao cargo de juiz federal, conseguindo sua rápida confirmação no Senado. Um deles era William Marbury, fervoroso federalista apoiador de Adams.

Mas essa não foi a única medida de moralidade institucional duvidosa de Adams. Conforme ensina Mendes (2016, p. 49), naquela época, a responsabilidade de entrega dos termos de investidura era do Secretário de Estado, cargo então ocupado provisoriamente por John Marshall, federalista, que exercia também o cargo de Presidente da Suprema Corte. Essa concorrência funcional, à luz dos acontecimentos que se seguiram, mostra-se um conflito de interesses convenientemente ignorado na maioria das leituras modernas sobre o caso.

Novamente, diz Mendes (2016, p. 49) que John Marshall foi nomeado ao cargo de Secretário de Estado em junho de 1800. Com a abertura de uma vaga na Corte ao final do mesmo ano, após a derrota histórica dos federalistas nacionalmente, John Adams retirou o nome que já tinha mandado ao Senado e decidiu nomear Marshall, que nunca teve experiência jurídica anterior, ao cargo de Juiz Presidente da Suprema Corte, no começo de 1801. Como o Senado não tinha aprovado um novo Secretário de Estado, Marshall exerceu os dois cargos ao mesmo tempo.

Apenas dois dias se passaram entre a nomeação dos novos juízes e a posse de Thomas Jefferson como presidente. Nesse período, a maior parte dos termos de investidura foram entregues regularmente por John Marshall, então atuando como Secretário de Estado do gabinete de John Adams, dando efetividade ao plano federalista. William Marbury, contudo, não conseguiu ter seu termo de investidura entregue a tempo. Mendes (2016, p. 50) lembra que o presidente eleito nomeou ao cargo de Secretário de Estado o antifederalista James Madison, que se recusou a entregar o termo de investidura de Marbury.

Por entender ter o direito ao termo de investidura e a conseqüente posse no cargo, William Marbury ajuizou um pedido de *writ of mandamus* - mandado de segurança - na Suprema Corte em face de James Madison, então presidida por quem não conseguiu entregar tempestivamente o seu termo de investidura, John Marshall.

O argumento de Marbury é simples. O federalista afirmava que a assinatura do seu termo de investidura tornou-o válido e eficaz, sendo a recusa de lhe entregar o documento uma violação de seu direito certo ao cargo. Dessa forma, requereu à Suprema Corte que

determinasse que o Secretário de Estado procedesse com a sua entrega, conforme Mendes. (2016, p. 50).

Dessa forma, estavam já lançados diversos questionamentos que testariam os limites da república americana. A separação de poderes tal como pensada na Constituição em nada fala de coerção por um poder sobre outro poder. A bem da verdade, não há na Constituição qualquer referência expressa a um poder inerente de judicial review. Teria então o Judiciário legitimidade para contradizer uma ação do Executivo?

O Presidente da Corte e autor do voto, John Marshall, sistematizou os fundamentos de sua decisão em três questionamentos basilares:

- 1) Marbury tem direito ao termo de investidura?
- 2) Se Marbury tem direito ao termo de investidura, existe um remédio legal apropriado que garanta que ele o receba?
- 3) Existindo esse remédio, tem a Suprema Corte competência jurisdicional para exercê-lo?

Contrariando as expectativas políticas, a Corte indeferiu o pedido de Marbury. Embora John Marshall tenha respondido afirmativamente aos dois primeiros questionamentos, entendeu-se que a Corte não teria competência para analisar o pedido mandamental, porque a lei que concedeu legitimidade ativa para William Marbury propor o mandado de segurança diretamente na Suprema Corte era inconstitucional.

Por isso, o último questionamento é o que dá azo à celebração do caso como precedente para o controle de constitucionalidade difuso. A Corte entendeu que, embora tivesse legitimidade para determinar a coerção dos outros poderes, o que lhe teria sido conferido pelo Congresso através do Ato do Judiciário de 1789, a seção que lhe conferia competência originária violava a Constituição. E, por entender ser papel inerente do judiciário na common law a criação e definição do direito, caberia à Suprema Corte à última palavra sobre a interpretação correta da Constituição.

Aqui, o que se extrai de relevante é a corda bamba que a Corte andou para balancear sua falta de força política concreta e a sua legitimidade institucional. Muito habilmente, Marshall foi capaz de costurar um julgado que, embora não agravada ambos partidos políticos, terminou por criar um instituto jurídico próprio que aumentou o poder da Corte. É o que nos ensina Bulos (2015, p. 193):

Marshall, com argúcia, foi pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte americana. Concluiu que a Lei Judiciária de 1789, que permitia ao Tribunal expedir mandados para sanar atos i legais do Executivo, violava a Carta

estadunidense, cujo art. 111, seção 2, disciplinava a competência originária da Suprema Corte. Como as atribuições da Suprema Corte estavam, taxativamente, disciplinadas no Texto Magno dos americanos, o Congresso não poderia, por meio da Lei Judiciária de 1 789, ampliá-las.

É de todo certo que a doutrina americana aponta várias críticas ao julgamento.¹⁵ Por exemplo, critica-se a própria participação de Marshall no julgamento do caso. Como relatado anteriormente, ele era diretamente interessado no resultado, porquanto era o Secretário de Estado de John Adams, tendo entregado diversas investidas que foram assinadas na mesma noite da de Marbury, o que expõe um conflito de interesses que dificilmente se sustenta à luz da ética.

De toda forma, não é relevante se estender muito mais nessas críticas jurídicas fundamentadas em direito americano. Para os fins desta monografia, o que se entende importante é assentar que o caso citado pela maioria dos manuais como a origem do controle de constitucionalidade é, na verdade, baseada em raciocínio jurídico usado para costurar acordo político – e não encontra na Constituição americana qualquer disposição específica.

Saindo do *common law*, para se continuar nessa exploração histórica do controle, cabe trazer o grande debate travado no Direito Continental sobre o controle de constitucionalidade.

1.3.2 O debate Kelsen x Schmitt

No início do subcapítulo anterior, trouxe-se citação do Ministro Gilmar Mendes sobre a posição de Kelsen acerca do controle de constitucionalidade. De fato, Kelsen foi ardente defensor da existência de uma jurisdição constitucional especializada e “superior” para dar eficácia ao sistema. Na sua famosa pirâmide¹⁶, a Constituição se sobressai sobre as demais normas ao informar a validade das normas – próximo da ideia de regra de reconhecimento, de Hart¹⁷.

¹⁵Conforme alerta Bulos (2015, p. 194).

¹⁶Que nunca existiu e se trata de construção doutrinária sobre os escritos do teórico, como lembram Rafael Lazzarotto Simioni e Fafina Vilela de Souza. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen> > Acesso em 01/05/2022.

¹⁷Como ensina Leslie Green: “A customary practice of those whose role it is to identify and apply primary rules, the rule of recognition provides ultimate criteria of legal validity by determining which acts create law. The rule of recognition itself is neither valid nor invalid; it simply exists as a matter of social fact or it does not. But when it does exist, and when people use it as a standard for appraising behavior, then the language of validity and invalidity comes to life, and a legal system is born.” Disponível em: <

A certeza peremptória na necessidade de um “juiz constitucional” não era compartilhada por Schmitt, que travou grande debate acadêmico com Kelsen na primeira parte do século XX sobre quem deveria ser o guardião da Constituição e da existência autônoma de uma jurisdição constitucional. O debate interessa porque introduz as questões centrais da crítica contemporânea ao controle judicial que serão defendidas neste trabalho: legitimidade institucional e democracia.

No fundo, toda decisão de excluir uma norma do ordenamento jurídico, aprovada democraticamente pelos representantes do povo, esbarra no problema da legitimidade institucional de burocratas não eleitos influenciarem a agenda nacional por meio de suas decisões. Esse problema não é ignorado pelos autores constitucionais. Todos oferecem explicações teóricas que buscam dar significado democrático à jurisdição – normalmente se socorrendo a um inquérito neokantiano e metafísico do direito.¹⁸

Por exemplo, ao falar da legitimidade do Supremo Tribunal Federal em decidir matérias relevantes da política nacional, Barroso (2018, p. 237) defendeu que a jurisdição constitucional “é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto e complemento’. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo.”

Schmitt (2006, p. 12-70) nunca se convenceu. No cerne da sua crítica está a conceituação do “político” como uma relação inserta no binômio amigo-inimigo – o que torna a atuação jurisdicional de uma Corte sempre política, porque decide sobre essa relação¹⁹. Nesse sentido, o guardião da Constituição deve ser o Presidente do *Reich*, porquanto ao menos usufrui da maior legitimidade democrática para decidir quem é quem nesse espectro amigo-inimigo, e é mais qualificado para expressar a vontade da “nação” soberana. Medeiros (2020, p. 67) conclui que:

https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1770&context=sc_holarly_works> Acesso em: 01/05/2022.

¹⁸STOBBE, E. L.; TREVISAN, L. S. **O conceito de direito em Immanuel Kant: positivismo radical ou não-positivismo superinclusivo?** Griot: Revista de Filosofia, [S. l.], p. 354–376, 2018. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/griot/article/view/789>. Acesso em: 2 maio. 2022.

¹⁹ARDITI, Benjamín. **Sobre o "político"**: com Schmitt e apesar de Schmitt. Caderno CRH [online]. 2008, v. 21, n. 54 pp. 423-438. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-49792008000300002>>. Epub 13 Mar 2009. ISSN 1983-8239. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-49792008000300002>. Acesso em: 01/05/2022.

Para Carl Schmitt, o exercício da jurisdição constitucional não teria uma natureza propriamente jurisdicional, uma vez que não se limitaria a subsunção de uma prescrição normativa a um fato típico. O controle de constitucionalidade, sendo um parecer realizado a partir de um exame do conteúdo da norma, se aproximaria mais de uma atividade legislativa ou administrativa. Ou seja, seria necessariamente política a missão de dirimir dúvidas e incertezas a respeito da essência de uma determinada lei, sobretudo quando se tratasse da atividade de precisar de modo autêntico o conteúdo de conceitos imprecisos e indeterminados contidos no texto constitucional, elementos que hoje em dia poderíamos comparar aos princípios

Kelsen (2013, p. 240), por outro lado, critica a posição de Schmitt porque sua perspectiva parte do princípio de que o exercício do poder não está restrito ao processo legislativo, já que toda sentença carrega um elemento decisório. Nesse sentido, Ladeira, Medeiros e Conti (2020, p. 182) assinalam que, para Kelsen, “tanto a legislação quanto a jurisdição seriam funções ‘políticas’”. E que “um tribunal constitucional seria um órgão político mais adequado do que o Executivo para exercer o controle de constitucionalidade”, porquanto “é indubitável que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia [...] o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la” (Kelsen, 2013, p. 240).

Merece especial atenção o fato de que a Constituição que primeiro seguiu o modelo Kelsiano restringia o controle à matéria eminentemente federativa – isto é, na Constituição da Checoslováquia de 1920, as questões que o Tribunal Constitucional conhecia se restringiam às controvérsias de conflito legislativo entre os estados membros e a própria federação, consoante suas competências legislativas.²⁰²¹²² Como Kelsen avaliaria os modelos contemporâneos de controle abstrato de controle, não se sabe. Certo é que existe diferença entre o controle formal de competência legislativa que defendia e a valorização meritória que encontramos nas democracias liberais.

Nesse sentido, Medeiros (2020, p. 68) conclui a importância desse debate no contexto atual:

O fato é que, guardadas as proporções, a discussão travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt guardam grande pertinência com o atual debate em torno do controle de constitucionalidade e do ativismo judicial, sobretudo relativamente à natureza da jurisdição constitucional e o papel que joga na separação de poderes ao confiar

²⁰KELSEN, Hans. **Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution.** In: *The Journal of Politics*, vol. 4, no. 2, 1942, pp. 183–200. Disponível em: <<https://doi.org/10.2307/2125770>>. Acesso em 03/05/2022.

²¹Disponível em: <<https://www.usoud.cz/ustavni-soud-csr-1920-1948/>> Acesso em: 23/05/2022.

²²DEENER, David. **Judicial Review in Modern Constitutional Systems.** *American Political Science Review*, 46(4), 1079-1099. Disponível em: <doi:10.2307/1952114> Acesso em: 23/05/2022.

demais em tribunais para decidirem assuntos essencialmente políticos, através da revisão da legislação democraticamente posta, ou dos atos normativos gerados no ramo do poder executivo. No contexto do ativismo judicial, essa contradição entre atividade legislativa e judiciária ganha enorme importância a partir do momento que juízes atuam para além da função limite de “legislador negativo” e criam normativas a partir de interpretações excessivamente criativas do ordenamento jurídico-constitucional.

Aqui, o que desponta de mais relevante na doutrina schmittiana é a sua objeção teórica ao controle judicial de constitucionalidade como método neutro de ordenação do sistema. Em uma sociedade que se organiza em agrupamentos políticos que competem democraticamente entre si, a existência de um órgão não democrático com poderes legislativos torna-se um contrassenso que o autor nunca conseguiu – ou sequer quis – transpor.

Pegando o caminho da crítica de Schmitt à Kelsen, interessa unir a leitura contemporânea sobre os efeitos do neoconstitucionalismo – ativismo judicial e a judicialização da política – com a abertura postulatória a partidos políticos prevista na Constituição. Adaptando o brocardo, todos os caminhos levam ao Supremo Tribunal Federal.

1.4 Supremocracia – O STF na encruzilhada entre a politização da justiça e o ativismo judicial

Existe um ponto de encontro que une tudo que foi exposto até aqui. Neoconstitucionalismo, controle de constitucionalidade, ativismo e politização da justiça alcançam significado concreto quando analisados à luz de fenômeno que todo brasileiro consegue identificar: o protagonismo do Supremo Tribunal Federal nas pautas diárias da agenda nacional. Seja no jornal noturno, nas capas de revistas e dos jornais, nos bares, esquinas e salas de aulas, o Supremo está no centro da vida política. Pode-se até não se entender o porquê ou o como. Mas é um mal-estar que está lá. Oportunamente, Oscar Vilheira Vieira²³ deu nome aos bois: Supremocracia.²⁴

A história de como se chegou aqui começa, logicamente, com a Constituição Federal. Nossa Carta tem a forte carga simbólica e valorativa típica das experiências democráticas recentes. Dentre os enumerados, são 78 direitos e garantias individuais e 34 direitos sociais, sem contar os tantos outros direitos e deveres da Administração Pública

²³VIEIRA, Oscar. **Supremocracia**. Revista Direito GV São Paulo, São Paulo: n. 8, julho/dezembro, 2008. p. 441-463.

²⁴Medeiros (2020, p. 19) localiza outros conceitos que parecem falar da mesma coisa: juristocracia, judicialização da vida, revolução judiciária e ministocracia.

no exercício das suas funções típicas. No mais, o texto prevê princípios que devem ordenar a atuação do Estado, bem como o dirige a atuar de determinadas maneiras. Nas palavras incisivas de Bulos (2015, p. 121) “a Constituição brasileira de 1988 é longa, pleonástica, amplíssima, detalhista, minuciosa e dirigente, em nítida oposição aos textos sintéticos, tópicos e sucintos”.

Ainda conforme Bulos (2015, p. 151), para o estudo do controle de constitucionalidade, importa notar que a interpretação das normas exige reconhecer que naquelas Constituições dirigentes, como a brasileira, “a situação complica-se ainda mais, porque elas consagram compromissos a serem realizados, programas a longo prazo, promessas dependentes de providências legislativas posteriores, que não se sabe quando serão tomadas”.

Mendes (2016, p. 71) destaca que a jurisprudência do STF dá ao conteúdo das normas programática – aquelas que consagram caminhos e princípios socioeconômicos²⁵ a serem seguidos – grande volume significativo:

As normas programáticas impõem um dever político ao órgão com competência para satisfazer o seu comando, condicionam a atividade discricionária dos aplicadores do direito, servindo de norte teleológico para a atividade de interpretação e aplicação do direito. Impedem comportamentos contrários a elas mesmas, podendo gerar pretensões a abstenção.

Barroso (2018, p. 139) explora como essa forte carga valorativa e principiológica pressionou a adoção de uma teoria constitucional que não se limitasse a ser meramente enumerativa, mas que busca efetivar os direitos:

A doutrina da efetividade se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a convocação da Assembleia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988. Partindo da constatação ideológica de que o constituinte é, como regra geral, mais progressista do que o legislador ordinário, forneceu substrato teórico para a consolidação e aprofundamento do processo de democratização do Estado e da sociedade no Brasil.

Para realizar esse objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

²⁵Por exemplo: Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Em apontamento parecido, mas de viés mais crítico, Bulos (2015, p. 78) fala em espécie de “totalitarismo constitucional” promovido pela Constituição de 1988, porquanto “além das disposições de direitos sociais e econômicos, o constituinte previu normas programáticas de índole financeira, securitária, educacional, cultural, desportiva etc.” E também que “a experiência comprova que o detalhamento de conteúdos leva à ineficácia social das disposições supremas do Estado”. O mesmo autor (2015, p. 86) também traz reflexão sobre como o neoconstitucionalismo introduziu corrente principiológica de pouco rigor acadêmico ao pensamento jurídico contemporâneo:

Outra novidade do neoconstitucionalismo é a deturpação e o exagero quanto a certos institutos e categorias dogmáticas. Foi o que fizeram com os princípios constitucionais. Supervalorizaram tanto as normas-princípio, que elas passaram a ser mais importantes do que as normas em geral. E, como tudo virou princípio, muitos juízes deixam de aplicar as normas jurídicas, em nome de ilações e mais ilações, transformando conjecturas em certezas, probabilidades em axiomas, deturpando a grande importância que os princípios, verdadeiramente, possuem.

De certa forma, portanto, o neoconstitucionalismo cresce melhor no Brasil pois o terreno é fértil. Vez que a Constituição prevê certos direitos substanciais que balizam a atuação estatal, e igualmente dispõe de princípios axiológicos que devem informar a condução do Estado, abre-se largo caminho para justificar uma teoria de atuação mais enérgica dos Poderes na efetivação de direitos.

Essa parece ser a melhor forma de introduzir dois conceitos explorados nesta monografia: ativismo judicial e a politização da justiça. Aqui, arrisca-se dizer que um se justifica como consequência do outro.

1.4.1 Ativismo judicial

O ativismo judicial, enquanto conceito doutrinário, encontra origem nos Estados Unidos. Segundo Medeiros (2020, p. 19) o termo foi utilizado pela primeira vez pelo historiador Schlesinger Jr. ao diferenciar os membros da Suprema Corte americana entre juízes “ativistas” e “não ativistas”. No seu sentido mais elementar, Bulos (2015, p. 442) conceitua-lo como o “ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo.”

Diversos autores tecem críticas ao fenômeno²⁶. Bulos (2015, p. 442) chama-lo de “veículo de fraude à Constituição”, porquanto “o juiz desborda o núcleo essencial da jurisdição. Em vez de dizer o direito nos conflitos de interesse, passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais, indo muito além da criatividade natural que permeia o *múnus judicante*”. Ramos (2015, p. 133) o descreve como a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”. Já o Ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 27.931-1 sustenta que “interpretações regalistas da Constituição que visem a produzir exegeses servilmente ajustadas à visão e à conveniência exclusivas dos governantes e de estamentos dominantes no aparelho social representariam clara subversão da vontade inscrita no texto de nossa Lei Fundamental”.

Em trabalho específico sobre o ativismo judicial e o princípio de deferência à Administração, Medeiros (2020, p. 26) sintetiza o conceito:

Assim, ativismo significa que instituições judiciais sejam atuantes no sentido de não somente fazer cumprir a lei em sentido formal, mas de assumirem uma postura audaciosa em sede de interpretação de princípios constitucionais de caráter abstrato, como princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e da isonomia, princípio democrático, entre outros, reivindicando para si a competência institucional e a distinção intelectual para dar sentido preciso a estes termos.

No bom português, concretamente, a prática consiste no uso de princípios e axiologias para justificar tomadas de decisão que fogem à literalidade da norma, para consagrar a efetivação de um direito. À luz do nosso amigo, o neoconstitucionalismo, encontra-se no ativismo a sua arma de preferência. É a salada de princípios, que Streck²⁷ chama de “pamprincipiologismo” e Sundfeld²⁸ nomeia “farra dos princípios”. Com um boa dose de criatividade e um espírito inventor, todo juiz consegue decidir que o “princípio Y” confrontado com o “princípio X” se sobressai para, em análise de razoabilidade, decidir conforme Z ou W.

Por si só, esse raciocínio não é problemático. A função interpretativa da jurisdição encontra fundamento na própria divisão dos poderes. Nesse sentido, Ramos (2015, p. 122)

²⁶Aqui cabe pequena digressão para assentar que há diferença qualitativa entre o “ativismo” passível de crítica nos países de direito germânico-continental e aquele dos países de *common law*. Nesses últimos, a decisão judicial é fonte de direito primária e, por isso, o ativismo assume contornos aceitáveis e menos estranhos. Por isso, lá a discussão se desloca do plano da Teoria do Direito e passa à Filosofia do Direito, com críticas à legitimidade democrática do *judicial review*, conforme ensina Ramos (2015, p. 122).

²⁷STRECK, L. L. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 49, n. 194, abr/jun, 2012. p. 9

²⁸SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.5

destaca que “as decisões judiciais são necessariamente criativas e inovadoras [...] porque está não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados, e porque não dizer, enriquecidos”.

De toda sorte, a noção está intimamente ligada à ideia de divisão dos poderes. O ativismo se manifestaria na invasão daquele espaço típico dos outros poderes. Medeiros (2019, p. 46-64) desenvolve a existência de duas perspectivas críticas ao fenômeno. A oitocentista, ou clássica, baseada nas teses de Locke e Montesquieu, em que a divisão funcional evita a tirania do poder²⁹; e a contemporânea, que encontra nessa divisão uma estratégia racional de exercício do poder estatal, em que certos poderes seriam melhor qualificados para atuar conforme sua legitimidade institucional e capacidade funcional, defendida por Waldron e Vermeule.

A questão de quando, e se, o Supremo Tribunal Federal usa do ativismo judicial parece ser controvertido na doutrina. Ramos (2015, p. 230-282) sustenta que a Corte foi ativista em quatro momentos: (i) modulação temporal do art. 27 da Lei n. 9.868/99; (ii) perda do mandado por infidelidade partidária; (iii) proibição ao nepotismo; e (iv) declaração da eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 208, IV, da Carta Magna, que garante o direito à educação infantil, em creche pré-escolar. Já Bulos (2015, p. 442) discorda da caracterização ativista nessas situações, mas fala em ativismo na decisão da Reclamação 4.335-5, que concluiu pela mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

Como se desenvolverá no capítulo três desta monografia, ousa-se adicionar ao catálogo do ativismo proposto por esses professores a atuação do STF nos julgamentos recentes de ações ajuizadas pelo partido Rede Sustentabilidade – em especial a ADPF nº 913.

1.4.2 Judicialização da política

Se o ativismo é espada do neoconstitucionalismo, a judicialização da justiça (por vezes chamada de politização da justiça)³⁰ é a procedimentalização das regras do

²⁹No mesmo sentido da famosa teoria dos pesos e contrapesos, como proposta por Hamilton e Madison nos *Federalist Papers*.

³⁰Segundo Débora Maciel e Andrei Koerner, os termos expressam conceitos correlatos que explicam a atual expansão do Judiciário. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política:**

combate. Ou seja: enquanto o ativismo judicial consiste no método interpretativo que possibilita atingir conclusões que expandem a finalidade da norma como proposta pelo legislativo, a judicialização da política é justamente o processo de transferência do poder decisório para o Judiciário.

No clássico sobre o tema, C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder³¹ indicam dois sentidos para o conceito: a expansão da competência dos tribunais às custas de políticos ou de administradores; e a expansão de métodos decisórios da seara judicial. Ladeira e Moura (2018, p. 468) entendem que o controle de constitucionalidade se encaixa bem nessa definição, compondo “uma forma importante de sobrepor o poder judiciário sob os outros poderes.”

Hirschl (2009, p. 142) diz que a “judicialização da política” é um termo “guarda-chuva” que abrange três diferentes processos: i) a intervenção para limitar a atuação dos demais poderes para garantir as liberdades civis; ii) a elaboração de políticas destinadas a assegurar a isonomia substancial; e iii) a resolução de controvérsias políticas centrais ao debate popular.

Ramos (2015, p. 283-295) narra a ascensão histórica da politização como um fenômeno causado pela adoção do modelo de Estado Intervencionista, inaugurado após a Segunda Guerra Mundial, com o destaque de ser um fenômeno mundial. Ao que se parece, Vieira (2018, p. 443) identifica a mesma origem, mas prefere destacar a adoção de constituições rígidas com controle de constitucionalidade centralizado, como é o caso da Alemanha e Itália.

Sua razão de ser, apontam Ladeira e Moura (2018, p. 480), foi causada por movimento de restrições impostas a maiorias parlamentares em consequência da enumeração constitucional de direitos humanos a serem protegidos. Nesse período, havia profunda desconfiança do poder legislativo e das cortes ordinárias, causado pelo seu fracasso em impedir a ascensão do fascismo e do nazismo, o que exigia um “novo tribunal” que conseguisse centralizar essa proteção.

No Brasil, Ramos (2015, p. 155) traz paradigma histórico que lembra como as primeiras constituições brasileiras continham cláusulas expressas que vedavam ao Poder

duas análises. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 5 maio. 2022. Escolhe-se falar em “politização da justiça” por coerência lógica com o resto do capítulo – em especial os ensaios sobre Schmitt, que muito antes de todos já falava em politização do Judiciário.

³¹TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York University Press New York, 1995.

Judiciário o conhecimento de questões eminentemente políticas. É o caso do artigo 68 da Constituição de 1934.³² Em 1988, consoante já pincelado anteriormente, a Constituinte democrática seguiu o mesmo caminho das Constituições europeias para consagrar direitos individuais a serem protegidos das maiorias parlamentares. Abandonou-se as “restrições políticas” por uma corrente jurídica expansiva de direitos, como acentua Mendes (2016, p. 412):

Não se reconhece indenidade aos atos ou decisões políticas se eles afetam ou ameaçam direitos individuais. Essa é orientação pacífica do Supremo Tribunal desde os primórdios da República. [...] Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação.

Mas, Argulhes (2009, p. 7) não concorda com a datação histórica proposta por Gilmar Mendes. Para ele, o fenômeno da judicialização é relativamente recente, posicionamento compartilhado por Ladeira e Conti (2021, p. 517), que sustentam que “foi preciso uma alteração no comportamento dos agentes” para chegar no atual nível de politização onde o Judiciário se encontra. Nesse sentido, Vieira (2008, p. 445) pontua que a adoção das súmulas vinculantes foi elemento necessário para centralizar o Judiciário institucionalmente no Supremo e dar azo à politização.

Independentemente de quando começou, a consequência é certa. Ainda em 2008, no zênite do otimismo econômico brasileiro, Vieira (2008, p. 442) alertava que, de uma década para outra, a população percebeu que “questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão.” Atualmente, atreve-se dizer que a situação é muito pior³³. Afinal, parcela considerável do eleitorado encontra no STF o seu vilão favorito.

Até que ponto o estado atual da República poderia ter sido antecipado é questão impossível de ser respondida cientificamente. De toda forma, embora autores de renome possam ser localizados que há muito identificam as consequências nefastas à ordem democrática que essa situação causa, escolhe-se usar do crítico original para fechar suas decorrências. Schmitt (2006, p. 93-94) pontua:

³²Art. 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

³³Afirmção que não parece polêmica ou exagerada para quem viveu os anos de 2020 e 2021 na República Federativa do Brasil.

O fato, aqui, de se chegar a acordos e de tais acordos serem concluídos com a maior naturalidade é a melhor prova de que os partidos políticos, sob o reconhecimento geral, tratam o objeto do litígio constitucional como algo suscetível a seu entendimento e acordo, destarte também a sua disposição.

[...]

Apesar disso, as extremas consequências daquelas construções de direitos subjetivos permanecem teoricamente dignas de consideração, a Constituição deixaria de ser tratada como decisão política da totalidade do povo, homogêneo em si, os ditos órgãos estatais, i.e., os detentores dos plenos poderes estatais, poderiam ver seus plenos poderes e competências como direitos subjetivos que exercem nas organizações sociais, cuja incumbência se tornaram "órgãos estatais", e reclamar contra organizações hostis, em caso de necessidade, também pela via processual. A volição estatal tornar-se-ia, em sua totalidade e em todos os detalhes importantes, um acordo, cujos parceiros - os detentores sociais do poder que formam o Estado pluralista — de acordo com a situação da coisa, fariam valer em breve direitos subjetivos à detenção do poder estatal por meio dos órgãos estatais por eles constituídos, mas em breve, caso se trate de escapar ao risco político, se recordariam de que, "formalmente" e "como direito público", absolutamente não existem.

Em comentário certo, Lars Vinx³⁴ sintetiza o alerta de Schmitt sobre a jurisdição constitucional:

Constitutional provisions, in contrast to ordinary statutes, are often too vague and open-textured to allow for uncontroversial application. As a result, a constitutional court would be forced to take political decisions, decisions that are no longer justifiable as applications of determinate legal norms. It would have to act as a constitutional legislator and thus violate the separation of powers. **The introduction of a constitutional court, Schmitt concludes, would not de-politicize constitutional conflict but rather politicize the courts and thus undermine the legitimacy of judicial activity.**

1.5 Simbiose juspartidária – Entre o Governo de Juízes e o Governo com Juízes

Na natureza, as espécies vivem em constante conflito por espaço, nutrientes e parceiros, que de tão contínuo dá ao meio-ambiente previsibilidade e segurança. Em condições ideais, o número de plantas disponíveis informa o número de herbívoros que importa no número de carnívoros³⁵. Já nas relações institucionais de Brasília, até onde se consegue falar em equilíbrio? E, à luz da Supremocracia, o que a Rede significa para a Ecologia Institucional?

³⁴VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law.** (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

³⁵O que é o conhecido conceito de “competição”, conforme: HUNTINGFORD, Felicity. **Animal conflict.** London: Chapman and Hall, 1987.

Talvez contraditoriamente ao espírito do exposto até aqui, entende-se incorreto firmar a impropriedade da politização da justiça enquanto fenômeno por si só. É fácil identificar que os “avanços civilizatórios” advindos do controle de constitucionalidade neoconstitucionalista e liberal de fato aconteceram. Nos Estados Unidos, os célebres casos *Brown v. Board of Education*³⁶, *Loving v. Virginia*³⁷, *Roe v. Wade*³⁸ e *Obegerfell v. Hodges*³⁹ foram marcos da luta pelos direitos civis. No Brasil das últimas duas décadas, muitos dos direitos de grupos marginalizados, como o casamento de pessoas do mesmo gênero no julgamento da ADPF nº 132, a criminalização da homofobia no julgamento da ADO nº 26, entre outros, ocorreram como consequência de uma criação judicial ativista e política.⁴⁰

Nesse sentido, é difícil precisar os pesos da balança no desenho constitucional, considerando o conflito legitimidade-democracia no mundo concreto. A atuação contramajoritária das Cortes Constitucionais foi positiva para o gozo de direitos e a materialização de melhores condições sociais. Ao mesmo tempo, a tensão criada por uma percebida exacerbação do papel do Judiciário também é nociva à própria legitimidade constitucional.

Moraes (2016, p. 1996) sustenta ser necessário usar do “bom-senso” quando se justifica a jurisdição constitucional:

O bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

Nesse ponto, é bom destacar o óbvio que não é muito dito: não foi o Supremo Tribunal Federal que redigiu o artigo 103 da Constituição. Aliás, à época, os Ministros marcaram posição firme contra a expansão da legitimidade ativa no controle de

³⁶Que invalidou a prática da segregação racial nas escolas.

³⁷Que invalidou lei que proibia o casamento interracial.

³⁸Que garantiu o direito ao aborto.

³⁹Que garantiu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo gênero.

⁴⁰Como defendeu Barroso (2018, p. 255) ao falar do papel contramajoritário da Corte.

constitucionalidade para além do PGR, receosos de uma “hipertrofia” das funções do Tribunal, como narram Andrei Koerner e Lígia Freitas.⁴¹ O STF trabalha com as ferramentas que possui, e parece ser equivocado analisar o atual mal-estar dos poderes sem dar à Corte o benefício da boa-fé de que esse resultado não lhe foi antecipado, ou mesmo quisto.⁴²

Mas, *it take two to tango*. Ou, no popular, *quando um não quer, dois não brigam*. O STF age por impulso de agentes políticos, que, conforme à citação schmittiana já aqui transcrita antes, “tratam o objeto do litígio constitucional como algo suscetível a seu entendimento e acordo”. Toda crítica à politização da justiça, dessa forma, precisa levar em conta que o desenho constitucional estimula a litigância partidária – cuja proporção é catalisada pelo neoconstitucionalismo.

Taylor e Da Ros (2008, p. 838-843), ao estudarem a litigância partidária nos governos FHC e Lula, identificaram três fatores pelos quais partidos políticos vão ao Supremo: (i) como tática de oposição; (ii) como arbitragem de interesses de conflito; e (iii) como instrumento de governo.

No primeiro, “os tribunais são acionados com o propósito de declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo” (2008, p. 838). Aqui, é claro o propósito de tentar derrotar o adversário político fora da arena legislativa e usando do Judiciário como instância de último recurso. Os autores trazem a ADI contra Medida Provisória como exemplo clássico desse caso.

No segundo, os partidos ajuízam “ações nos casos em que determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros” (2008, p. 840). É o caso de querer discutir as normativas que redistribuam o poder político entre órgãos, em especial as regras eleitorais.

No terceiro, o partido busca uma “‘mão amiga’ da instituição máxima do Poder Judiciário para que esta implemente ou se pronuncie de forma favorável a políticas públicas

⁴¹KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. (2013). **O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, No. 88, pp. 141-184.

⁴²Aqui cabe interessante destaque de Bogéa (2018, p. 96), que lembra o voto do Ministro Paulo Brossard no julgamento da ADI nº 259, ajuizada pelo PT contra MPs editadas pelo presidente Fernando Collor: “*Quando a Constituição dá a determinadas entidades legitimação para ajuizá-las, não dá gratuitamente, não é apenas para homenagear esta ou aquela autoridade, esta ou aquela entidade, é para que estas entidades possam prestar verdadeiro serviço público; [...]O STF não pode ser transformado em uma espécie de “roda dos expostos” à porta do qual e a seus cuidados sejam abandonados os rebentos espúrios ou assim supostos para os quais os autores não voltam mais os olhos.*”

de interesse do próprio governo” (2008, p. 842). É quando se tem ADIs propostas pelo próprio Presidente da República, nos casos de paralisia decisória que necessite superação para garantir a efetividade da agenda do Executivo.

Usando da moldura proposta pelos autores, o que a Rede faz é *weaponize* (estrategiar e armar) o controle que lhe é disponível para avançar suas pautas políticas e barrar os planos do governo (independentemente do seu mérito). Ora, novamente se faz o destaque de que nenhum outro partido usa da via judicial como a Rede, que tem “sustentabilidade” no nome.

E, mais do que a mera intenção de vetar uma política pública, no entanto, o acionamento do Supremo garante ao partido publicidade para vocalizar sua oposição ao governo, sinalizando “trabalho” para sua base. Nessa perspectiva, o fato de a Rede não conseguir aprovar uma lei ou vetar uma Medida Provisória não importa, porque seu departamento jurídico dá efetividade ao programa político do partido por meio da litigância constitucional. Mais grave: se não importa, não há sequer estímulo para que tal comportamento cesse. Taylor e Da Ros (2008, p. 828) dizem que “se o custo de desafiar a política nos tribunais é relativamente baixo, há pouca razão para que os oponentes ao governo não façam uso dessa tática”.

À primeira vista, portanto, parece mesmo que a relação da Rede com o STF é simplesmente parasitária. O partido usa da sua prerrogativa para crescer em cima da deslegitimação e desgaste da Corte, ganhando “pontos políticos” com sua base jovem e bastante *online* sem precisar se desgastar com as lideranças partidárias no Congresso, colhendo, inclusive, frutos midiáticos da sua atuação jurisdicional – tudo isso sem ter qualquer estímulo para parar.

Por outro lado, no citado trabalho de Bogéa, o autor não faz uma análise específica dedicada a um partido em especial, mas firma a relação Supremo-Partido como de mutualismo, portanto reconhecendo que o Supremo consegue se beneficiar da litigância partidária. Do seu ponto de vista (2018, p. 86), a Corte consegue extrair capital político necessário para alimentar sua própria autoridade.

O cerne do argumento é a superação do senso-comum da Corte Constitucional enquanto árbitra de uma litigância constitucional “legítima”, em que o STF estaria sendo chamado para decidir o que é a Constituição na presença de um vácuo legislativo. Ao contrário, o Autor sustenta que a evidência empírica demonstra que os partidos usam do Supremo estrategicamente em seu própria favor. Ou seja, não haveria um conflito entre

Supremo-Partido porque esse vácuo não existe enquanto motivo ulterior para a litigância partidária. Portanto, em suas palavras (2018, p. 125):

Sendo assim, as características da atuação de partidos na arena judicial reforçam a autoridade da Suprema Corte, abastecendo seu capital político e dotando-a de uma certa legitimidade difusa (Clark, 2011) para seguir em um caminho de “empoderamento” crescente. Se a Corte retira algum benefício dessa relação mutualista, como parece evidente, não o faz de forma unilateral, mas a partir daquilo que os próprios partidos tomam a iniciativa de fazer.

Daí porque Bogéa (2018, p. 144) faz interessante contraponto sobre a Supremocracia:

O STF não é todo-poderoso. Não vivemos uma Supremocracia (contra Vieira, 2008) porque o protagonismo político do Tribunal é ancorado na vontade de atores externos, dos quais a Corte depende para exercer e manter sua autoridade. Não há que se falar em governo de juizes, mas antes em governo com juizes (Sweet, 2000; Bogéa, 2016), em que as relações travadas entre o Supremo e atores eleitos, em particular, influenciam de forma central a governança de nosso sistema presidencialista.

O Autor lê o Supremo menos como uma instituição fraca que sempre se vê obrigada a aceitar passivamente o engordamento de suas funções ao custo de sua deslegitimação, e mais como mais um agente ativo da Ecologia que, ciente da sua centralidade, estrategicamente forma de assegurar sua autoridade, às vezes concedendo ao que partidos políticos querem, às vezes cedendo, mas sempre empregando planos que concretamente mantenham seu poder.

Portanto, no nosso presidencialismo de coalisão, o trabalho do STF desde a redemocratização foi de se elevar da função passiva que então ocupava e se centralizar na Ecologia institucional, como um *marketplace* da arena política, criando estratégias que terminam por balancear o sistema.

É difícil, no entanto, concordar com a tese de que o engordamento político do Supremo é um “ganho” (*netpositive*) para a Corte, sem que haja uma análise mais aprofundada das consequências práticas do desgaste do Judiciário. A centralidade pela centralidade não significa que o STF ganhou com essa relação, porquanto outros fatores influem nesse cálculo – e se faz menção aos ataques com fogo de artifício⁴³ que vez em quando a fachada do Supremo sofre.

⁴³<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/14/grupo-de-apoiadores-de-bolsonaro-lanca-fogos-de-artificio-contra-o-predio-do-stf.ghml>> Acesso em: 08/05/2022.

Aqui, a divergência se apresenta mais como conceitual. O ganho ecológico do Supremo pode ser parametrizado em relação à força que passa a ter em relação aos outros poderes, como parece fazer Bogéa; mas também poderia ser medido enquanto função da legitimidade institucional de sua atuação para com a sociedade. Sob esse último ângulo, atreve-se discordar do autor e firmar a relação do Supremo com a Rede como parasitária, porque não se localiza benefícios para a Corte. Ao contrário, o STF encontra-se hoje em delicada corda bamba com os poderes e com a população. Os seus riscos políticos nunca foram maiores.

Disso, contudo, não se extrai nenhum prognóstico do problema. Entende-se que o debate se torna mais rico quando, para além das críticas à própria atuação da Rede Sustentabilidade e ao neoconstitucionalismo, entra-se no núcleo do desenho institucional escolhido pela Constituinte para encontrar quais aspectos desse desenho pressionam a atuação de um Tribunal Constitucional submetido às regras mestras às quais o Supremo Tribunal está submetido.

Por isso, o próximo capítulo trata da teoria da otimização dos riscos políticos desenvolvida pelo americano Adrian Vermeule – em que o manejo institucional do poder centraliza o debate.

2 A OTIMIZAÇÃO DOS RISCOS POLÍTICOS

É preciso, assim, agir com rapidez, para impedir que se consume tamanha afronta à Constituição e ao ordenamento jurídico brasileiro. Se o Governo Federal segue em sua linha de desacreditar a ciência e as medidas de combate ao coronavírus, é preciso que os demais Poderes da República tragam o trem de volta ao trilho, afirmando e reafirmando, na medida do necessário, que os direitos fundamentais devem ser levados a sério.

A acepção do Constitucionalismo à luz da Ecologia permite estudar o comportamento das instituições políticas sob um enfoque behaviorista de interesses contrastantes, e oferece a vantagem de centralizar a interação institucional como uma característica importante da Teoria Constitucional. Mas, esse prisma diz pouco sobre os problemas inerentes ao desenho constitucional que pressionam externamente esse comportamento.

Para suprir essa lacuna, adota-se a teoria da otimização dos riscos políticos sustentada por Adrian Vermeule, que traz inédito (e, em terras brasileiras, praticamente inexistente) enfoque nos riscos decorrentes do desenho constitucional escolhido por cada Constituinte liberal, para concluir uma teoria da racionalização do estudo do Constitucionalismo.

Com esse fundamento teórico, procura-se cobrir dois ângulos possíveis da inter-relação Supremo-Rede, primeiro o comportamento dos agentes; depois o desenho institucional ao qual eles estão submetidos – para, ao final, no terceiro capítulo desta monografia, estudar o julgamento da ADPF nº 913 à luz desses dois conhecimentos acumulados.

2.1 O risco constitucional

Constituições podem alcançar diferentes significados, como todo Manual Constitucional faz questão de destacar. Fala-se em sentido sociológico, político ou culturalista, em Constituição “simbólica”, “moldura”, “dúctil”, e em cem outros termos. Vermeule (2014, p. 1) fala em “Constituição de Risco”, para realçar o que ele entende fundamentar toda escolha de criação e de interpretação constitucional, qual seja: uma

análise dos problemas passíveis de serem antevistos, parametrizados e, acima de tudo, prevenidos.

Vermeule busca, em síntese, propor uma teoria de racionalização do Constitucionalismo que consiga unir todos esses diferentes sentidos sob um único enfoque analítico. Como destaca Brand (2021, p. 47):

Há quem defina a constituição como um instrumento que cria e atribui poder ao Estado e ao governo para coordenar expectativas e a outras instituições para criar leis; outros entendem que a constituição vincula as maiorias e as protege de seus próprios excessos e falhas; ainda, que as constituições se prestam a proteger os direitos de minorias; ou que têm a função de enunciar os princípios morais de dignidade humana, liberdade e igualdade; e, mais genericamente, que as constituições balizam a democracia.

O autor defende, em resumo, que toda Constituinte ou posterior intérprete da Constituição, ao desenhar o Estado que está a criar, escolhe alocar o poder decisório de império em diferentes órgãos, pessoas, e instituições, criando riscos e oportunidades de crescimento e diminuição de esferas de influência sobre o poder. Nesse sentido, a melhor forma de racionalizar o estudo da Constituição é sob o prisma do risco criado por essas alocações. Indo além, Vermeule postula que a otimização desses riscos é a forma mais inteligente (ou madura) de pensar a criação e a interpretação das normas constitucionais, contrastando com visões precaucionárias do poder, que buscam reduzi-lo por medo das consequências do seu abuso.

Portanto, sua tese parte de algumas premissas que precisam ser explicadas e traduzidas. Primeiro, há de se definir o escopo do problema e quais são os riscos políticos referenciados. Segundo, é necessário expor o raciocínio lógico que permite chegar à conclusão do autor.

Brand (2021, p. 48) oferece as balizas necessárias para essa introdução teórica. “Risco” na teoria de Vermeule difere-se das análises mercadológicas que dominam a literatura sobre o tema. Hellmann (2021, p. 37), em trabalho especializado sobre riscos administrativos, destaca que a própria definição do conceito não é tarefa fácil, e que a doutrina encontra dificuldades em precisar seu escopo. De uma maneira geral, existe uma sobreposição entre “incerteza” e “risco”. Frank Knight⁴⁴ propôs uma diferenciação entre os termos:

A incerteza [...] pode ser considerada como a ocorrência casual e aleatória de algum evento cuja distribuição de probabilidade é completamente desconhecida – isto é, a

⁴⁴KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. [s.l.]: Hart, Scchaffner & Marx, 1921, p. 233.

incerteza se refere à ocorrência de um evento sobre o qual apenas se sabe que não é impossível. O risco, a seu turno, é a situação em que é possível relacionar os possíveis resultados e a probabilidade da sua ocorrência.

Assim, a diferença prática entre risco e incerteza, segundo Knight, é que, no risco, a partir de cálculos probabilísticos ou por estatísticas baseadas na observação da experiência passada, é possível estabelecer um grupo de resultados. Já no caso da incerteza, não há essa possibilidade, “porque a situação de que se trata é, em alto grau, única.

Já na teoria vermeuliana, Brand (2021, p. 48) explica que “risco” é um termo “guarda-chuva” que abrange as incertezas e ignorâncias, a não ser que o autor especificamente diga o contrário. No contexto de interpretação e elaboração das normas constitucionais, as incertezas derivam da possibilidade de identificar e tratar daquelas conjunturas potencialmente prejudiciais ao regular o funcionamento da sociedade, que podem ou não se materializar “e que muito possivelmente competem umas com as outras, porque as medidas tomadas para prevenir um risco podem exacerbar outro risco diferente, ou podem até exacerbar o próprio risco alvo”.

Vermeule (2021, p. 3), então, difere os riscos em duas ordens escalonadas. Os riscos de primeira ordem são os que resultam da atividade Administrativa do Estado, ou conforme diz Brand (2021, p. 49), são a “matéria-prima das políticas substanciais do governo”. Já os riscos de segunda ordem são aqueles que se originam das escolhas de desenho constitucional, da alocação do poder de decidir os riscos de primeira ordem entre diferentes instituições. Brand (2021, p. 49) os chama de “perigos políticos, que se materializam por conta dos desenhos institucionais”.

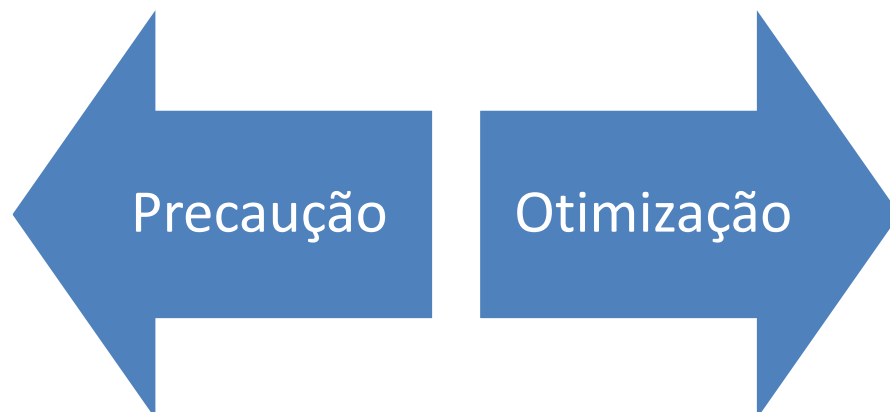
Como parece claro, o foco desta monografia será os riscos de segunda ordem, porquanto mais importam para se analisar as características específicas da Constituição Federal que contribuem para majorar os riscos do Supremo Tribunal Federal, permitindo estudo mais qualificado da sua relação com os partidos políticos, como estabelecido no primeiro capítulo.

O cerne da teoria vermeuliana está na constatação fática de que toda teoria constitucional se presta a regular os riscos advindos da alocação de poder entre diferentes instituições, segundo os valores mais caros a cada teoria (democracia, dignidade da pessoa humana, proteção às minorias, entre outros). Nesse sentido, o autor propõe um espectro conceitual que racionalize essas teorias entre aquelas mais ou menos propensas a querer diminuir o risco.

Em um extremo do espectro, está o constitucionalismo de precaução, em que intérpretes e criadores do desenho constitucional buscam diminuir os riscos políticos do

sistema por meio de obstáculos ao exercício do poder. Do outro lado, está o constitucionalismo de otimização, que não busca diminuir os riscos *a priori*, mas sim os otimizar.

Figura 2 – Espectro da Teoria da Otimização dos Riscos Políticos



2.1.1 O constitucionalismo de precaução

Segundo Brand (2021, p. 51), o constitucionalismo de precaução é aquele onde intérpretes e criadores constitucionais impõem restrições ao exercício do poder, porque receosos do seu abuso por agentes egoístas e/ou instituições megalomaníacas. Para a Professora, então, “a adoção dessas precauções visa impedir que os riscos decorrentes da alocação de poder entre as instituições – ditadura ou tirania, corrupção e violação de direitos de minorias ou outros danos decorrentes da política de similar gravidade – se materializem”.

A precaução, nesse sentido mais elementar, é característica que parece básica, praticamente um postulado fundamental de qualquer Constituição. De fato, o próprio Vermeule (2014, p. 12) destaca que os Estados burgueses têm aversão histórica à centralização do poder, e a desconfiança contra um monarca déspota é fenômeno que permeou as revoluções liberais do século XIX. Em sentido tanto mais flagrante, a Constituição americana é documento cujo traço mais marcante é a estruturação de um Federação contida, com mecanismos sofisticados de restrição ao exercício do poder unipessoal.

De uma maneira geral, isso se explica porque criadores de Estados, quando concebidos numa tradição burguesa, tendem a ter uma visão muito pessimista do poder estatal, que Brand (2021, p. 52) chama de hobbesiana. Assim, seria dever do criador e intérprete avaliar quais riscos surgem da alocação do poder de império, e criar barreiras e restrições ao seu exercício ilimitado. Para um precaucionista, o ônus do exercício do poder pesa contra a instituição e agente político, e o pior cenário possível deve ser o levado em conta ao se estipular cada alocação. Se um Presidente tem o poder de decretar Estado de Sítio, tal decretação deve ser aprovada por um outro Poder. Se uma Lei é aprovada por um Poder, também outro Poder deve poder avaliar a sua normativa. Se existe mesmo um Poder, outro Poder deve existir.

No contexto da precaução, Vermeule (2014, p. 9-11) também admite a existência de um “espectro” que assinala as diferentes abordagens precaucionárias. A abordagem “mínima”, segundo Brand (2021, p. 52) pode ser definida como uma presunção refutável, regra de desempate, no sentido de que as precauções devem ser tomadas, ao menos que existam motivos para não as usar. Já a abordagem “maximizadora”, ou *maximin*, se caracteriza pela desconfiança do poder, cuja presunção não pode ser refutada pelo sopesamento de riscos. Nesse ângulo, o abuso do poder deve ser tratado como certo e inevitável, pelo que a adoção de barreiras preventivas é imperativa.

O autor reconhece que sua teoria da otimização funciona melhor contra os argumentos maximizadores, já que a abordagem mínima se aproxima desse primeiro no espectro de riscos. Sob essa perspectiva, a teoria perde força porquanto depende de circunstâncias extremas para extrair uma antítese conclusiva. De toda forma, esse escalonamento ajuda o leitor a interpretar a teoria enquanto tentativa de sistematizar os “constitucionalismos” em termos de riscos, pelo que se escolhe adotar o esquema nesta monografia.

Como adiantado, a base do constitucionalismo de precaução parece mesmo se fundada em um postulado autoevidente e quase irrefutável. Como não desenhar uma Constituição que busque ativamente reduzir os riscos de abuso de poder? Como ignorar potenciais riscos advindos do Império? Com certa precisão, é correto dizer que toda Constituição liberal faz essa escolha.

Com o fim de apresentar seu argumento com imparcialidade e para demonstrar rigor acadêmico, Vermeule (2014, p. 27-38) trabalha os argumentos clássicos a favor da estratégia minimalista para, depois, elaborar suas críticas à luz da otimização dos riscos

políticos. Oportunamente, Brand (2021, p. 53) sintetiza tais teses em seis diferentes pressupostos:

i) haverá abuso de poder sempre que houver a possibilidade; ii) as instituições expandirão seu poder sempre que puderem; iii) é melhor prevenir do que remediar, porque após a materialização do risco pode ser tarde demais; iv) há riscos políticos que, apesar de extremamente improváveis de se materializar, podem ter efeitos devastadores caso ocorram; v) as precauções devem ser redundantes e robustas; e vi) simplesmente, devem ser evitados os riscos relacionados à política.

Não se entende necessário que se apresente pormenorizadamente cada defesa. Conforme já dito, o temor do abuso de poder parece mesmo uma característica basilar das experiências constitucionais modernas. Basta ressaltar que a desconfiança permeia tais desenhos constitucionais, o que gera riscos próprios, já conceituados como riscos políticos de segunda ordem. Não se trata, contudo, de uma desconfiança necessariamente atrelada a um agente político em específico – mas da percepção de que um projeto constitucional terá maior longevidade se conter os riscos sob uma perspectiva que se aproxima da forma mais maximalista.

Nesse sentido, não é necessário ir longe para confirmar que essa perspectiva realmente dá o tom das constituintes. Em 1988, ao se desenhar uma nova República Federativa, a Constituinte estava preocupada em garantir o sucesso da Constituição e sua salvaguarda contra as insurgências antidemocráticas⁴⁵. Nos Estados Unidos, Jefferson, Madison, e outros fundadores manifestavam que seu maior desejo era a longevidade da Constituição⁴⁶. Ora, nenhuma constituição, afinal de contas, é feita para falhar ou deixar de existir.

Entre as diversas espécies de medidas precaucionárias, Brand (2021, p. 54-57) usa como exemplo a criação de agências reguladoras (que escapam do controle partidário direto do Legislativo e Executivo) e a própria separação dos Poderes (que resulta num sistema de pesos e contrapesos que balanceiam o poder de império). Indo além, pode-se igualmente citar o controle de constitucionalidade concentrado (que cria uma barreira a efetivação de leis inconstitucionais) e mesmo a criação de um Conselho Nacional de Justiça (que impede o exercício arbitrário da jurisdição).

⁴⁵<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/longevidade-constitucional-1988-21052018>> A.e: 12/05/2022.

⁴⁶Como notam Thomas Ginsburg e James Zachary em artigo publicado na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/news/lifespan-written-constitutions#:~:text=Constitutions%2C%20in%20general%2C%20do%20not,only%2019%20percent%20will%20remain.>>> Acesso em: 12/05/2022.

Tudo isso é muito lógico, quiçá digno de mérito por si só, até porque os valores liberais expressam o reconhecimento de princípios democráticos de autogovernança e necessidade de conter autoritarismos. De toda sorte, é tempo de apresentar aquelas considerações contrárias ao constitucionalismo de precaução, para adentrar depois na sua otimização.

Se toda ação tem uma consequência, também todas a medida de contenção de um risco traz consigo outros riscos. Por mais bem-intencionado que o intérprete ou o legislador sejam, a forma como alocam o poder dentro do desenho institucional impacta diretamente na sustentabilidade do projeto constitucional.

Os problemas do constitucionalismo de precaução são arranjados por Vermeule (2014, p. 51-57) em quatro diferentes fundamentos. Brand (2021, p. 58) os sintetiza da seguinte forma:

- i) as precauções não cumprem as funções a que se destinam, ii) são desconsiderados os riscos paralelos podem ser criados ou intensificados; iii) há uma potencial exacerbação dos riscos que se pretende evitar com as medidas de precaução impostas; e iv) os danos decorrentes dos riscos a que se destinam as precauções podem ser objeto de controle e correção posterior, caso se materializem.

No primeiro caso, que Vermeule (2014, p. 54) conclui como “argumentos de futilidade”, as restrições e barreiras impostas ao exercício do poder não tem o efeito pretendido, por incompatibilidade de incentivos. Nesse ponto, entra em cena uma dose de teoria dos jogos. Isso porque as próprias vantagens e benefícios do abuso do poder são suficientes para que o agente as ignore. Brand (2021, p. 59) cita como exemplo aqueles casos em que o Poder Executivo se vê obrigado a agir imediatamente, mesmo sem o cumprimento formal dos requisitos legislativos previstos na Constituição. Na sua leitura de Vermeule, seria “improvável que o Poder Judiciário, a quem compete fazer cumprir a lei, não flexibilize sua interpretação para acomodar como legítima uma atuação que, em meio a uma crise, demonstre plausível interesse no bem-estar e segurança da coletividade”.

Já no segundo caso, Vermeule (2014, p. 58) alerta para a tendência dos precaucionistas de ignorar as possíveis compensações dos riscos decorrentes da atuação autoritária dos agentes ou instituições, que pode balancear ou superar os riscos advindos do seu abuso. No cerne do argumento, está a constatação de que a redução de um risco abre espaço para a emergência de outros riscos. Como exemplo, o autor cita a clássica lição de Hamilton sobre a necessidade de um exército federal mesmo em tempos de paz, nos *Federalist Papers*. Enquanto a existência de um exército cria o risco de um presidente

autoritário usar dos soldados contra os Estados-membros do novo país, Brand (2021, p. 67) destaca que:

Na perspectiva do prejuízo do constitucionalismo precaução, um argumento contrário à referida norma seria do aumento marginal do risco de apreensão da propriedade por invasores estrangeiros ao observarem a fraqueza nas defesas do território, havendo o crescimento, portanto, de um risco relativo à propriedade ao se intentar proteger a liberdade.

No terceiro caso, Vermeule (2014, p. 63) responsabiliza a própria tentativa de restringir o risco como o fato que acaba por o criar ou o exacerbar, o que chama de “perversidade do constitucionalismo de precaução”. Isso acontece quando “há um valor sagrado” existente na cultura de uma sociedade, que impede a apreciação de outros bens ou valores possivelmente caros a ela. Entre tais valores, e aqui com foco na experiência americana, Vermeule cita a liberdade de expressão e o controle de constitucionalidade dos atos administrativos.

Sobre a liberdade de expressão, Brand (2021, p. 70) destaca os problemas decorrentes da doutrina e jurisprudência expansiva e irrestrita que é vigente nos Estados Unidos:

A ausência de limitação à liberdade de expressão, por si, pode levar à censura. Ainda que uma manifestação isolada não seja capaz de fazer ruir uma estrutura estatal com todos os direitos e garantias por si protegidas, no longo prazo a liberdade de expressão pode minar a si própria ao tolerar o discurso político e a participação de grupos que revogariam essas garantias se chegassem ao poder. Neste sentido, Vermeule destaca a justificativa para dissidência do Justice Jackson no caso *Terminiello versus City of Chicago*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou a condenação de um padre católico de direita por violação da paz

Sobre o controle de constitucionalidade, raciocínio parecido pode ser usado para criticar os motivos que levaram à expansão da legitimidade ativa para ajuizar ações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal. Como já bem delineado no primeiro capítulo, a Constituinte achou prudente adicionar vários filtros de constitucionalidade para proteger os novos direitos individuais elencados pela Carta. Mais: os próprios intérpretes constitucionais, os Ministros da Corte, criaram o instituto da ADPF como mais um desses filtros.

Sucede que essa proteção dos direitos fundamentais vem ao custo dos riscos da legitimidade da Corte, e da própria acepção de um Estado democrático. Nesse sentido, Vermeule (2014, p. 66) fala que “a própria complexidade das precauções dos designers

contra a ditadura cria uma demanda pública reprimida que leva à ditadura”⁴⁷. O que faz Brand (2021, p. 74) concluir que “enquanto em tempos normais a separação dos Poderes pode aumentar a estabilidade política, em períodos de incerteza torna o sistema drasticamente instável e implica que o enfraquecimento deste sistema de contenção pode ser a melhor proteção contra a ditadura.”

Essa parte da teoria vermeuliana se aproxima bem das críticas já feitas neste trabalho sobre o neoconstitucionalismo, e os efeitos nefastos da judicialização da política sobre a legitimidade institucional do STF. Indo-se além, é visível como o neoconstitucionalismo é autenticamente precaucionário, na medida em que repele a democracia de partidos e a política como perversas e incapazes de garantirem, sozinhas, a proteção dos direitos e garantias individuais. Afinal, no cerne da avidez iluminista do Ministro Barroso, da vanguarda judiciária proposta por sua teoria constitucional, está a percepção de que as esferas em que a força popular é tipicamente exercida (Legislativo e Executivo) são corruptas, e que as maiorias irão oprimir as minorias. Portanto, o poder de império deve ser guardado pelo judiciário, instituição que seria “alheia” aos problemas inerentes da política.

Sem prejuízo do que se pormenoriza no final deste capítulo, quando se destacará os riscos políticos do Supremo Tribunal Federal, Brand (2021, p. 77) oferece uma crítica perspicaz do controle de constitucionalidade enquanto expressão do precaucionismo e neoconstitucionalismo:

Contudo, este comportamento pode desencadear o resultado perverso de aumentar a violação de direitos em geral, na medida em que a criação de um veto extra nas decisões políticas – seja de legislação ou de ação propriamente dita – apenas ameaça os outros Poderes pelo Poder Judiciário, mas não fornece uma efetiva proteção legal aos direitos fundamentais. Ou seja, a simples vedação operada por um dos Poderes não oferece uma verdadeira prestação positiva em favor de qualquer direito. Não bastasse isso, aprofundando a crítica de Vermeule, não há qualquer evidência de que os tribunais sejam melhores do que as legislaturas, os executivos ou outros atores políticos na identificação do escopo correto dos direitos constitucionais. E mais: a composição dos tribunais tende a ser alterada regularmente, de modo que um conjunto de magistrados vanguardistas ou que mais sensíveis aos anseios de certos grupos podem ser substituídos – ou, ao menos, deixar de representar uma maioria – com apenas algumas novas nomeações ou substituições.

Por fim, o quarto problema elaborado por Vermeule se relaciona com o que ele percebe ser uma “desnecessidade” do precaucionismo *a priori*, no sentido de que a administração dos riscos não precisa ser feita necessariamente antes de eles ocorrerem;

⁴⁷Ou, no original: [...] *the very elaborateness of the designers' precautions against dictatorship creates pent-up public demand that itself leads to dictatorship.*

porque podem ser combatidos caso os riscos efetivamente se materializem por outros métodos.

Esse argumento centraliza-se na ideia de que os custos (aqui abrangendo não somente aqueles econômico-financeiros, como os intelectuais) para a manutenção das restrições a um risco incerto e improvável não se justificam quando medidos e comparados aos custos de se resolver tal problema após sua materialização. Por exemplo, mesmo no controle de constitucionalidade, há de se considerar que talvez os custos políticos de uma medida formalmente inconstitucional, cujos efeitos são mantidos e repudiados pela população, podem ser lidados melhor por meio do processo democrático (com a remoção posterior do parlamentar ou chefe do executivo) do que necessariamente por meio da decretação de nulidade da norma.

2.1.2 O constitucionalismo de otimização

Se toda escolha de criação ou interpretação constitucional gera riscos, Vermeule defende que o melhor método analítico para racionalizá-los é por meio de sua otimização⁴⁸. Significa dizer que a existência de incertezas deve ser reconhecida como característica inerente ao desenho institucional, e que o agente constitucional não deve restringi-los aprioristicamente, mas, ao contrário, sopesar cada incerteza em face dos outros riscos resultantes de uma restrição. Portanto, é perfeitamente possível que uma restrição seja a medida correta a ser tomada no caso concreto, desde que acompanhada de um estudo qualificado de riscos adjacentes. A essa forma de racionalização, o Autor dá o nome de posicionamento maduro.

Novamente Brand (2021, p. 83) dá as balizas teóricas para que se entenda o posicionamento vermeuliano:

A postura madura para tratar de riscos advindos da alocação e exercício do poder pelas instituições e agentes públicos considera duas questões relevantes: a primeira, que tanto a ação quanto a inação guardam riscos e ambos os espectros devem ser analisados com seriedade; a segunda, que nunca haverá certeza sobre as consequências da ação ou inação, mas, apesar disso, no que tange às previsões desastrosas, deve-se lembrar a expressão francesa que *le pire n'est pas toujours*.

⁴⁸ Segundo o dicionário Priberam, otimizar significa “*Dar a uma máquina, a uma empresa, a uma, ação, etc., o rendimento ótimo, criando as condições mais favoráveis ou tirando o melhor partido possível.*” “otimizar”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021, Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/otimizar>. Acesso em: consultado em 15-05-2022.

O brocado francês citado significa que o “pior nem sempre é certo”. Assim, assentando nessas premissas, a posição vermeuliana é a de que a atividade criativa de desenhar as balizas de uma nova Constituição, de estruturar os bases do Estado que se pretende formar, deve adotar um sistema de regulação de riscos madura – que balanceie aquelas incertezas que se antevê, e que se busca evitar, com os riscos compensatórios resultantes dessa possível restrição.

Vermeule (2014, p. 85) fala, então, em um “estado de espírito”, ou “corretivo intelectual”, que serve para ponderar os riscos envolvidos em uma decisão interpretativa/criativa⁴⁹ e excluir as demandas que exigem máxima segurança e proteção aprioristicamente. Nesse sentido, Brand (2021, p. 82) usa a expressão “função negativa”, que se amoldaria como um “filtro que elimina certos tipos de obsessões com riscos particulares”. Assim:

No âmbito do desenho das constituições, este cálculo consciente pode gerar regulamentações distintas das que ocorreriam sem a mesma reflexão. Geralmente as constituições são elaboradas após uma ruptura social que sucede, e em parte decorre de, uma conjuntura de absurdos políticos ou de um grave risco político materializado. Sob tais circunstâncias, é instintiva a demanda por dispositivos constitucionais e estruturas que protejam os cidadãos das formas de abuso ou risco até então vivenciadas, mas que poderiam ser facilmente afastadas em um processo que – mesmo ligeiramente – considerasse os riscos compensatórios e colaterais envolvidos. [...]

No plano da interpretação constitucional, por sua vez, é razoável assumir que a ponderação dos cenários atrelados à tomada de decisões e julgamentos pode, ao menos, contribuir para uma redução de distorções decorrentes de fobias que guiam a um estado razoável ou ruim de aproveitamento dos riscos políticos ao invés de ótimo. Afinal, é difícil imaginar que a avaliação racional dos efeitos de uma determinada decisão possa ser danosa de alguma maneira. (BRAND, 2021, p. 83).

A otimização enquanto método analítico, portanto, existe como contraposição às teorias precaucionárias, fundadas na corrente liberal da teoria política, que informam a maioria das Cartas do mundo ocidental. A otimização ajuda a racionalizar *uma* forma de entender a atividade Constituinte (e interpretativa, quando implica em uma mudança substancial do direito). Ela não consegue, contudo, oferecer uma análise independente dos riscos políticos aos quais uma dada instituição está sujeita, porque o seu propósito é meramente descritivo. Dizer que a interpretação deve otimizar os riscos não importa em

⁴⁹Criativa aqui no sentido de criação – de desenhar a nova Constituição, o que os Constituintes originários e derivados fazem.

decidir quais são os riscos mais ou menos relevantes. Vermeule não vai tão longe nesse trabalho⁵⁰.

No mais, é bom ressaltar que a teoria vermeuliana é nova, e fora do *mainstream* jurídico. Mesmo nos Estados Unidos, a literatura sobre o tema é deficiente e sem muita circulação⁵¹. De toda forma, Jonathan Turley elaborou uma interessante crítica à teoria vermeuliana, que se entende relevante trazer como contraponto à revisão bibliográfica já apresentada, para analisar suas maiores vulnerabilidades e dar o frescor teórico que se pretende à monografia.

O cerne da crítica de Turley é que Vermeule não oferece fundamentos teóricos suficientes para reduzir o Constitucionalismo a uma análise de risco, ou mesmo para afastar uma abordagem precaucionaria aprioristicamente, como quer o autor. Na questão central, o crítico (2015, p. 522) defende que outras considerações finalísticas sobre o propósito da Constituição (democracia, proteção de minorias) não se traduz em riscos, posicionando-se contra a retirada desses postulados principiológicos do conceito de Constituição. São suas palavras⁵²:

A falta de discussão do livro sobre a gravidade relativa de diferentes riscos (e os valores positivos protegidos por regras de precaução) levanta muitas preocupações no debate de longa data sobre “variáveis leves” em economia. Enquanto muitos economistas contestam as críticas, a análise econômica em direito é muitas vezes vista como favorecendo aqueles elementos que podem ser quantificados em detrimento de valores em áreas como o direito ambiental. De fato, muitas vezes há uma sensação de que o direito e a economia podem produzir resultados determinantes e mascarar uma agenda que se opõe a regulamentações e programas de bem-estar público. Mesmo aqueles que rejeitam essa visão reconhecem que é importante encontrar medidas precisas para os valores em qualquer análise econômica. O mesmo pode ser verdade para uma teoria constitucional baseada no risco. Como muitos valores econômicos, riscos e contra-riscos geralmente não são proporcionais ou facilmente ponderados.

⁵⁰Muito embora tenha publicado em 2022 o bastante controverso livro “*Common Good Constitutionalism*”, onde parece oferecer fundamento teórico para se chegar lá.

⁵¹E isso não significa seu descrédito. Cass Sunstein descreveu a obra como um dos melhores livros constitucionais do último meio século, como lembra Turley (2015, p. 520).

⁵²Ou, no original: *The books’ lack of discussion of the relative seriousness of different risks (and the positive values protected by precautionary rules) raises many concerns in the long-standing debate over “soft variables” in economics. While many economists challenge the criticism, economic analysis in law is often seen as favoring those elements that can be quantified to the disadvantage of values in areas like environmental law. Indeed, there is often a sense that law and economics can produce outcome-determinative results and mask an agenda that opposes regulations and public welfare programs. Even those who reject this view acknowledge that it is important to find accurate measurements for values in any economic analysis. The same may be true of a risk-based constitutional theory. Like many economic values, risks and counter-risks are often not commensurate or easily weighed.* (Turley, 2015, p. 555).

Do ponto de vista da otimização de riscos, Turley (2015, p. 556-558) rejeita a própria confiabilidade científica de comparações entre riscos diferentes⁵³, justamente por causa da dificuldade em estabelecer um raciocínio coerente sobre quais riscos devem receber mais peso na “balança” da otimização. Turley (2015, p. 571)⁵⁴ diz que:

No final, o segundo objetivo do livro fica aquém de sua maior ambição porque falha em abordar as variáveis suaves ou valores constitucionais que podem ser perdidos na análise de risco, bem como a relação em grande parte indefinida de diferentes tipos de risco no cálculo de risco. Vermeule pede demais ao tentar eliminar os mecanismos de precaução – e, de fato, os pressupostos centrais da separação de poderes – sem uma melhor articulação dos trade-offs que ele antecipa em seu admirável mundo novo de regulação de risco.

Em resposta às críticas de Turley, Brand (2021, p. 84) escreve que Vermeule comporta situações em que a o precaucionismo se mostra aconselhável, e que sua teoria se propõe abstrata:

No que se refere ao peso atribuído a cada risco envolvido nas tomadas de decisões, a obra de Vermeule parecer ser uma resposta indireta à preocupação de Turley. A própria natureza aberta da definição de risco parece apontar que o Professor de Harvard não pretende se dedicar à sua abordagem detalhada. Apesar de, obrigatoriamente, lidar com a análise de riscos, a teoria de Vermeule é muito mais direcionada à forma de manejá-los do que propriamente ao valor que cada um comporta dentro da estrutura constitucional.

No mais, apesar de, em regra, rejeitar presunções e regras preventivas que visem evitar a todo custo os riscos políticos, a postura madura comporta uma exceção. Trata-se da hipótese em que as regras precaucionais sejam “elas próprias, a melhor resposta à luz de todos os riscos relevantes”, o que pode ocorrer quando “à luz da racionalidade limitada ou incentivos distorcidos dos tomadores de decisão da linha de frente, o melhor curso de ação é restringir o poder oficial a um determinado domínio, ou através de certos procedimentos”

De toda forma, embora esta monografia adote a otimização dos riscos enquanto perspectiva teórica para analisar os riscos políticos alocados pela Constituição Federal de 1988, bem como da atuação do Supremo Tribunal Federal na sua relação com a Rede Sustentabilidade, parece certo que suas limitações teóricas não permitem, por si só, a conclusão de soluções. Antes, oferecem uma estrada, ou mesmo “corretivo intelectual”

⁵³Brand (2021, p. 83) apresenta interpretação parecida sobre a crítica de Turley: “Para Turley, a proposição de Vermeule é demasiadamente abstrata – o que inclui a definição de risco, que é apresentada como um guarda-chuva que comporta conceitos como incerteza e insegurança –, assume os riscos políticos como uma tautologia incomensurável e inevitável e não valora a contento riscos importantes como o agigantamento do Poder Executivo, este que representa preocupação constante na história dos Estados Unidos, onde a obra foi escrita, desde os seus primórdios.”

⁵⁴Ou, no original: “*In the end, the second objective of the book falls short of its greater ambition in its failure to address the soft variables or constitutional values that can be lost in risk analysis, as well as the largely undefined relationship of different types of risk in the calculus of risk. Vermeule asks too much in seeking to strip away precautionary mechanisms—and indeed the core assumptions of the separation of powers—without a better articulation of the trade-offs that he anticipates in his brave new world of risk regulation.*”

disponível aos intérpretes para que reduzam os riscos do sistema. Ao se apresentar tal perspectiva sob o enfoque da relação do STF com partidos políticos, espera-se que esta monografia contribua para a literatura constitucional sob uma abordagem nova e, com sorte, útil.

2.2 Os riscos políticos do Supremo Tribunal Federal

O grande advogado Rui Barbosa certa vez escreveu que “o Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do Estado”.⁵⁵ Talvez tenha sido para o melhor. Hoje, o Supremo não atua apenas para decidir conflitos constitucionais, em controle difuso de constitucionalidade, alheio ao sentimento público e às controvérsias políticas. Ao contrário, decide originalmente sob um dezenas de milhares de casos, cada gabinete ministerial com filas enormes de ações, e dezenas de pedidos liminares por dia. É uma outra realidade, já conceituada.

Contudo, talvez tenha sido para pior. Quem sabe um Supremo mais forte na Constituição de 1891 tivesse evitado os repetidos golpes e fracassos constitucionais que se seguiram no século XX, alcançado “progressos civilizatórios” de direitos que foram conquistados muito tempo depois de sua promulgação, tornado o Estado mais eficiente, transparente, e tudo mais. Como dito, fato é que muito desse progresso na proteção dos direitos individuais aconteceu por obra jurisdicional após a promulgação da Carta de 1988, como, por exemplo, o direito ao aborto dos fetos anencefálicos firmado na ADPF 54.

Independentemente se melhor ou pior, a situação concreta que se tem hoje é a Supremocracia de Vieira, cuja análise vem se estendendo desde o primeiro capítulo. Aqui, neste momento, importa primeiro ver a possibilidade de identificar quais são os riscos políticos que a Constituição alocou para o STF, e assim apresentar um estudo qualificado da ADPF nº 913 à luz da otimização dos riscos.

Antes, no entanto, deve-se destacar novamente que a teoria de Vermeule não apresenta uma resposta sobre quais incertezas são efetivamente riscos, ou quais riscos precisam ser protegidos ou não. A própria comparação de riscos, como alertou Turley, significa enfrentar críticas da análise econômica do direito sobre a possibilidade de se monetizar valores e princípios de forma coerente. No que tocam essas críticas, esta

⁵⁵Citação que lhe é atribuída por Oscar Vilhena Vieira no artigo Supremocracia, já citado.

monografia declara-se culpada. Contudo, muito por causa da falta de literatura, mesmo americana, sobre a constitucionalização de riscos, considera-se prudente usar da grande pesquisa já realizada por Brand e Bogéa para dar certos passos teóricos que se entende sensatos.

Mais do que isso, é de se reconhecer a própria limitação teórica de um trabalho monográfico, que dificulta o alcance de sucesso na pormenorização de todos os riscos políticos aos quais o STF está submetido. A Corte, por não ser apenas o órgão judicial de último recurso, mas também a cúpula de Poder com orçamento próprio e autônomo, acumula grande capital político-decisório que poderia ser dissecado por páginas afim. Por exemplo, é prudente pensar que a reforma promovida pela Emenda Constituição nº 45 (Reforma do Judiciário), com a introdução do Conselho Nacional de Justiça e das Súmulas Vinculantes, aumentou ainda mais os riscos políticos da Corte porquanto a centralizaram ainda mais no sistema.

Esse processo de “commolização”⁵⁶ deu mais volume e carga às decisões do Supremo, o que permite aos seus críticos convergir suas mágoas com o Judiciário em sua direção (sem notar a autonomia constitucional de cada julgador natural). Em contraponto, pode-se pensar que a edição da Súmula 13⁵⁷, que vedou o nepotismo nas nomeações de assessores em cargo de confiança, de conhecido caráter populista⁵⁸, também centraliza os elogios à atuação do STF. Se a mão que afaga é a mesma que apedreja, na palavras de Augusto dos Anjos, é difícil precisar os lados da balança para dizer, com a certeza e cientificidade que se espera dos melhores trabalhos, se o Supremo tem riscos de mais ou riscos de menos.

Usando novamente da “ecologia institucional”, o ponto é que o Supremo interage ordinariamente com diversos outros atores institucionais, e, portanto, está sempre se comunicando com o sistema, exercendo a influência e sendo pressionado a agir de determinadas formas. Ora, todo o fiasco vexatório da atuação da Corte durante o auge do

⁵⁶Termo aqui usado para referenciar o processo de uniformização da jurisprudência do Supremo aos demais órgãos do Judiciário, que parece tentativa de tornar o sistema mais próximo do “common law” inglês.

⁵⁷A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

⁵⁸Conforme diz Thiago Alban em: ALBAN, Thiago Anton. **Súmula vinculada**: uma análise hermenêutica da súmula vinculante. Orientador: Marília Muricy Machado Pinto. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Bahia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8439>.

lavajatismo, especialmente a permissão da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, representa bem o malabarismo jurídico-político ao qual a Corte se sujeita e sujeita os outros. Os bem intencionados podem até dizer que o Ministro Fachin acordou num belo dia e se apercebeu que o caso do *tríplex* não tinham relação temática com a Petrobras para ser julgado em Curitiba⁵⁹. Este trabalho não compartilha dessa convicção generosa.

Nesse sentido, é razoável afirmar que cada julgado do STF, especialmente os de caráter evidentemente político (no sentido de decidirem sobre uma controvérsia fática de rumos políticos), podem ser objeto de análise específica de riscos de segunda ordem. Voltando a ideia original de que tanto intérprete quanto criador (constituente originário ou derivado) alocam riscos políticos, e consideradas as limitações teóricas de Vermeule, este estudo pode prosseguir.

Em síntese, entende-se que os riscos do STF podem ser deduzidos da própria Constituição, mas também da jurisprudência da Corte, que às vezes interpreta as normas constitucionais de forma a aumentar as incertezas políticas. Como toda norma gera esses riscos políticos de segunda ordem, e toda interpretação também os originam, escolhe-se analisar somente aquelas relacionadas a relação Supremo-Rede, por logicamente mais interessar ao trabalho.

Assim, da Constituição Federal, extrai-se o artigo 103 como aquele que mais contribui para a alocação de riscos de segundo grau, na medida em que expandiu a legitimidade ativa da Corte:

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 Assembleia 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.

Logicamente, esse aumento do risco enquanto afirmação teórica só se sustenta quando se parte de uma perspectiva crítica ao controle judicial de constitucionalidade. Espera-se, não será necessário que o leitor concorde com a perspectiva para respeitar

⁵⁹Como fez no julgamento de Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 193.726.

academicamente o raciocínio. Desde o início do trabalho, buscou-se oferecer uma visão balanceada dos problemas elementares desse controle, com base nas doutrinas clássicas referentes ao tema. Aqui, volta-se à pergunta clássica introduzida: como justificar uma decisão política de um Tribunal Constitucional quando lhe falta legitimidade democrática para tanto? Se se aceita que isso é um problema a ser enfrentando (e certamente existem muitas pessoas que discordam da sua relevância), a abertura postulatória oferecida pelo artigo 103 é um problema em si só. Mas, como visto, ela também tem consequências concretas que não ficam apenas no plano metafísico (como dito nos subcapítulos 1.4.1 e 1.4.2).

Também como visto, o controle de constitucionalidade tem origens certamente precaucionárias, fruto de uma desconfiança com as maiorias partidárias. Nesse sentido, Medeiros (2021, p. 36) oferece uma síntese da justificativa teórica do controle na doutrina constitucional:

A doutrina constitucionalista é repleta de alegorias sobre o papel do texto constitucional de deter o avanço das maiorias políticas, na condição de protetor dos compromissos constitucionais. Dentre elas, duas se destacam. A primeira, e talvez mais conhecida, que o texto constitucional serviria de freio às paixões políticas, tal qual o mastro do navio ao qual Ulisses pedia aos seus subordinados para ser amarrado para evitar que sucumbisse ao canto das sereias, como é narrado na Odisseia de Homero. A segunda, que a constituição é um conjunto de précompromissos rígidos firmados por uma pessoa sóbria (“Pedro sóbrio”, equivalente ao poder constituinte originário), de modo a evitar a fuga desses compromissos quando estiver bêbada e suscetível a violar os compromissos firmados (“Pedro bêbado”, equivalente ao poder constituinte derivado).⁶⁰

E Jeremy Waldron dá o tom das crítica ao controle, quando a reputa como “inapropriada como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática”.⁶¹ Aliás⁶²:

As pessoas se convenceram de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

⁶⁰Cf. HOLMES, S. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁶¹ WALDRON, J. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 94

⁶² WALDRON, J. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5

Num outro aspecto, igualmente se entende que a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF contribuiu para o sufocamento do controle de constitucionalidade, ao estender o objeto de controvérsia a basicamente tudo passível de litigância, pelo princípio da subsidiariedade. Como explica Mendes (2016, p. 1270), a ADPF surgiu para “completar” o sistema de controle para garantir o respeito à Constituição mesmo naqueles casos quando não seria possível interpor ação direta de inconstitucionalidade. São suas palavras (2016, p. 1273):

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade (cf., infra, item 4.2 - Preceito fundamental e princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar). A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição - alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional. Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletera de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Portanto, com cautela, apresentam-se esses dois *features* da ordem constitucional brasileira como espécies de medidas precaucionárias do poder que aumentam os riscos políticos do Supremo Tribunal Federal. No capítulo seguinte, analisa-se como o Supremo trabalhou com esses riscos em caso concreto, sob a perspectiva da otimização.

3 A ADPF N° 913

O propósito da presente ação não é avaliar a oportunidade e conveniência das políticas de fronteira do Executivo, mas sim examinar a sua constitucionalidade, à luz dos direitos à vida e à saúde da população e do dever do Estado de tutelá-los. Em tais termos, a presente decisão não envolve um juízo quanto a preferências políticas do Judiciário, mais sim uma avaliação acerca da compatibilidade das medidas adotadas pelo Executivo com o respeito a tais direitos, tendo em vista uma pandemia que já matou mais de 600.000 (seiscentos mil) brasileiros e a existência de autoridades negacionistas da sua gravidade.

Vivemos tempos estranhos, por isso se entende necessário fazer algumas considerações antes de imergir no estudo de caso pelas próximas páginas. Seja pela controvérsia de fundo que animou a ação, ou pelos ânimos aflorados que permeiam as eleições que se aproximam, é prudente explicar porque se escolheu esse caso e qual a opinião do autor sobre a matéria. A bem da verdade, teme-se que o assunto e autores abordados emprestem impressão equivocada sobre os valores e princípios que guiam a monografia. Se houve êxito, o rigor que se buscou dar ao trabalho até aqui permitiu a superação de desconfianças ideológicas, para, ao menos, ensejar alguma contribuição acadêmica.

Pois bem.

A pandemia do Coronavírus é a maior tragédia humana do nosso tempo, e suas consequências darão o contorno da vida em sociedade nos próximos anos e, muito provavelmente, décadas. No campo político, as decisões dos governantes sobre a saúde pública tiveram direta correlação com a vida ou morte dos nossos vizinhos, amigos e familiares.

É por isso que a desídia do Governo Federal em agir com o vigor necessário no combate ao vírus indigna e revolta, em todas as suas vertentes. Seja pela demora em reconhecer a gravidade da situação, seja pelo atraso em comprar as vacinas e remédios disponíveis para dar fim à pandemia, e tudo mais que testemunhamos. Bem por isso, é necessário reconhecer que é esse o contexto em que o Supremo Tribunal Federal estava inserto quando decidia casos relacionados ao Coronavírus e à pandemia. Suas decisões preencheram o vácuo deixado pela Presidência da República.

Nesse sentido, a ADPF nº 913 é um desses casos em que o STF estava entre a cruz e a espada. Essas escolhas não são necessariamente fáceis, e certamente não eram

nesse contexto pandêmico, quando o cenário internacional apontava para uma escalada histórica de infecções.

Mas, aqui está uma boa oportunidade de unir a ecologia institucional com a otimização de riscos. Isso porque a teoria da otimização se propõe *neutra*, no sentido de que ela pode pender para o precaucionismo quando necessário; porque o relator, Ministro Barroso, é grande expoente da corrente neoconstitucionalista; e porquanto o Congresso Nacional não tomou as medidas cabíveis no caso concreto, mas deixou ao STF tomar a decisão final.

3.1 A Rede bate à porta

Em 24/11/2021, a Organização Mundial de Saúde divulgou a descoberta da variante Ómicron da SARS-CoV-2, na África do Sul⁶³. Nos dias que seguiram, houve explosiva alta no número de infecções de Coronavírus na Inglaterra, Estados Unidos e diversos outros países⁶⁴. Sua alta carga de mutação genética e virulência, hoje fato bem conhecido⁶⁵, foi motivo de preocupação no mundo todo, sobremaneira devido à falta de informações, à época, sobre a sua agressividade, mortalidade e resiliência em face das vacinas disponíveis⁶⁶. No Brasil, a variante Delta, que causou grande devastação no país, ainda se alastra quando, em 12/11/2021⁶⁷, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA publicou as notas técnicas nº 112 e 113, contendo “recomendações técnicas e alertas sobre o cenário epidemiológico da Covid-19, para análise dos Ministros de Estado da Casa Civil, da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura”, considerando a competência regulamentar que lhe foi concedida pela Lei Federal nº 13.979/2020.⁶⁸

⁶³Disponível em: <[https://www.who.int/news/item/26-11-2021-classification-of-omicron-\(b.1.1.529\)-sars-cov-2-variant-of-concern](https://www.who.int/news/item/26-11-2021-classification-of-omicron-(b.1.1.529)-sars-cov-2-variant-of-concern)> Acesso em: 24/05/2022.

⁶⁴Disponível em: <https://en.as.com/en/2021/11/30/latest_news/1638266809_656568.html> Acesso em: 24/05/2022.

⁶⁵Disponível em: <<https://www.salon.com/2022/01/27/omicron-variant-of-may-be-the-most-contagious-to-ever-exist-scientists-say/>> Acesso em: 24/05/2022.

⁶⁶Disponível em: <<https://www.aa.com.tr/en/americas/world-closing-its-doors-to-african-countries-due-to-omicron/243413>> Acesso em: 24/05/2022.

⁶⁷Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-11/anvisa-recomenda-restricoes-de-voe-diante-de-nova-variante-de-covid-19>> Acesso em: 24/05/2022.

⁶⁸Art. 3º: Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

O relatório das Notas Técnicas nº 113 e 112/2021/SEI/GGPAF/DIRE5/ANVISA inicia contextualizando as novas recomendações à luz das “mudanças no cenário epidemiológico no Brasil e no mundo com relação à transmissibilidade e disseminação das novas variantes do SARS-CoV-2, a evolução da vacinação e a tendência mundial de revisão das restrições de mobilidade transfronteiriça pelo modal aéreo.” No momento de publicação, o status quo vigente para os estrangeiros que entrassem no país exigia tão somente a apresentação de teste antígeno negativo nas últimas 24 horas antes do embarque. Era essa a antiga redação da Portaria Interministerial nº 658/2021, editada pelos Ministros da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública, e da Infraestrutura:

Art. 3º Fica autorizada a entrada no País, por via aérea, do viajante de procedência internacional, brasileiro ou estrangeiro, desde que obedecidos os seguintes requisitos:

I - apresentação à companhia aérea responsável pelo voo, antes do embarque, de documento comprobatório de realização de teste para rastreio da infecção pelo coronavírus SARS-CoV-2 (covid-19), com resultado negativo ou não detectável, do tipo teste de antígeno, realizado em até vinte e quatro horas anteriores ao momento do embarque, ou laboratorial RT-PCR, realizado em até setenta e duas horas anteriores ao momento do embarque, observados os parâmetros indicados no Anexo I e os seguintes critérios:[...]

II - apresentação à companhia aérea responsável pelo voo, antes do embarque, de comprovante, impresso ou em meio eletrônico, do preenchimento da Declaração de Saúde do Viajante - DSV, em no máximo vinte quatro horas de antecedência ao embarque para a República Federativa do Brasil, com a concordância sobre as medidas sanitárias que deverão ser cumpridas durante o período em que estiver no País;

Como sugestão de alteração da portaria mencionada, a Agência recomendou as seguintes mudanças:

Quadro 1 – Alterações sugeridas pela Nota Técnica nº 113

Medida	Crítérios	Justificativa e comentários
Vacinação	Data da última dose ou dose única acrescido de 14 dias. Serão consideradas	A abordagem adotada pelo CDC e pelos demais países são pertinentes, uma vez que os dados clínicos das vacinas contra Covid-19 e os desfechos de seus estudos clínicos, apontam para a necessidade de que seja

§ 6º-B. As medidas previstas no inciso VI do caput deste artigo deverão ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada:

	válidas as vacinas aprovadas pela Anvisa ou pela Organização Mundial da Saúde.	transcorrido um intervalo de tempo, a partir da segunda dose ou da dose única, para que uma resposta imune do organismo humano confira uma barreira protetora mais adequada. Quase todos os países que exigem a vacinação como um dos requisitos para entrada de viajantes internacionais em seus territórios, exigem que a vacinação tenha ocorrido a pelo menos 14 dias, ou seja, que sejam somados 14 dias da data da última dose ou dose única (CDC, 2021b; IATA, 2021).
Testagem para vacinados e não vacinados	Antígeno ou teste.	Conforme discutido anteriormente, os testes de diagnóstico, em combinação com a vacinação, conferem maior segurança e reduzem o risco de surtos.
Auto quarentena para não vacinados	Auto quarentena até o resultado do PCR ou teste de antígeno, que deve ser realizado a partir do 5º dia.	A Anvisa tem reiteradamente reforçado ao Comitê Interministerial a importância da medida de quarentena ou auto quarentena, que, se cumprida de acordo com as orientações das autoridades de saúde, permite maior segurança à saúde pública, interrompendo a cadeia de transmissão de variantes do vírus, já que visa evitar o contato do viajante com outras pessoas suscetíveis. Se a recomendação for acatada, sugerimos que seja previsto um termo que o viajante apresente a Polícia Federal ou outra autoridade de fronteira, em que declare onde cumprirá o período de auto quarentena.
Declaração de saúde do viajante	Para todos os viajantes.	Cabe ressaltar que a Declaração de Saúde do Viajante (DSV) contém um inquérito visando a identificação de possível contato do viajante com casos confirmados de Covid-19 e, também de possíveis sintomas do viajante. A partir da avaliação dos dados informados pelo viajante, a Anvisa adota, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença.

Quadro 2 – Alterações sugeridas pela Nota Técnica nº 112

Medida	Crítérios	Justificativa e comentários
Vacinados ou não elegíveis para vacinação.	Data da última dose ou dose única acrescido de 14 dias. Serão consideradas válidas as vacinas aprovadas pela Anvisa ou pela Organização Mundial da Saúde.	A abordagem adotada pelo CDC e pelos demais países são pertinentes, uma vez que os dados clínicos das vacinas contra Covid-19 e os desfechos de seus estudos clínicos, apontam para a necessidade de que seja transcorrido um intervalo de tempo, a partir da segunda dose ou da dose única, para que uma resposta imune do organismo humano confira uma barreira protetora mais adequada. Quase todos os países que exigem a vacinação como um dos requisitos para entrada de viajantes internacionais em seus territórios, exigem que a vacinação tenha ocorrido a pelo menos 14 dias, ou seja, que sejam somados 14 dias da data da última dose ou dose única (CDC, 2021b; IATA, 2021).
Não vacinados.	Não permitida a entrada pelo modal terrestre.	Os não vacinados, caso queiram adentrar em território nacional, devem utilizar o modal aéreo, em que os controles são mais adequados.
Não vacinados, que trabalham no transporte de cargas	Permitida a entrada, sem restrições.	Os profissionais envolvidos na atividade de transporte de cargas permanecem isentos da cobrança de vacinação e de testes de diagnóstico. No entanto, devem se ater as medidas não farmacológicas de mitigação do risco de transmissão.
Dispensa da exigência de vacinação, a critério	Países em que cobertura vacinal tenha atingido a imunidade coletiva ou que esteja em níveis de cobertura vacinal e	Cabe ressaltar que a Declaração de Saúde do Viajante (DSV) contém um inquérito visando a identificação de possível contato do viajante com casos confirmados de Covid-19 e, também de possíveis sintomas do viajante. A partir da avaliação dos dados informados pelo De acordo com a evolução do cenário epidemiológico e da

do Ministério da Saúde.	contexto epidemiológico considerados seguros.	cobertura vacinal nos países vizinhos, e a critério do Ministério da Saúde, a exigência de vacinação poderá ser suspensa.
-------------------------------	---	---

Quinze dias após a publicação das Notas, a Rede impetrou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 913. Segundo ela, o Governo Federal tinha a obrigação de seguir a recomendação da ANVISA, e que a ausência de exigência de comprovante de vacina para entrada no território nacional, ou seja, essa omissão administrativa, violava o preceito fundamental à vida e à saúde pública, a autorizar a impetração da medida. Para a Rede, algumas certezas fluíam da falta de exigência de comprovante de vacinação, como se extrai da sua Petição Inicial:

12. Tal negligência certamente é fator determinante para o Brasil ser o segundo país com mais mortes por Covid-19 no mundo. Relembra-se, por oportuno, as sucessivas falhas dos órgãos nacionais em impedir, ou ao menos retardar, a entrada da variante Delta no país, quando um viajante oriundo da Índia, contribuiu para o início da transmissão da perigosa cepa no Brasil, ao conseguir, mesmo tendo feito teste comprovando estar infectado, circular por três cidades e ter contato com dezenas de pessoas, antes de ser colocado em isolamento.

[...]

23. Excelências, não bastam os mais de 614.000 (seiscentos e quatorze mil) brasileiros mortos? Se este Eg. Supremo Tribunal Federal não acolher a presente Arguição e determinar as medidas necessárias para que o Governo Federal revise as políticas de entrada de viajantes no país, acolhendo o posicionamento técnico da Anvisa, há grande risco de o Brasil enfrentar, em um curto período de tempo, uma nova onda de Covid-19 — tal como, infelizmente, tem sido o caso de outros países ao redor do mundo.

Tanto por isso, ao final de sua Exordial, faz os seguintes pedidos ao Supremo Tribunal Federal:

- a) Recebimento e processamento da presente ADPF;
- b) Liminarmente, que determine a adoção das medidas já recomendadas pela Anvisa para o ingresso no país, conforme Notas Técnicas nº 112 e 113/2021/SEI/GGPAF/DIRE5/ANVISA;
- c) Sejam colhidas as informações do Poder Executivo Federal e ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República;
- d) No mérito, a confirmação dos pedidos liminares, com a determinação de adoção das medidas já recomendadas pela Anvisa para o ingresso no país, conforme Notas Técnicas nºs 112 e 113/2021/SEI/GGPAF/DIRE5/ANVISA.

O pedido da Rede pode ser sintetizado, nesse sentido, em suposto dever de obediência do Governo Federal para com as recomendações da ANVISA. Parece evidente que o partido acredita na vinculação das sugestões da agência reguladora na política antipandêmica. Em termos específicos, não apresentou razões jurídicas específicas que

justifiquem o controle judicial da omissão administrativa, ou que atestem a qualidade vinculativa das recomendações da agência. Ao contrário, escolhe focar na defesa meritória da exigência de comprovante de vacinação enquanto melhor solução para garantir o direito à saúde previsto na Constituição Federal.⁶⁹

Assim, ressalta a recomendação da agência no contexto pandêmico da época – ou seja, o de milhares de brasileiros ainda se infectando e cobertura vacinal da população incompleta – para firmar a omissão do Governo como “mais uma postura negacionista do Poder Executivo Federal no enfrentamento à covid-19”. São as palavras da sua Petição Inicial:

46. Partindo desse paradigma de que não há caminho republicano senão aquele trilhado pela ciência, sabe-se que a Constituição Federal, logo em seu primeiro artigo, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Para dar densidade a esse postulado de quase todos os Estados modernos - que colocam o humano como centro do ordenamento jurídico -, a Constituição também descreve, no seu extenso rol de direitos fundamentais, o direito à saúde e à vida. Aquele geralmente é associado a uma contraprestação positiva que visa, em última medida, atender a este.

47. Nessa esteira, é de se questionar, de plano: o que sobra do núcleo fundamental do direito social à saúde se o próprio mandatário primeiro do Governo Federal, juntamente com seus auxiliares mais diretos, parece brincar com a saúde da população brasileira, ao se omitir enquanto o ingresso em território nacional ocorre sem o controle mínimo para garantir a proteção da população brasileira? Com a devida vênia, Excelência, parece que nada. Ou seja, o Estado está afastando por completo o direito à saúde da população do Brasil por questões de convicção meramente pessoal - política - e, diga-se, irracional.

[...]

51. Partindo disso, a melhor solução para o problema realmente parece ser que, na ação errática do Poder Executivo Federal, omissiva ou comissiva, como no presente caso - o que infelizmente parece estar sendo a realidade dos últimos meses -, os demais Poderes da República e os demais entes federados assumam esse encargo, a fim de garantir a mais ampla e irrestrita vacinação para todos os brasileiros elegíveis à imunização, mesmo que por vias indiretas de compulsoriedade.

E, conclui fazendo análise da proporcionalidade e razoabilidade da medida, reconhecendo que a obrigatoriedade de exigência de comprovante faria colidir diferentes direitos constitucionais – notadamente o direito individual a não se vacinar, e o direito da coletividade de não se expor a doenças contagiosas. Para o partido, a exigência seria adequada porque a vacina evita o contágio e diminui a circulação da COVID; e seria

⁶⁹Todos eles apresentados no tópico III da sua manifestação, nomeado “DA MANIFESTA INCOMPATIBILIDADE DA PROIBIÇÃO DE DESPEDIDA/DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA POR AUSÊNCIA DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 COM PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL” – que se assume ser um erro de cópia, já que não guarda relação temática com a controvérsia discutida nos autos. Como adendo, indaga-se a *sustentabilidade* de departamento jurídico que de tanto constitucionalizar sua litigância, termina por ter verdadeira máquina de reprodução de teses para apresentar ao STF.

necessária porque “vem sendo entendida no mundo inteiro como o mecanismo menos drástico para a proteção da saúde coletiva”. No mais, seria proporcional em sentido estrito porquanto os não vacinados teriam o direito de realizar quarentena, assim superando os critérios necessários para confirmar sua constitucionalidade.

Novamente, destaca-se que o partido não apresentou razões pelas quais a recomendação da agência teria caráter jurídico vinculante – que é espécie de parecer administrativo aceito em legislação, argumento eventualmente possível para dar sustentabilidade jurídica ao requerimento. Na verdade, a tese da violação ao preceito fundamental tem força na saúde enquanto direito constitucional, que estaria sendo violado pela omissão qualificada do Governo Federal.

Como se verá, a resposta do Supremo Tribunal Federal foi liderada pelo Ministro Barroso.

3.2 O Supremo atende

Recebida a Exordial, o Ministro relator pediu informações ao Governo Federal acerca das alegações então ventiladas. Nessa oportunidade, a União informou a edição da Portaria nº 661, que substituiu a Portaria nº 658, e, na sua visão, teria levado à perda do interesse de agir do partido (que atacou apenas essa última). No mais, sustentou a ausência dos requisitos intrínsecos ao conhecimento de ADPF (a subsidiariedade), a violação à separação dos poderes, e a ofensividade meramente reflexa à Constituição, se fosse o caso de reconhecimento.

A Portaria nº 661 expressamente exigiu o comprovante de vacinação para passageiros que entrassem no país, no sentido do requerimento inicial da Rede e das recomendações da ANVISA:

Art. 3º Fica autorizada a entrada no País, por via aérea, do viajante de procedência internacional, brasileiro ou estrangeiro, desde que obedecidos os seguintes requisitos:

I - apresentação à companhia aérea responsável pelo voo, antes do embarque, de documento comprobatório de realização de teste para rastreio da infecção pelo coronavírus SARS-CoV-2 (covid-19), com resultado negativo ou não detectável, do tipo teste de antígeno, realizado em até vinte e quatro horas anteriores ao momento do embarque, ou laboratorial RT-PCR, realizado em até setenta e duas horas anteriores ao momento do embarque, observados os parâmetros indicados no Anexo I desta Portaria e os seguintes critérios:

II - apresentação à companhia aérea responsável pelo voo, antes do embarque, de comprovante, impresso ou em meio eletrônico, do preenchimento da Declaração de Saúde do Viajante - DSV, em no máximo vinte e quatro horas de antecedência ao embarque para a República Federativa do Brasil, com a concordância sobre as

medidas sanitárias que deverão ser cumpridas durante o período em que estiver no País; e

III - apresentação à companhia aérea responsável pelo voo, antes do embarque, de comprovante, impresso ou em meio eletrônico, de vacinação com imunizantes aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou pela Organização Mundial da Saúde ou pelas autoridades do país em que o viajante foi imunizado, cuja aplicação da última dose ou dose única tenha ocorrido, no mínimo, quatorze dias antes da data do embarque.

O Ministro Barroso não se convenceu. Para ele, a Portaria nº 661 ainda violava preceito fundamental por ser “ambígua” e continuar a se omitir sobre o que, na sua concepção, seria necessário para garantir o respeito à vida e à saúde. Para conceder a medida, seu raciocínio seguiu a lógica do §1º do art. 5º da Lei Federal nº 9.882/1999, que permite seu deferimento nos casos de “extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, [quando] poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno”.

O ministro analisou a probabilidade do direito sob três perspectivas. Nas suas palavras:

A plausibilidade do direito alegado pelo requerente será examinada observados os seguintes aspectos: (i) a compatibilidade do que foi requerido nesta ADPF com o princípio constitucional da separação dos poderes e com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal; (ii) as ambiguidades que merecem esclarecimento na redação da Portaria Interministerial nº 661/2021, que implicam a persistência de omissão parcial a ser suprida; e (iii) aspectos da portaria que permanecem obscuros e demandam esclarecimento.

Primeiro. No que toca a Separação dos Poderes, o Ministro nega que a medida almejada viole a independência do Executivo. Para ele, o fato de haver jurisprudência consolidada no Supremo sobre os critérios para a atuação do Judiciário bem afastam a colocação. Nesse sentido, disse que as medidas de ordem sanitária devem observar as “*normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas*”, devendo basear-se, ainda, nas melhores práticas de outros países que enfrentem problema semelhante.” Nesse mesmo sentido, por haver jurisprudência consolidada sobre a validade da obrigatoriedade vacinal como medida de proteção da saúde pública, e porque a saúde pública deve ser guiada pelos princípios da precaução e prevenção, os “*standards constitucionais*” estariam bem estabelecidos.

Não se localizou outros argumentos que fundamentassem a intervenção judicial pretendida.

Segundo. Ato contínuo, o Ministro disse que os preceitos fundamentais à vida e à saúde continuavam a serem violados pela Portaria nº 661 porque sua redação conduz a “entendimentos ambíguos e divergentes”. Para ele, é necessário conferir “interpretação conforme à Constituição” para que as recomendações da ANVISA enunciadas nas Notas Técnicas nº 112 e 113 fossem “*compreendidas e aplicadas nos [seus] estritos termos.*”

Mas, nem tanto.

O Ministro fez a seguinte ressalva:

Entendo, ainda, que, em um país como o Brasil, em que as autoridades enfrentam dificuldades até mesmo para efetuar o monitoramento de presos com tornozeleira eletrônica, **a quarentena deve ser compreendida com valor relativo e aplicada com extrema cautela.** Nessa linha, a substituição do comprovante de vacinação pela alternativa da quarentena somente se aplica aos viajantes considerados não elegíveis para vacinação, de acordo com os critérios médicos vigentes, ou que sejam provenientes de países em que, comprovadamente, não existia vacinação disponível com amplo alcance, ou, ainda, por motivos humanitários excepcionais. **Como intuitivo, permitir a livre opção pela quarentena a quem quiser cria situação de absoluto descontrole e de conseqüente ineficácia da norma.**

A intuição do Ministro Barroso, vale notar, foi contra a recomendação expressa da ANVISA⁷⁰ que permitiu, sim, a quarentena para os viajantes que não fossem vacinados, conforme já exposto nos Quadros 1 e 2 desta monografia.

Terceiro. No mais, continuou a interpretação da Portaria em diferentes artigos específicos, transcritos abaixo:

art. 8º, à luz dos direitos à vida, à saúde e à isonomia, para explicitar que “as autoridades públicas têm o dever de solicitar a documentação e que, nos termos da Nota Técnica nº 112/2021 da ANVISA, apenas cidadãos com comprovante de vacinação ou não elegíveis para vacinação podem entrar por via terrestre”
 art. 9º, inc. IV, da Portaria, para explicitar que “a dispensa se aplica apenas a trabalhadores do transporte de cargas terrestre (e não a todo e qualquer viajante), bem como que tais trabalhadores devem se apresentar com os equipamentos de proteção e medidas de redução de transmissibilidade recomendados pela ANVISA”.
 art. 9º, VI, de modo a prever que: “a dispensa deverá ser previamente motivada pela autoridade competente, cabendo-lhe demonstrar o atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inclusive quanto aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”

Já no que diz respeito à urgência da medida, o Ministro anotou que a entrada de milhares de pessoas todos os dias sem o comprovante de vacina agrava o risco de

⁷⁰Em respeito ao posicionamento da OMS que recomenda que os países não introduzam requisitos de comprovação de vacinação contra a COVID-19 para viagens internacionais como condição de saída ou entrada (WHO, 2021), **as recomendações da Agência não são no sentido de imposição da obrigatoriedade do certificado da vacina como requisito absoluto para entrada em território nacional, mas o principal requisito.** Se o viajante, por qualquer razão, ainda não estiver vacinado, ele deverá se submeter à quarentena, conforme manifestações reiteradas da Anvisa desde novembro de 2020.

contágio na população brasileira, o que, somada à vocação turística do Brasil, e à possibilidade de se criar um turismo antivacina, demonstram o perigo na demora a justificar o deferimento da liminar. Finalizou, diante desses argumentos, com o seguinte dispositivo decisório:

Diante do exposto, defiro parcialmente a cautelar, de modo a conferir interpretação conforme à Constituição à Portaria Interministerial nº 661/2021 e suprir omissão parcial, a fim de que: (i) seja compreendida e aplicada nos estritos termos das Notas Técnicas nº 112 e 113/2021 da ANVISA; (ii) a substituição do comprovante de vacinação pela alternativa da quarentena somente se aplique aos viajantes considerados não elegíveis para vacinação, de acordo com os critérios médicos vigentes, ou que sejam provenientes de países em que, comprovadamente, não existia vacinação disponível com amplo alcance, ou, ainda, por motivos humanitários excepcionais; bem como (iii) se observem os demais entendimentos explicitados na Seção IV.1, acima, com a síntese das determinações contidas na presente decisão.

3.3 Simbiose precaucionária

Iniciou-se o capítulo com a transcrição de trecho da decisão monocrática que concedeu a medida cautelar almejada pela Rede. Importa novamente o trazer à baila para fundamentar o estudo:

O propósito da presente ação não é avaliar a oportunidade e conveniência das políticas de fronteira do Executivo, mas sim examinar a sua constitucionalidade, à luz dos direitos à vida e à saúde da população e do dever do Estado de tutelá-los. Em tais termos, a presente decisão não envolve um juízo quanto a preferências políticas do Judiciário, mais sim uma avaliação acerca da compatibilidade das medidas adotadas pelo Executivo com o respeito a tais direitos, tendo em vista uma pandemia que já matou mais de 600.000 (seiscentos mil) brasileiros e a existência de autoridades negacionistas da sua gravidade.

Como cidadão brasileiro preocupado com a vida, abre-se o parênteses de se pronunciar a favor da exigência do comprovante de vacinação. Contudo, o cerne da transcrição, dessa suposta diferença entre “examinar a constitucionalidade” e “avaliar a oportunidade de conveniência das políticas de fronteira do Executivo”, não pode ser desvirtuada como sacrossanta, porque não o é. Esse juízo sustentado em valores abertos, princípios indeterminados e direitos flagrantemente vagos para substituir o juízo de uma decisão administrativa continua sendo decisão de mérito, sobre uma questão *política* de governo.

Política, aqui, porque decide sobre questão controversa no âmago da população, independentemente da opinião pessoal que cada um possa ter sobre a matéria, até mesmo porquanto considerar a exigência como necessária não elide o fato que muitos dela discordam. Novamente, aqui, está-se diante da questão fundamental que guiou o trabalho: como justificar a jurisdição constitucional enquanto um exercício de poder que não é democrático?

Ao mesmo tempo, agora para fechar o parêntesis, fato é que foi a medida do Ministro Barroso que ajudou a proteger a população. O Governo Federal, como é fato já conhecido e consabido, não deu importância para os efeitos nefastos do vírus e de sua circulação pelo país. À luz da Constituição, considera-se difícil firmar que a atuação do Supremo fugiu à normatividade esperada dos direitos à saúde e à vida estampados como direitos fundamentais.

Nesse ponto, importa lembrar que este trabalho não pretende pormenorizar à exaustão o rigor jurídico da decisão do Ministro Barroso. De toda forma, consideram-se temerárias certas omissões no raciocínio da decisão liminar, em especial a falta de fundamento jurídico da força vinculante de uma *recomendação*⁷¹ expressamente conceituada como tal. Muito simplesmente, a Lei Federal nº 13.979/2020 não obriga o Administrador a adotar as medidas de contenção do vírus, e certamente não fala em vinculação obrigatória de recomendações da agência. Mais grave: a própria ANVISA recomendou também a opção pela quarentena, o que foi negado pelo Ministro, aqui, certamente, porque discordava da sua eficácia.

Voltando à definição detalhada no subcapítulo 1.4.1 (“Ativismo Judicial”), com prudência, entende-se que o raciocínio do Ministro Barroso é ativista na medida em que inovou na ordem jurídica para criar uma relação de vinculação não prevista em lei, mas

⁷¹Que segundo o dicionário Michaelis significa: 1 Ato ou efeito de recomendar. 2 Indicação positiva a respeito de alguém ou de algo. 3 Aviso ou advertência a respeito de algo; conselho. 4 Qualidade do que é recomendável. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/recomenda%C3%A7%C3%A3o/>> Acesso em: 28/05/2022.

A propósito, Eduardo Fortunato Bim traz interessante reflexão de Carvalho Filho sobre o contrassenso da existência de um “parecer vinculante” na burocracia estatal: Carvalho Filho (2014, p. 139-140) é ainda mais contundente, ao frisar a posição antagônica entre o ato opinativo e o decisório (“o agente que opina nunca poderá ser o que decide”), reconhecendo o grave atentado à natureza das coisas na previsão do parecer vinculante, cuja existência aceita mediante expressa previsão legal, ao asseverar que incorre num “desvio de qualificação jurídica” em virtude de sua metamorfose de ato opinativo em decisório, cuidando-se de “esdrúxula inversão de status jurídico” Em: BIM, Eduardo Fortunato. **A eficácia dos pareceres da consultoria jurídica no órgão de advocacia de Estado e na Administração Pública**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 43-80, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p43. Acesso em: 25/05/2022.

resultante de uma opção meritória do Ministro por outra política de fronteira durante a pandemia.

Dessa forma, a Rede conseguiu o que queria – a aplicação de uma política de fronteira alinhada com os anseios de seu eleitorado, mesmo que não tenha conseguido aprovar um projeto de norma que obrigasse o Governo Federal a seguir tal forma de combate à pandemia. Assim, nessa ecologia institucional entre os Poderes, onde a tensão entre legitimidade democrática e proteção de direitos da sociedade cria e retira riscos políticos, a atuação do Supremo protegeu vidas, mas também fez escolhas de projetos políticos que acabou por novamente judicializar uma questão que poderia ter sido decidida no parlamento.

Mas, que valor maior existe senão à vida? Independentemente da alta carga principiológica da Constituição Federal – e das correntes que dela usam para exacerbar a jurisdição constitucional – não há como deixar de evidenciar que foi essa relação simbiótica entre Rede e Supremo que permitiu a adoção de uma política que valorize a saúde pública e a vida.

Portanto, a APDF nº 913, analisada à luz da otimização dos riscos políticos, alcança certo grau de precaucionismo ao usar da relação mutualista com um partido para assegurar o gozo de direitos constitucionais da sociedade. Certamente, contudo, esse é um jogo de cartas complicado e cujos riscos devem ser, no mínimo, avaliados. Hoje, o Supremo Tribunal Federal entra em ano eleitoral como foco do fogo do eleitorado conservador, e sua legitimidade está cada vez mais questionada – especialmente as suas decisões relacionadas à pandemia.

Ousando-se um prognóstico final, é de se esperar que nem todas as ADPFs impetradas pela Rede tenham uma importância tão grande para a vida. Nesses casos, possivelmente uma análise dos riscos políticos aconselhe pela adoção de medidas que otimizem os riscos da Corte para garantir sua legitimidade institucional, com, talvez, maior deferência à Administração⁷².

⁷²O que pode ser melhor compreendido com o estudo de Medeiros (2021).

CONCLUSÃO

No Capítulo I, introduziu-se o trabalho inédito de Daniel Bogéa, que usou de conceitos biológicos para explicar a relação institucional existente entre o Supremo Tribunal Federal e partidos políticos. Explicou-se que a Rede Sustentabilidade, mais do que qualquer outro partido, usa de sua legitimidade institucional para interpor ações de controle de constitucionalidade; e se singularizou a relação do STF com o partido por meio de um análise quantitativa dos seus processos.

Apresentou-se o controle de constitucionalidade judicial brasileiro e sua construção teórica, especialmente os motivos justificantes da sua extensão postulatória à partidos políticos. E se apresentou o neoconstitucionalismo enquanto corrente teórica que domina o atual pensamento constitucional no país.

Apresentou-se o contexto histórico do julgamento de *Marbury v. Madison*, conhecido por inaugurar o controle difuso de constitucionalidade, que é permeado por controvérsias políticas. Traçou-se a evolução histórica do debate entre dois grandes autores do século passado, Kelsen e Schmitt, para iniciar a crítica ao controle de constitucionalidade e o problema da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a própria justificativa do controle depende da assunção de pressupostos metafísicos que são negados por Schmitt. Passou-se, então, à centralizar o debate no Supremo, falando da Supremocracia enquanto fenômeno advindo do ativismo judicial e da judicialização da política, ambos devidamente detalhados em subcapítulos separados.

E se finalizou o capítulo definindo a relação entre o partido e o Supremo como parasitária, a partir dos estudos dos motivos que levam partidos políticos à acionar o Tribunal, porque a Rede alcança o que deseja sem precisar controlar parte significativa do parlamento.

No Capítulo II, apresentou-se a teoria proposta por Adrian Vermeule para racionalizar a interpretação constitucional em termos de riscos políticos de segunda ordem, aqueles advindos da criação ou interpretação constitucional, a chamada teoria da otimização dos riscos políticos. Analisou-se seus fundamentos teóricos, a diferença proposta entre constitucionalismo de precaução e o constitucionalismo de otimização. O primeiro se refere a uma atitude institucional de evitar os riscos possíveis do exercício do poder, enquanto o segundo busca uma visão que sopesse tais riscos em face de todos os

outros riscos advindos e uma atitude precaucionaria. Nesse sentido, também se falou dos exemplos práticos dados por Vermeule para cada uma dessas situações, e também os problemas de cada espécie de pensamento. No mais, também se apresentaram as críticas doutrinárias à corrente.

Por fim, explorou-se possíveis *features* do desenho constitucional brasileiro que contribuem para os riscos políticos do Supremo Tribunal Federal, momento em que se sugeriu que o artigo 103 da Constituição Federal, que concede ampla legitimidade postulatória ativa a diferentes atores institucional, bem como a existência da ADPF, enquanto alternativa subsidiária de controle de constitucionalidade, como fatores que facilitam sua majoração.

No Capítulo III, fez-se a análise da ADPF nº 913 para entender o raciocínio jurídico da Rede, que procurou o Supremo Tribunal Federal para alterar a política de fronteira prevista pela Portaria Interministerial nº 958. Apresentou-se os argumentos do Ministro Barroso para autorizar a medida liminar, em especial sua criação jurídica de vinculação obrigatória da recomendação da agência, para firmar a decisão como ativista. Contudo, no final, dada a centralidade da vida e da saúde pública como direitos constitucionais, concluiu-se a ADPF nº 913 como uma consequência de uma relação simbiótica da Rede com o STF, que terminou por garantir maior segurança à população brasileira, o que justifica sua atitude precaucionária.

Assim, o que se extrai do trabalho é que a relação da Rede e do Supremo assume contornos simbióticos que, por vezes, podem ser benéficos à população, mas que devem igualmente ser analisados à luz dos riscos assumidos pelo Supremo quando decide sobre questões políticas.

REFERÊNCIAS

ALBAN, Thiago Anton. **Súmula vinculada**: uma análise hermenêutica da súmula vinculante. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Bahia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo na política**: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista De Direito Administrativo*, 250, 5–12, 2009.

_____ ; RIBEIRO, Leandro. **Ministrocracia**: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP* [online]. 2018, v. 37, n. 1 ,pp. 13-32. Disponível em: <<https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003>>. Acesso em: 08/05/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 11- 12, abr. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENOIT, K. **Duverger's Law and the Study of Electoral Systems**. *Fr Polit* 4, 69–83 (2006). Disponível em: <<https://doi.org/10.1057/palgrave.fp.8200092>> Acesso em: 26/04/2022.

BOGÉA, Daniel Vieira. **Simbiose institucional**: a interação entre partidos políticos e o Supremo Tribunal Federal no presidencialismo brasileiro. 2018. 173 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) — Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Malheiros Editores, 2000.

BRAND, Vanessa Bussolo. **Judicialização da nomeação de ministros de estado no Brasil pós 1988 à luz da otimização do risco político**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 1, edição de 05 de outubro de 2021. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 1, edição de 9 de dezembro de 2021. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2060. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de abril de 2000. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 913. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 11 de dezembro de 2021. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 193.726. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 26 de abril de 2000. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DA ROS, Luciano. **Em que ponto estamos?** Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. Contido em: Sociologia política das instituições judiciais [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017.

_____ ; TAYLOR, Matthew M.; **Os partidos dentro e fora do poder**: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. In DADOS –Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education**, 347 U.S. 483, 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Loving v. Virginia**, 388 U.S. 1, 1967.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137, 1803.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Obegerfell v. Hodges**, 576 U.S. 644, 2015

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113, 1973,

GILBERT, Scott; SAPP, Jan; TAUBER, Alfred. **A symbiotic view of life: we have never been individuals**. The Quarterly Review of Biology, Vol. 87, No. 4, pp. 325-34, 2012.

GINSBURG, Thomas; ELKINS, Zachary e MELTON, James. **The Lifespan of Written Constitutions**. University of Chicago, 2009.

GREEN, Leslie. **The Concept of Law Revisited**. Michigan Law Review. Volume 94, Number 6 (1996), p. 1687-1757.

HELLMANN, Lucas. **A alocação eficiente de riscos contratuais conforme à Lei nº 14.133/2021: por um método de repartição de responsabilidades com a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2021.

Hirschl, Alan. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista De Direito Administrativo, 251, 139–178.

HOLMES, S. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). Constitucionalismo y democracia. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HUNTINGFORD, Felicity. **Animal conflict**. London: Chapman and Hall, 1987.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug et al. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KNIGHT, Frank. **Risk, uncertainty and profit**. [s.l.]: Hart, Scchaffner & Marx, 1921.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. **O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, No. 88, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**, 2002.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEDEIROS, Isaac Kofi.; OLIVEIRA. Cláudio Ladeira de. **Cristiane Brasil e principiologismo**. Juscatarina, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, C. L. de, & FURLAN, L. **Uma breve crítica da tese do STF na ADI 6421 à luz da visão schmittiana de Adrian Vermeule e Eric Posner**. Colloquium Socialis. ISSN: 2526-7035, 4(4), 27–37, 2021.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Democracia e ativismo judicial**: algumas considerações sobre suas causas e consequências. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, v. 16, p. 192-193, 2015.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo Emanuelli. **Do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo da otimização: um estudo crítico do REsp 19392 PI – o caso da fraude à “cota de gênero”**. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). Ensaio sobre constitucionalismo político. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi; BRAND, Vanessa Bussolo. **Parem o experimento de judicialização já**: por que a nomeação da Polícia Federal deveria ser mantida. Portal Jurídico Investidura, 30 de abril de 2020.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen. **Judicialização da Política e Poder Legiferante**: a ilegitimidade da interferência do Supremo Tribunal Federal na política nacional. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, vol. 23, n. 2, maio/ago, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. 2015. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA JÚNIOR, César da; SASSONI, Cezar. **Biologia**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

STOBBE, E. L.; TREVISAN, L. S. **O conceito de direito em Immanuel Kant**: positivismo radical ou não-positivismo superinclusivo? Griot: Revista de Filosofia, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 354–376, 2018.

STRECK, L. L. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 49, n. 194, abr/jun, 2012. p. 9

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power.** New York University Press New York, 1995.

TURLEY, Jonathan. **A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World.** University of Chicago Law Review. Vol. 82, p. 517-572. Disponível em: .Acesso em: 30/05/2022.

VERMEULE, Adrian Vermeule. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014.

VIEIRA, Oscar. **Supremocracia.** Revista Direito GV São Paulo, São Paulo: n. 8, julho/dezembro, 2008.

VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review.** Tradução de Aduino Villela. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional.