

O Supremo Tribunal Federal e a democracia em crise no Brasil: Pressupostos institucionais para um modelo inclusivo de interação institucional¹

The Supreme Federal Court and democracy in crisis in Brazil: Institutional assumptions for an inclusive model of institutional interaction

El Supremo Tribunal Federal y la democracia en crisis em Brasil: suposiciones institucionales para un modelo inclusivo de interacción institucional

Tiago de Sousa Moraes*
Caroline Müller Bitencourt**

Resumo



Este artigo discute o papel dos Poderes e das instituições no contexto de uma crise democrática (erosão democrática), destacando que uma crise institucional pode ser evitada quando o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na criação e gestão de conflitos institucionais é exercido de forma prudente e comedida. Assim, coloca-se a seguinte questão: como definir parâmetros para uma atuação mais cooperativa e harmônica entre os Poderes, considerando o cenário institucional brasileiro e os desafios jurídico-políticos práticos? Além disso, de que forma os Poderes e as instituições podem contribuir para responder à crise da democracia no Brasil? Com base nas reflexões de Mezzaroba e Monteiro (2023), este estudo utiliza o método hipotético-dedutivo, complementado pelo método histórico. A pesquisa, de caráter qualitativo, é fundamentada na inter-relação de fatores e contextos, além de ter uma vertente prescritiva, ao descrever o contexto fático e, assim, propor soluções para os problemas abordados. Para tanto, aborda-se a teoria das capacidades institucionais a partir de Sunstein e Vermeule (2003), destacando-se a relevância da questão institucional nas relações entre os Poderes. São também apresentados os conceitos de autoridade constitucional compartilhada (Clève; Lorenzetto, 2021), virtudes passivas (Marinoni, 2021) e jurisdição constitucional anticíclica (Souza Neto, 2020) como soluções para uma atuação do Supremo Tribunal Federal mais preocupada com as consequências institucionais de suas decisões, bem como visando uma maior harmonia entre os Poderes dentro do arranjo institucional brasileiro e para a defesa da democracia.



Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; crise democrática; teoria das capacidades institucionais; interação institucional.

Abstract

This article discusses the role of the Powers and institutions in the context of a democratic crisis (democratic erosion), highlighting that an institutional crisis can be avoided when the leading role of the Supreme Federal Court in the creation and management of institutional conflicts is exercised in a prudent and measured manner. Thus, the following question arises: how do we define parameters for more cooperative and harmonious action between the Powers, considering the Brazilian institutional scenario and the practical legal-political challenges? Furthermore, how can the Powers and institutions contribute to responding to the crisis of democracy in Brazil? Based on the reflections of Mezzaroba and Monteiro (2023), this study uses the hypothetical-deductive method complemented by the historical method. The research, of a qualitative nature, is based on the interrelationship of factors and contexts, in addition to having a prescriptive aspect when describing

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

*   Mestrado e Doutorado em Direito pelo Programa da Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, Pós-Graduado lato sensu em Direito Público pela FACULDADE EDUCAMAIS ? UNIMAIS sob gestão de GG EDUCACIONAL LTDA., Pós-Graduado lato sensu em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Pós-Graduado lato sensu em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Vale do Acaraú-UVA, Pós-graduando lato sensu em Direito Constitucional Contemporâneo pelo INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA ? IDCC (2023- atual).

**   Estágio Pós Doutoral pela PUC Paraná (2019). Doutora em DIREITO (2012). Mestre em Direito (2009). Especialista em Direito Público (2007). Atualmente é professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada ao PPGD em Direito-Mestrado e Doutorado-UNISC, onde ministra as disciplinas Teoria do Direito (mestrado) e Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas (doutorado). Professora da graduação e pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul.

the factual context and, thus, proposing solutions to the problems addressed. To this end, the theory of institutional capacities is addressed, highlighting the relevance of the institutional issue in relations between the Powers. The concepts of shared constitutional authority, passive virtues, and countercyclical constitutional jurisdiction are also presented as solutions for the Supreme Federal Court to be more concerned with the institutional consequences of its decisions, as well as aiming at greater harmony between the Powers within the Brazilian institutional arrangement and for the defense of democracy.

Keywords: *Supreme Federal Court; democratic crisis; theory of institutional capacities; institutional interaction*

Resumen

Este artículo discute la función de los Poderes y de las instituciones en el contexto de una crisis democrática (erosión democrática), enfocando que una crisis institucional puede ser evitada cuando el protagonismo del Supremo Tribunal Federal en la creación y gestión de conflictos institucionales es ejercido de forma prudente y comedida. Así, se lanza la siguiente cuestión: ¿Cómo definir parámetros para una actuación más cooperativa y armónica entre los Poderes, considerando el escenario institucional brasileño y los retos jurídico-políticos prácticos? Además de esto, ¿de qué forma los Poderes y las instituciones pueden contribuir para responder a la crisis de la democracia en Brasil? Como base en las reflexiones de Mezzaroba y Monteiro (2023), este estudio utiliza el método hipotético-deductivo, complementado por el método histórico. La investigación, de carácter cualitativo, es fundamentada en la interrelación de factores y contextos, además de tener una vertiente prescriptiva, al describir el contexto fáctico y, así, proponer soluciones para los problemas enfocados. Para eso, se enfoca en la teoría de las capacidades institucionales, enfatizando la relevancia de la cuestión institucional en las relaciones entre los Poderes. Son también presentados los conceptos de autoridad constitucional compartida, virtudes pasivas y jurisdicción constitucional anticíclica como solución para una actuación del Supremo Tribunal Federal más preocupada con las consecuencias institucionales de sus decisiones, como también buscando una mayor armonía entre los Poderes dentro del arreglo institucional brasileño y para la defensa de la democracia.

Palabras clave: *Supremo Tribunal Federal; crisis democrática; teoría de las capacidades institucionales; interacción institucional.*

1 Introdução

A separação dos Poderes, em sua configuração clássica, preza por dividir o poder do Estado em três órgãos com funções específicas, evitando que em um só homem, ou em único corpo de pessoas, concentrem-se todos os Poderes. Aqui, surge a ideia da sua divisão tripartite, bem como também do controle efetivo de um poder sobre o outro².

Na teoria da separação dos Poderes, não se põe em discussão a existência de um monopólio de decisões sobre direitos a cargo de um só poder, pois, caso possível, o seu objetivo seria inalcançável (Mendes, 2011, p. 271).

No paradigma da democracia constitucional, por mais democrático que seja o Poder, ele estará sujeito a limites e amarras, por exemplo, a existência de um leque de direitos fundamentais, com a finalidade de impossibilitar que se degenerem, em razão de sua vocação natural, em poderes tiranos ou despóticos (Ferrajoli, 2006, p. 109).

A relação entre os Poderes, a partir de 2016³, começou a dar sinal de um mau funcionamento. Isso ocorreu quando se deparou com um cenário de crise democrática evidente, bem como de um profundo distanciamento entre os Poderes causado por constantes retaliações institucionais e pela ascensão, ao mais alto cargo político do país, de uma liderança que encarnou no seu modo de fazer política o mais puro e genuíno espírito de um governante autoritário.

Dito isso, cabe indagar: como definir parâmetros para operacionalizar uma atuação mais cooperativa e harmônica entre os Poderes, levando em consideração o cenário institucional brasileiro e seus problemas práticos

² Montesquieu (1996, p. 168) afirma a existência de três tipos de poderes em cada Estado: o de criar leis, o de executar as ordens públicas e o de julgar os crimes ou conflitos entre os particulares. Esse sistema teve seu legado consolidado quando se tornou objeto de discussão dos Founding Fathers da Constituição norte-americana de 1787.

³ “A concepção partidária, a contestação do resultado eleitoral de 2014 por Aécio Neves, as diversas estocadas institucionais de Eduardo Cunha, que culminaram com o *impeachment* da presidente, a capitulação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no julgamento da chapa Dilma-Temer, entre outros eventos, apontam para uma fragilização do compromisso constitucional por parte de diversas lideranças políticas e institucionais” (Vieira, 2018, p. 153). Ainda, uma sucessão de episódios na política brasileira consegue definir, do ponto de vista fáctico, episódios que, analisados em conjunto, demonstram o mau funcionamento das instituições e um claro desapeço por questões democráticas: “[...] a abertura do processo de *impeachment* por Eduardo Cunha, em 2 de dezembro de 2015; a votação na Câmara dos Deputados, em 17 de abril de 2016; o afastamento provisório de Dilma Rousseff pelo Senado, em 12 de maio de 2016; a derrubada definitiva da presidente, em 31 de agosto de 2016. O golpe foi um processo, emblemático pela queda de Dilma, mas que não se esgotou nela, um golpe cujo sentido é o retrocesso nos direitos, a redução do peso do campo popular na produção da decisão política e o adormecimento do projeto de construção de uma sociedade mais justa. A vitória de Jair Bolsonaro nas eleições presidenciais de 2018 foi um desdobramento, em certa medida imprevisto, deste processo, que continua em aberto e para o qual, infelizmente, não há perspectiva de solução a curto prazo” (Miguel, 2019, p. 21-22).

provenientes do campo jurídico-político? E mais: de que forma os Poderes e as instituições podem contribuir com a resposta à crise da democracia no Brasil?

Nesse sentido, o foco do artigo é repensar a atividade do Supremo Tribunal Federal em seu papel protagonista na atual performance do arranjo institucional e chamar a atenção para a importância de reconhecer as capacidades institucionais existentes fora do Poder Judiciário com suporte em Sunstein e Vermeule (2003).

Com base nas reflexões de Mezzaroba e Monteiro (2023), este estudo emprega o método hipotético-dedutivo, auxiliado pelo método histórico. A pesquisa, de caráter qualitativo, inter-relaciona fatores e contextos privilegiados a partir de uma abordagem prescritiva, pois descreve o contexto atual e propõe soluções possíveis para os problemas abordados. No desenvolvimento da pesquisa, foi utilizado procedimento técnico de consulta, pesquisa, análise e leitura de fontes bibliográficas e documentais, tais como: monografias, teses, artigos científicos e dissertações. Por meio do método hipotético-dedutivo, a pesquisa busca examinar diferentes contextos que influenciam a interpretação da atuação do Supremo Tribunal Federal, no arranjo institucional brasileiro, e a sua interação institucional com os outros Poderes da República, a partir da dinâmica definida no texto constitucional. Destaca-se que o propósito do artigo é apresentar soluções para que a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) seja mais harmônica com os outros Poderes da República, utilizando-se dos autores Sunstein e Vermeule (2003), Clève e Lorenzetto (2021), Marinoni (2021) e Souza Neto (2020) para desenvolver um tipo específico de atuação institucional do STF que preserve e fortaleça, ainda mais, sua função importantíssima de guardião da Constituição Federal. Complementarmente, utilizam-se comparações históricas para explorar e descrever a concretização de preceitos político-institucionais que foram previstos no Brasil e no exterior, com foco na atuação de Cortes Constitucionais. Uma abordagem qualitativa e prescritiva permite, ainda, examinar diferentes perspectivas sobre o posicionamento dos Poderes institucionais frente ao debate de ideologias, apontando conflitos e propondo soluções para mitigar suas práticas e/ou efeitos.

A proposta defendida neste estudo baseia-se na Constituição de 1988 como diretriz principal. Como fundamento último, trata-se da orientação de todo e qualquer intérprete que se aventure no mar do constitucionalmente possível. Como fundamento primeiro, trata-se da mais importante ordem de Ulisses⁴.

2 Democracia em crise no Brasil: escalada de uma ruptura sem tanques

As democracias contemporâneas não se encontram mais no ápice de sua popularidade. Aliás, nosso cotidiano já está se acostumando com atos concretos de desinteresse pela vivência democrática. Não raro, depara-se com uma convivência quase pacífica entre atos concretos de autoritarismo e o Estado Democrático de Direito⁵, pois a utilização da hermenêutica para fins escusos escancara que a legalidade, muitas vezes, legitima a ascensão de um líder autoritário⁶. Tal situação resulta na criação de mais um paradoxo: “O respeito à legalidade é condição para a vida democrática, mas não a assegura” (Casara, 2018, p. 60).

Nesta perspectiva, Runciman (2018), no final do seu livro *Como a democracia chega ao fim*, apresenta aos leitores algumas lições para o século XXI, e, na primeira delas, afirma que: “A democracia ocidental madura está em declínio. Passou do seu apogeu” (Runciman, 2018, p. 198).

E agora, como é possível reconhecer os sinais que comprovam que a democracia está chegando ao fim?

Trata-se, exatamente, de um fenômeno diferente do que comumente se observa na história. As democracias, em regra, já não entram em colapso por um único evento e com data e horas marcadas. Por isso, poucas democracias são arruinadas a partir de um golpe de Estado clássico, em que determinados atores políticos utilizam mecanismos estatais para promover a intimidação e a coerção (Runciman, 2018, p. 44).

⁴ “Quando Ulisses se acorrentou ao mastro e mandou que seus remadores pusessem cera nos ouvidos, tinha como objetivo tornar impossível para si próprio sucumbir à canção das sereias” (Elster, 2009, p. 127). No original, Homero relata o problema enfrentado por Ulisses ao passar pela ilha das sereias: “Não somente um nem dois, amigos, saibam às auras e ao piloto; eu mesto (sic) falo: O que a deusa das deusas me predisse, para informados ou morrermos todos ou da Parca fugirmos. Das Sereias evitar nos ordena o flôreo prado e a voz divina; a mim concede ouvi-las, mas ao longo do mastro em rijas cordas. E se pedir me desateis, vós outros de pés e mãos ligai-me com mais força.” (Homero, 2009).

⁵ Para Casara (2018, p. 64): “O Estado Democrático de Direito centra-se em duas ideias básicas: a) o Estado limitado pelo Direito, em especial, pelos direitos fundamentais, que funcionam como ‘trunfos contra as maiorias’ (sequer a ocasional vontade da maioria pode afastar direitos fundamentais); e b) o poder político estatal legitimado pelo povo. Democracia e direitos fundamentais mostram-se interligados, em uma relação de dependência recíproca”.

⁶ “Os atores jurídicos, geralmente, são peças importantes dos modelos autoritários de Estado. O Holocausto foi possível apesar do Estado de Direito, pois contou com a ajuda de juristas e juizes. O fascismo e o nazismo serviram-se do Direito. A opressão não é incompatível com o Direito” (Casara, 2018, p. 60).

O rompimento das estruturas democráticas sempre fez parte do nosso imaginário com imagens e elementos específicos. Não é possível pensar a ruína de uma democracia sem tanques nas ruas ou sem uma artilharia pesada que lhe dê suporte. Nesse sentido, é assim que nos inclinamos a enxergar a morte de democracias: “nas mãos de homens armados” (Levitisky; Ziblatt, 2018, p. 14).

Nesse âmbito, as experiências das décadas de 1930 ou 1970 disponibilizaram as principais alegorias do que temos conhecimento sobre o que acontece quando a democracia entra em colapso: “tanques nas ruas; ditadores caricatos bradando mensagens de unidade nacional enquanto deixam um rastro de violência e repressão” (Runciman, 2018, p. 5).

Contudo, outra forma de destruir a democracia está em evidência. Um pouco menos caricatural, mas tão perversa quanto: “Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder” (Levitisky; Ziblatt, 2018, p. 15). Conclusão: “O paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo é que os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la” (Levitisky; Ziblatt, 2018, p. 17).

Este âmbito cada vez mais complexo de degradação da democracia tem creditado, sob determinados aspectos, a ocorrência de golpes de Estado, sem a prática comum de um ato exclusivo de misericórdia: “Não existe um antes e um depois. Só o espaço envolto em sombras entre um e outro” (Runciman, 2018, p. 56).

O problema é que se torna muito mais difícil identificar onde o processo de desafeição pela democracia se inicia. A principal distinção entre um golpe de Estado convencional e este outro tipo, mais atual, de morte da democracia, é que o primeiro se concentra em um evento isolado, em que o futuro da nação está entre o colapso total e a frustração golpista, enquanto o outro se caracteriza por ser um processo mais gradual. Uma tomada de poder abrupta do primeiro tipo irá ter êxito ou se mostrar um fiasco em questão de poucas horas. O outro desdobra-se por contínuos anos, sem que qualquer pessoa consiga identificar o que está acontecendo, nem quando (se está no começo, no meio ou se a democracia já ruiu): “Fica muito mais difícil distinguir os limites. E mais que isso: enquanto o povo espera que o golpe real se revele, o golpe gradual pode estar em curso há tempos” (Runciman, 2018, p. 43-44).

Nesse sentido está o alerta de Souza Neto (2020, p. 33): “É o que caracteriza o processo de erosão democrática: as instituições permanecem em funcionamento, mas sob ameaça permanente”⁷.

Portanto, a morte de uma democracia já não acontece como antes: “O fim definitivo de uma vida se transformou em algo mais parecido a um processo gradual” (Runciman, 2018, p. 199).

Percebe-se, pois, que só será possível defender a democracia se reconhecermos as características desse processo gradual de desgaste do ambiente democrático. Levitisk e Ziblatt (2018) desenvolveram um conjunto de quatro indicadores que permitem alertar os cidadãos da existência de figuras políticas que incorporam comportamentos autoritários no seu agir político. Por essa razão, afirmam os autores, todo cidadão deve ficar preocupado quando políticos: 1) preterem, seja por meio de discursos ou atos concretos, as regras que regem o jogo democrático⁸; 2) recusam-se a aceitar a legitimidade de adversários políticos⁹; 3) demonstram tolerância ou incentivam a violência¹⁰; e 4) sinalizam estarem dispostos a criar mecanismos de restrição das liberdades civis das pessoas que atuam contra o seu governo, inclusive ameaças explícitas aos meios de comunicação¹¹ (Levitisky; Ziblatt, 2018, p. 32).

A erosão da democracia patrocinada por uma maioria vencedora na disputa eleitoral e por boa parte da elite detentora do poder econômico é uma preocupação constantemente renovada por estudiosos do pensamento político ocidental. Não se pode mais confiar que um governo democrático e suas barreiras constitucionais sejam o antídoto contra a tirania de maiorias circunstanciais¹². É preciso fortalecer suas estruturas de sustentação e habilitar a vida democrática como condição *sine qua non* para a sobrevivência de qualquer República. A aposta no fortalecimento das instituições autônomas de controle e aplicação da lei pode ser uma arma poderosa de prevenção e proteção

⁷ Muitos juristas brasileiros discordam dessa afirmação, usando como exemplo a atuação do PGR Augusto Aras durante o governo Bolsonaro.

⁸ Além de ser público e notório o desejo de descumprir decisões judiciais, aliados do governo admitem que Bolsonaro tem a pretensão de impedir as eleições em risco de derrota iminente. Ver Megale (2022).

⁹ O presidente Bolsonaro chama seu principal adversário político de ladrão e o vice dele de vagabundo (Gullino, 2021).

¹⁰ Em evento no Acre no ano de 2018, quando ainda estava em campanha eleitoral, Bolsonaro afirmou e encenou que iria fuzilar a petralhada daquele Estado (Ribeiro, 2018).

¹¹ Em evento de comemoração ao Dia nacional da liberdade de imprensa, Bolsonaro volta a atacar a imprensa. Ver Gomes (2022).

¹² Sobre a tirania de maioria circunstanciais: “Nenhuma geração, muito menos uma mera maioria circunstancial, movida pelo medo, pelo ódio ou pela sedução de um líder carismático, estaria autorizada a suprimir os direitos fundamentais, assim como as prerrogativas das gerações futuras de determinar o seu próprio destino” (Vieira, 2018, p. 215-216).

contra hostilidades à democracia em um ambiente tomado por desejos autoritários. O fato é que “a condução da política à margem das regras e dos procedimentos estabelecidos pela Constituição inevitavelmente degenera em arbítrio e violência” (Vieira, 2018, p. 218).

É bem verdade que a democracia ocidental contemporânea se movimenta em direção a caminhos que “parecem ecoar os momentos mais sombrios do passado” (Runciman, 2018, p. 8).

Alguns analistas políticos afirmam que é quase certo que o desaparecimento da democracia será demorado. A realização de modestos aperfeiçoamentos, mudanças paliativas e ajustes puramente técnicos são capazes de mantê-la quase permanentemente em um estado vital no modo piloto automático.

A capacidade de resistência da democracia é colocada à prova quando se incube da tarefa de desestabilizar os problemas de modo a torná-los inofensivos, o que obriga o sistema democrático a ser capaz de desarticular emboscadas que levem à sua própria morte: “assim, pelo menos, postergá-la, dia após dia” (Runciman, 2018, p. 199).

Por mais que, em alguns momentos, o cenário esteja tomado por adversidades, a indiferença, muitas vezes ocasionada pela impotência diante dos fatos, nunca será o comportamento mais adequado.

É necessário se manter em estado de alerta permanente em relação ao processo em curso de corrosão das grades de proteção da democracia, pois sua principal ameaça é a indiferença (Runciman, 2018, p. 145).

Mas e se a democracia morrer? O que restará? Apenas o silêncio (o pior da morte) fúnebre do que não existe mais, embora seja carregado de uma infinidade de significados.

3 O reforço à teoria das capacidades institucionais: levando a sério as instituições democráticas

Como referência nesta parte do artigo, adotam-se Sunstein e Vermeule (2003). A proposta dos autores sustenta que a análise institucional empregada ao Direito consiste em investigar o desempenho de instituições que proferem decisões jurídicas, confrontá-lo com o das demais instituições, e propor reflexões sobre “quem” deve decidir e “como” deve decidir. Não só do ponto de vista de uma teoria interpretativa, mas avaliar também as consequências (sistêmicas) de determinada decisão dentro do modelo organizacional (arranjo institucional), especialmente, se a decisão repercutir em outros Poderes¹³.

Por essa razão, os autores argumentam que discussões sobre interpretação jurídica só podem ser solucionadas de maneira adequada quando as questões institucionais são consideradas relevantes¹⁴ (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 848). Nesse sentido, os autores reconhecem que questões institucionais devem ser, minimamente, apreciadas para alcançar algum tipo de progresso nas discussões teóricas: “No mínimo, uma apreciação das questões institucionais deve permitir que as pessoas tenham uma melhor apreciação do que estão discordando, e também de estratégias para fazer algum progresso no futuro”¹⁵ (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 949).

É importante ressaltar que a partir do segundo pós-guerra e a divulgação das atrocidades realizadas pelos Estados totalitários/autoritários, o sentimento que habitava a mente daqueles que sobreviveram à banalização do mal, bem como daqueles que tiveram conhecimento do quão grave foi a experiência nazi/fascista, era de desconfiança nas instâncias políticas majoritárias. Portanto, a ambiência de desconfiança e medo de maiorias antidemocráticas é o cenário perfeito para perpetuação de um poder estatal, em tese, politicamente neutro. O

¹³ “Nossa ambição tem sido ao mesmo tempo mais estreita e mais crítica – mostrar que a teoria interpretativa, tal como elaborada por seus praticantes mais hábeis, tem sido notavelmente indiferente às questões institucionais, procedendo como se os juízes fossem confiáveis e como se sua escolha de abordagem carecesse de consequências sistêmicas. Pensamos que essa indiferença é uma espécie de patologia, produzida, em grande parte, pela contínua insistência da cultura jurídica em enquadrar a questão da interpretação como: ‘O que você faria diante de um problema desse tipo?’ Esperamos ter mostrado que esta é uma pergunta enganosa a ser feita, e que tem consequências bastante prejudiciais não apenas para o estudo acadêmico do Direito, mas também para as instituições jurídicas. Uma vez que a questão esteja devidamente reformulada, deve ser possível ver as questões interpretativas sob uma nova e melhor luz, e talvez adotar novas e melhores respostas também” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 950-951). Tradução própria, no original: “*Our ambition has been at once narrower and more critical – to show that interpretative theory, as elaborated by its most able practitioners, has been remarkably indifferent to institutional issues, proceeding as if judges are reliable and as if their choice of approach lacks systemic consequences. We think that this indifference is a kind of pathology, produced, in large part, by the legal culture’s continuing insistence on framing the question of interpretation as, ‘What would you do, when faced with a problem of this sort?’ We hope to have shown that this is a misleading question to ask, and one that has quite damaging consequences not only for the academic study of law, but for legal institutions as well. Once the question is properly reframed, it should be possible to see interpretive questions in a new and better light, and perhaps to adopt new and better answers as well*” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 950-951).

¹⁴ Tradução própria, no original: “*We have argued that issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional questions*” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 848).

¹⁵ Tradução própria, no original: “*At the very least, an appreciation of institutional questions should make it possible for people to have a better appreciation of what they are disagreeing about, and also of strategies for making some progress in the future*” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 949).

Poder Judiciário ascende, no debate público atrelado ao discurso de centralização dos direitos fundamentais no sistema jurídico e de reconhecimento da força normativa da Constituição e seus princípios, temas que situaram os órgãos judiciais em papel de destaque na definição das questões mais relevantes para redemocratização do espaço público de deliberação.

Portanto, com o avanço das discussões sobre o papel dos órgãos judiciais no controle de validade das leis, conjuntamente com a derrocada e a ascensão de determinados modelos de Estado, que ora possibilitava a proeminência de algum dos poderes estatais ora de outro, fizeram com que, no atual contexto político-social, os Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas detivessem o protagonismo nos processos políticos-decisórios.

Com isso, cria-se a imagem de um Judiciário heroico. Justamente nesse ponto, Sunstein e Vermeule projetam sua teoria para o campo da aplicação e da teorização do Direito:

Com ênfase nas capacidades institucionais e efeitos dinâmicos, poderemos ver que quase todas as discussões mais proeminentes de interpretação – incluindo, por exemplo, as de Jeremy Bentham, William Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart e Albert Sacks, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning e Richard Posner – são incompletos e malsucedidos, simplesmente porque geralmente procedem como se a única questão fosse como ‘nós’ deveríamos interpretar um texto. Onde eles atendem a papéis institucionais, esses teóricos frequentemente trabalham com uma imagem idealizada, até mesmo heroica, das capacidades judiciais e, como corolário, uma visão preconceituosa das capacidades de outros legisladores e intérpretes, como agências e órgãos legislativos. E se o foco for colocado nas capacidades institucionais e nos efeitos dinâmicos, acharemos muito mais fácil entender o que está por trás de muitas divergências interpretativas no Direito e também ver como essas divergências podem ser resolvidas¹⁶ (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 886).

O debate no Direito contemporâneo vem constantemente sendo protagonizado por discussões as quais retroalimentam vantagens e desvantagens de determinadas metodologias interpretativas que revelam a melhor compreensão do que é o Direito e quais as melhores respostas para problemas complexos que as sociedades modernas enfrentam.

A teoria das capacidades institucionais tem como objetivo demonstrar a inutilidade dos esforços para evidenciar que ideais abstratos podem ser utilizados para solucionar desacordos sobre quais metodologias interpretativas são mais apropriadas¹⁷ (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 885-886).

Por outro lado, os autores alertam que a teoria do Direito peca por negligenciar duas questões importantes¹⁸. A primeira diz respeito às capacidades institucionais e à insistência de que os debates, sobre a interpretação jurídica, não podem ser solucionados, razoavelmente, quando não se levam em consideração essas capacidades. O ponto central não é “como, em princípio, um texto deve ser interpretado?”. O foco deve ser, ao contrário, “como certas instituições, com suas capacidades e limitações distintas, devem interpretar certos textos?”.

O fato é que existe uma confiança absoluta na interpretação feita pelos juízes, e uma desconfiança generalizada em qualquer tipo de interpretação jurídica feita fora do espaço de atuação do Judiciário – quase sempre acusada de ser inautêntica. Se os juízes competentes chegam com segurança à conclusão de que uma interpretação literal de uma lei é inadequada, o argumento para recusar a interpretação literal é muito reforçado. Porém, é importante ressaltar que os juízes são altamente falíveis, o que pode levar a crer que a metodologia interpretativa empregada por juízes pode ter algumas virtudes negligenciadas (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 886).

¹⁶ Tradução própria, no original: “*With an emphasis on institutional capacities and dynamic effects, we will be able to see that nearly all of the most prominent discussions of interpretation - including, for example, those by Jeremy Bentham, William Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart and Albert Sacks, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning, and Richard Posner - are incomplete and unsuccessful, simply because they generally proceed as if the only question is how ‘we’ should interpret a text. Where they attend to institutional roles at all, these theorists frequently work with an idealized, even heroic picture of judicial capacities and, as a corollary, a jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters, such as agencies and legislatures. And if the spotlight is placed on institutional capacities and dynamic effects, we will find it much easier to understand what underlies many interpretive disagreements in law, and also to see how such disagreements might be resolved*” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 886).

¹⁷ Tradução própria, no original: “*Part of our goal here is to demonstrate the futility of efforts to show that abstract ideals can resolve disagreements about appropriate interpretive methods*” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 885-886).

¹⁸ “*Nossa alegação aqui não é que a Suprema Corte, ou os tribunais em geral, ignorem a dimensão institucional, mas que a consideração dessa dimensão permanece episódica e ocasional, e que a teorização mais geral sobre interpretação dá muito pouca atenção a ela*” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 887). Tradução própria, no original: “*Our claim here is not that the Supreme Court, or courts generally, ignore the institutional dimension, but that consideration of that dimension remains episodic and occasional, and that more general theorizing about interpretation pays too little attention to it*” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 887).

É por isso que a teoria interpretativa deve dar ênfase à pergunta “Que métodos interpretativos os juízes deveriam usar?”, e não a “Que métodos interpretativos eu usaria, se eu fosse um juiz?”. Essa negligência, quanto ao enfoque que deve ser dado, é sintoma da cegueira institucional na teoria interpretativa (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 941). Para os autores: “[...] o tratamento de questões básicas do Direito constitucional, como a revisão judicial, sempre sofreu com a cegueira institucional [...]” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 932-933)¹⁹.

A segunda questão diz respeito aos efeitos dinâmicos de qualquer interpretação mais particular – suas consequências para o jogo dinâmico das relações públicas e privadas de vários tipos. Se uma interpretação não literal da frase “causar câncer” criasse um ambiente de insegurança no sistema e, com isso, diminuísse o incentivo do Legislativo para elaborar correções. Portanto, poderia ser razoável não reconhecer exceções em casos que acarretam riscos de baixo impacto (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 886).

Trata-se, ao final, de concluir que: “Ao chamar a atenção tanto para as capacidades institucionais quanto para os efeitos dinâmicos, estamos sugerindo a necessidade de uma espécie de virada institucional no pensamento sobre questões interpretativas” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 886).

Para tanto, cabe indagar: Por qual razão as teorias modernas da interpretação jurídica negligenciam as questões institucionais?

Uma leitura atenta do que afirmam Sunstein e Vermeule já possibilita extrair algumas ilações produtivas:

Esta é uma grande questão, e não oferecemos uma resposta completa aqui; mas temos algumas especulações. Por causa de seu próprio papel, os próprios juízes naturalmente fazem uma pergunta específica (‘Como este texto é melhor interpretado?’), e essa pergunta naturalmente desvia a atenção da questão das capacidades institucionais. A educação jurídica e a cultura jurídica em geral convidam os intérpretes a fazerem a seguinte pergunta: ‘Se você fosse o juiz, como você interpretaria este texto?’ Se a questão for colocada dessa forma, as questões institucionais desaparecem. A própria forma da pergunta os torna irrelevantes²⁰ (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 888).

Além disso, importante assentar que a teoria das capacidades institucionais não objetiva consolidar uma ideia particular sobre qual tipo de abordagem uma metodologia interpretativa deve priorizar para ser mais adequada. Trata-se de apenas sugerir que não é possível avançar na teoria do Direito deixando de lado as capacidades institucionais dos vários integrantes do modelo organizacional e os efeitos dinâmicos de construções interpretativas concorrentes. Os autores afirmam, em resumo, que “o foco em questões institucionais ressignifica radicalmente a análise da interpretação jurídica – e que já passou da hora de os interessados em interpretação verem o que pode ser feito com essa ressignificação”²¹ (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 890).

Portanto, o que se defende a partir dessa perspectiva apresentada é chamar a atenção para o impacto que as decisões do Supremo Tribunal Federal podem causar à integridade do arranjo institucional quando não levam em conta a capacidade institucional dos outros Poderes. A depender da situação a ser enfrentada, é fato que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo estão em melhores condições para tomar decisões mais acertadas que o STF. Nesse sentido, alinhado ao que vem sendo discutido ao longo da pesquisa, é necessário que o STF evite ao máximo inovações moralmente ambiciosas – direções desejáveis – e intervencionistas para a política.

Nesse sentido, vale também pontuar que o propósito do estudo está focado em discutir a influência de uma perspectiva institucional, na construção de uma atuação da Jurisdição Constitucional mais preocupada com a finalidade de evitar crises institucionais relacionadas, em alguma medida, aos processos de erosão democrática. Aqui não se defende ampliar essa discussão em relação a outras instâncias judiciais.

Ainda, cabe também discutir uma proposta de Clève e Lorenzetto (2021) sobre o Supremo Tribunal Federal compartilhar sua autoridade constitucional com os outros Poderes.

¹⁹ Tradução própria, no original: “[...] the treatment of basic questions in constitutional law, such as judicial review, has always suffered from institutional blindness [...]” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 932-933).

²⁰ Tradução própria, no original: “Why have modern interpretive theories neglected institutional issues? This is a large question, and we do not offer a full answer here; but we do have some speculations. Because of their own role, judges themselves naturally ask a particular question (‘How is this text best interpreted?’), and that question naturally diverts attention from the issue of institutional capacities. Legal education, and the legal culture more generally, invite interpreters to ask the following role-assuming question: ‘If you were the judge, how would you interpret this text?’ If the question is posed in that way, institutional issues drop out. The very form of the question makes them irrelevant” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 888).

²¹ Tradução própria, no original: “In these and other cases, our goal is not to settle on any particular view about what interpretation should entail, but to suggest that it is impossible to answer that question without looking at the institutional capacities of various actors and the dynamic effects of competing approaches. We claim, in short, that a focus on institutional issues radically reframes the analysis of legal interpretation – and that it is long past time for those interested in interpretation to see what might be done with that reframing” (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 890).

A proposta mencionada é formulada no sentido de que as decisões proferidas pelo Judiciário, quando exerce sua competência de fiscalização da constitucionalidade, perante uma crescente relevância dos casos que envolvem a macropolítica, poderão alcançar uma maior legitimidade com o implemento de duas condições:

[...] primeiro, a manifestação de deferência aos demais Poderes na resolução dos conflitos e, segundo, a despretensão do exercício do monopólio sobre a definição dos sentidos disputados nos diferentes âmbitos institucionais, devendo, quando possível, compartilhar a autoridade que ostenta em matéria constitucional (Clève; Lorenzetto, 2021, p. 49).

Isso pode ser observado, por exemplo, quando o desacordo institucional envolver questões complexas de maior amplitude, em que se demanda um esforço conjunto para que não se ultrapassem os limites constitucionais. É por esse motivo que, como afirma Marinoni (2021, p. 200): “[...] por poder se desenvolver a partir de premissas compartilhadas, tem grande chance de permitir o encontro de uma solução adequada”.

A deferência é o contrário do ativismo, e o compartilhamento da autoridade constitucional pode ser o avesso do protagonismo excessivo. Ao se direcionar o foco para o compartilhamento da autoridade constitucional e distribuir o papel interpretativo em relação ao texto constitucional entre os diversos órgãos constitucionais, é possível não apenas reduzir os conflitos entre os Poderes, mas também enfatizar a sujeição de todos à Constituição, que, por seu turno, não substancia domínio exclusivo de nenhum deles (Clève; Lorenzetto, 2021, p. 70-71).

O Supremo Tribunal Federal é ator importante e componente fundamental para que as engrenagens do processo constitucional continuem funcionando sem qualquer empecilho. Entretanto, podem estar enganados aqueles que consideram que deve a Corte atuar isoladamente, com o domínio absoluto da titularidade no transcorrer de todo o processo constitucional (Clève; Lorenzetto, 2021, p. 71).

Entende-se que tais condições são importantes para o Supremo Tribunal Federal conseguir transitar bem dentro do universo de alterações estruturais da política e, sempre que possível, adequando posicionamentos pretéritos – após estabelecer um diálogo com os demais Poderes ou mais precisamente com o Poder que será atingido pela decisão –, para aprimorar o dinamismo de seu processo decisório com o envolvimento de outros atores políticos para além da deliberação dos integrantes da Corte (Clève; Lorenzetto, 2021, p. 49). Não é demais lembrar que o diálogo entre os Poderes sempre deve se dar a partir de uma linguagem constitucional e não através de uma linguagem política. Porém, em razão de sua competência constitucional de guardião da Constituição: “É inevitável que esta ou aquela decisão judicial, em maior ou menor escala, tangencie alguma dimensão política” (Clève; Lorenzetto, 2021, p. 49).

Diante de inúmeras críticas em que se afirmam que o Supremo Tribunal Federal tem usurpado prerrogativas funcionais de outros Poderes, uma das soluções seria a utilização de um comportamento diverso: a autocontenção. Esta, supostamente, conduziria a um fortalecimento da autoridade residual da Corte: “[...] o uso virtuoso do poder de não decidir, ou melhor, do poder de não decidir para oportunizar maior discussão popular e devida decisão legislativa, que obviamente fica exposta a impugnação perante o Judiciário” (Marinoni, 2021, p. 33).

Com isso, a precaução em não decidir o que ainda não foi adequadamente debatido, seja no Poder Legislativo, seja no âmbito da Corte Constitucional, constituiu um bom argumento para defender o uso virtuoso de “decidir não decidir” (Marinoni, 2021, p. 33).

O Supremo Tribunal Federal, para tutelar a Constituição sem desprezar os valores da democracia, está proibido de se adiantar ao Legislativo: “[...] uma não decisão da Corte²², em situações específicas, permite que possa fluir uma discussão mais ampla e frutífera dentro do processo democrático” (Marinoni, 2021, p. 189).

A doutrina das virtudes passivas, defendida por Marinoni, está mais atenta com a gestão do tempo da decisão, partindo do pressuposto de que isso é fundamental para que a Corte possa constituir um diálogo mais próximo com a sociedade e com os poderes políticos em benefício de construir um resultado satisfatório com amparo na Constituição (Marinoni, 2021, p. 193).

O poder de não decidir deve ser a postura a ser frequentemente seguida pela Corte, o que necessariamente decorre da preocupação com o compromisso da Corte com a democracia (Marinoni, 2021, p. 194). Nessa circunstância, o Supremo Tribunal Federal não se esquivava do dever de decidir; contudo, oportuniza a construção de decisões políticas realizadas em espaços institucionais mais amplos (Clève; Lorenzetto, 2021, p. 73).

²² “[...] a Corte, em determinadas situações, deve não decidir, ou melhor, de que a não decisão, tanto quanto a decisão, constitui uma virtude. Ela apenas muda de sinal, pois é uma virtude passiva, determinada pela prudência” (Marinoni, 2021, p. 190).

Nesse sentido, é necessário reconhecer o valor de não decidir: “Não decidir deve constituir opção pelo melhor caminho. Quando a Corte decide não decidir ela obviamente usa o seu poder de modo virtuoso, para que a sua função seja desempenhada de modo correto no quadro mais amplo da democracia constitucional” (Marinoni, 2021, p. 549).

O caso envolvendo a prisão em flagrante do ex-deputado federal Daniel Silveira pode muito bem demonstrar como a inserção de qualquer nível da dimensão institucional no debate judicial pode evitar ou melhor contornar uma crise institucional entre os Poderes. É certo que a inserção de um caráter institucional na construção de uma solução por parte da Corte constitucional sempre se dará a partir de uma linguagem constitucional e, portanto, a Constituição Federal será o ponto de partida e de chegada para essa resposta, mais adequada do ponto de vista institucional, da jurisdição constitucional.

Ocorreu que “o deputado Daniel Silveira (PSL-RJ) havia sido preso em flagrante na noite de 16 de fevereiro de 2021, após publicação de vídeo no qual fazia críticas aos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e defendia o Ato Institucional nº 5 (AI-5)” (Agência Câmara Notícias, 2021).

Apurou-se que a ordem de prisão partiu do ministro do STF, Alexandre de Moraes. Na decisão, Moraes afirmou que são “imprescindíveis medidas enérgicas para impedir a perpetuação da atuação criminosa de parlamentar visando lesar ou expor a perigo de lesão a independência dos Poderes instituídos e ao Estado Democrático de Direito” (Deputado [...], 2021, n.p.).

Na sequência, o ministro considerou que, ao postar e permitir a divulgação do vídeo nas redes sociais, com um alcance expressivo, Daniel Silveira teria cometido uma infração permanente, e, portanto, possível o flagrante delito:

‘Ao postar e permitir a divulgação do referido vídeo, que repiso, permanece disponível nas redes sociais, encontra-se em infração permanente e conseqüentemente em flagrante delito, o que permite a consumação de sua prisão em flagrante’, afirma Alexandre na decisão (Deputado [...], 2021, n.p.).

Ocorre, contudo, que os crimes cometidos pelo deputado se relacionam, entre outras manifestações, a declarações expressas pedindo o retorno do Ato Institucional nº 5 – um dos atos mais repressivos da ditadura militar – para possibilitar a cassação de ministros do STF, inclusive com referências diretas a alguns ministros, com o objetivo de promover uma ruptura institucional. Ele também convocou a população, por meio de suas redes sociais, a invadir o STF.

Após os fatos, na data de 20/04/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 9 (nove) votos a 2 (dois), condenou o deputado federal Daniel Silveira a 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa de R\$ 192.500,00 mil (cento e noventa e dois mil e quinhentos reais), corrigida monetariamente. Os votos dissidentes foram dos ministros André Mendonça e Nunes Marques – ambos indicados para o STF pelo próprio ex-presidente Bolsonaro (aliado político de Daniel Silveira). O primeiro, seguiu em parte o voto condutor do relator ministro Alexandre de Moraes, já o segundo, respectivamente, decidiu pela absolvição de todos os crimes imputados ao deputado.

Destaca-se que, no caso Daniel Silveira, logo após a condenação supramencionada, o ex-presidente Jair Bolsonaro anunciou, na tarde do dia 21/04/2022, em *live* transmitida por suas redes sociais, o perdão da pena ao deputado governista, o qual foi condenado no dia anterior a 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de prisão pelo Supremo Tribunal Federal. Logo após o anúncio, o decreto foi publicado em edição extra do Diário Oficial da União²³.

No caso em análise, como exemplo de uma decisão mais adequada ao contexto e ao reconhecimento do Poder Legislativo, como detentor de maior capacidade institucional para resolver a situação, seria aquela na qual o STF comunicasse, institucionalmente, ao Legislativo os fatos graves praticados pelo deputado federal. Assim, oportunizaria que a Câmara dos Deputados deliberasse sobre uma possível cassação do mandato, por quebra de decoro parlamentar ou outra solução que a casa parlamentar entendesse mais adequada.

Dessa maneira, as investigações continuariam, e uma futura ação penal contra o deputado também seguiria seu curso processual normalmente. Porém, considerando os motivos que levaram o ministro Alexandre de Moraes a decretar a prisão em flagrante de Daniel Silveira – a conclusão de que em razão do vídeo ainda permanecer disponível e acessível aos usuários da rede mundial de computadores seria motivo idôneo para configurar crime permanente, e, conseqüentemente, o flagrante delito –, repercutiram negativamente na opinião pública e na relação com o Poder Legislativo.

²³ Ver: Borges e Sant’ana (2022).

Portanto, o foco, neste estudo, é demonstrar que essa decisão causou um impacto negativo na relação com o Poder Legislativo e que, seguindo uma lógica decisória mais preocupada com o aspecto institucional, poderia ter sido solucionada de outra forma. O STF poderia ter reconhecido que o Legislativo tem capacidade institucional de resolver internamente esse problema e, dessa forma, a Corte decidiria “não decidir” naquele momento para que a questão fosse mais bem discutida.

Considera-se, a partir do desfecho dado ao caso do ex-deputado Daniel Silveira, que o colapso de Cortes Constitucionais em regimes democráticos se dá pela perda de sua autoridade (Glezer, 2020, p. 40). Assim, a graça concedida ao ex-deputado Daniel Silveira, além de demonstrar o despreço que o ex-presidente da República tem pela autoridade do STF, contribui para a desmoralização da Corte nesse cenário político conturbado. Na prática, isso serve para difundir uma crença geral de que o STF é inútil.

Em algumas situações, a Corte Constitucional vai além de um simples contrapeso, gerando discussões sobre quais são seus limites constitucionais, pois supõe-se que a utilização de determinadas metodologias interpretativas contemporâneas não é suficiente para a manutenção do equilíbrio fomentado pela separação dos Poderes. Qual seria o contrapeso efetivo do sistema político representativo? A instituição de um sistema de freios e contrapesos no qual cada Poder possa atuar, a fim de impedir o abuso dos outros ainda, é algo a ser conquistado pelo sistema constitucional brasileiro.

Chamar a atenção para um modo de atuação do STF mais preocupado com as consequências que podem repercutir negativamente no funcionamento do arranjo institucional, em situações de maior estresse institucional, agravadas por um contexto de erosão democrática, revela que “[...] a Corte, para decidir adequadamente, muitas vezes não precisa usar toda a extensão do seu poder” (Marinoni, 2021, p. 184).

Para finalizar, outra proposta para repensar o modo de atuação do STF deve ser analisada. Trata-se daquela desenvolvida por Claudio Pereira de Souza Neto (2020) e denominada por ele de “função anticíclica da Jurisdição Constitucional”.

O autor compreende que o sistema de freios e contrapesos atua para evitar o arbítrio. Assim, os instrumentos que compõem esse sistema devem permanecer em estado de alerta quando um governante autoritário conquista o poder. Nessa circunstância, o sistema de freios e contrapesos deve desempenhar uma “função anticíclica”. Governos democráticos devem ser tratados com maior deferência, suas ações se presumem de acordo com o ordenamento jurídico e devem, em geral, ser mantidas. Por outro lado, governos autoritários devem ser tratados com descrédito. A postura acertada das instituições capacitadas para proteger a democracia é de robustez na repressão dos abusos autoritários: devem atuar *in dubio* pró-democracia. Postula-se a intransigente proteção dos direitos e das garantias fundamentais, dos recursos de participação política disponibilizados pelo sistema democrático, dos direitos das minorias, do amplo e plural debate político. Diante de governo que incessantemente busca intimidar os pilares fundamentais da democracia constitucional, qualquer ação direta que possa impedi-los deve acionar imediatamente os instrumentos de controle ao autoritarismo e de preservação da democracia (Souza Neto, 2020, p. 255).

Em resumo, o autor defende essa função anticíclica da Jurisdição constitucional para conter governos autoritários, tomando emprestado um conceito desenvolvido por economistas:

Os economistas keynesianos costumam recomendar que os ciclos econômicos sejam equilibrados por meio da adoção de políticas anticíclicas: as recessões são atenuadas por investimentos públicos; no período de desenvolvimento acelerado, economiza-se. As Cortes constitucionais devem assumir o mesmo papel diante dos ciclos políticos – pode-se conceber, nesse sentido, uma jurisdição constitucional anticíclica. Diante de governos que não revelam compromisso com as instituições democráticas, a função anticíclica da jurisdição constitucional implica a ‘redução situacional da deferência’, da qual resulta a adoção de parâmetros mais rigorosos de controle dos atos estatais. As Cortes não devem atuar como vanguardas de processos de transformação social, nada obstante, em temas pontuais, possam proferir decisões inovadoras. Cabe-lhes, antes, atenuar o extremismo dos ciclos políticos, com o propósito de proteger a democracia e proteger as minorias. A função anticíclica provê equilíbrio ao sistema, preservando, sobretudo, o que não pode ser posto à disposição das majorias eventuais: o sistema de direitos fundamentais e os procedimentos para a eleição de governantes (Souza Neto, 2020, p. 291-292).

Defende-se, neste artigo, que tanto o compartilhamento da autoridade constitucional, como as virtudes passivas de decidir não decidir, são consequências, em alguma medida, da institucionalização da teoria das capacidades

institucionais no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. A Corte, quando resiste a determinadas interpretações constitucionais mais ortodoxas que podem, em alguma medida, comprometer o bom funcionamento do arranjo institucional, promove maior legitimação democrática da sua atuação. Nos cenários de crises democráticas ou processos de erosão provocados pela ascensão do populismo autoritário, é necessário que a Corte Constitucional assuma o papel de Jurisdição constitucional anticíclica.

Dessa forma, desde logo, é preciso reconhecer que o reforço à questão institucional é ferramenta importante na defesa da democracia²⁴. Na verdade, é indispensável assegurar e fortalecer igualmente a institucionalidade, para que “as reeleições sucessivas, a perpetuação de partidos no governo ou a eleição de líderes populistas não levem apenas ao jogo da ascensão e permanência no poder, mas, antes, à institucionalização de uma verdadeira e ampla democracia” (Schwarcz, 2019, p. 209).

Com isso, a interpretação do Direito feita pelo julgador quando incorpora uma terminologia que se encaixe numa encruzilhada teórica mais atrelada à fusão ou mais conivente com a incapacidade de separação entre o que o Direito é e o que deveria ser, terá apenas função de poluir ou encobrir o acesso do intérprete aos fatos.

Por essa razão, Hart (2010, p. 95) afirma que “vivemos em meio a incertezas dentre as quais devemos escolher, e que o Direito existente impõe apenas limites à nossa escolha e não a própria escolha”. Portanto, se o Direito não é capaz de limitar suas condições de possibilidade no mundo, seus teóricos não detêm capacidade para ignorar que existe uma possibilidade de aprimoramento no diálogo entre os Poderes – diminuir a ocorrência de crises institucionais – a partir da inserção da questão institucional tanto no aspecto interpretativo como para a definição de que o Supremo Tribunal Federal tem o dever de levar em consideração as consequências práticas de suas decisões e os efeitos nocivos dessas sentenças para a manutenção do equilíbrio no modelo organizacional (arranjo institucional). Como afirma Gonçalves (2020, p. 271), “a capacidade decisória do Judiciário não pode ser analisada no vazio institucional”.

Isso implica maior prudência do Supremo Tribunal nas decisões que se movimentam no limiar entre o avanço desmedido em seu papel interpretativo como guardião da Constituição e os limites impostos pela Constituição, bem como a institucionalização na prática decisória de um maior apego à autocontenção, especialmente, em momentos de crise institucional entre os Poderes: “[...] a Corte precisa modular ativismo e deferência de forma prudente” (Mendes, 2011, p. 287). E mais, é necessário repensar o papel do Supremo Tribunal Federal em sua atuação contramajoritária, pois o controle, em alguns casos, descumpra compromissos constitucionais sólidos e confronta o modelo normativo-constitucional da separação dos Poderes, com o objetivo de moralizar a atuação política dos outros Poderes. O fato é que, como afirma Arguelhes (2023, p. 16), o STF é uma instituição “que precisa proteger a Constituição que os constituintes criaram, com seus problemas e contradições, e não a Constituição que gostaria que os constituintes tivessem criado”.

4 Considerações finais

Saber quanto e quando decidir, encontrar um espaço do meio que evite o excesso e a timidez são desafios que a Corte terá de resolver caso a caso (Mendes, 2011, p. 305). No entanto, o desafio maior é evitar que o STF julgue contra o texto constitucional exposto, pois “ele deixa de ser guardião da Constituição e sua jurisprudência passa a ser a própria Constituição” (Abboud; Oliveira, 2014, p. 38). E para isso, não menosprezar a importância do aspecto institucional para a democracia é o primeiro passo.

A crise da democracia ou seu processo de erosão não consegue deixar de fora os atores que compõem o arranjo institucional, pois todo esse processo de degradação no ambiente democrático tem, no mínimo, dois elementos que integram a particularidade brasileira: 1) protagonismo do Supremo Tribunal Federal no arranjo institucional e seu papel central no cenário de crise democrática como a última trincheira na contenção do avanço do autoritarismo e; 2) inaptidão ou omissão das outras instituições nesse processo de erosão democrática como causa desse protagonismo, ou seja, a não atuação ou a incapacidade das outras instituições gera a necessidade de um superdimensionamento da atuação do Supremo Tribunal Federal.

²⁴ Para se articular uma comunidade política diligente na defesa da democracia, tem-se como premissa básica: “[...] firmar compromissos com o aperfeiçoamento das instituições; contestar atos administrativos que atentem contra a nossa democracia e a ameacem; e exigir garantias constitucionais” (Schwarcz, 2019, p. 217).

Diante do exposto, conclui-se que a questão institucional deve ser garantida e reforçada, tanto no sentido de ser um fator preponderante, na defesa e na manutenção do Estado Democrático de Direito, bem como na tese defendida a partir de razões de fato e de direito suficientemente fortes. Essa tese sustenta que o Poder Judiciário, mais particularmente o Supremo Tribunal Federal, deve ceder espaço interpretativo em suas construções decisórias para incluir as capacidades institucionais dos outros Poderes, seja para compartilhar sua autoridade constitucional ou para virtuosamente não decidir em determinadas situações mais complexas, bem como quando atua no seu papel de Jurisdição constitucional anticíclica.

Em alguma medida, aceitar que o aspecto institucional é importante para a construção de respostas judiciais em momentos de crises ou para evitar cenários crises é não só fortalecer o arranjo institucional, mas também promover um diálogo sem a necessidade de “sentar-se à mesa”²⁵, ou seja, um diálogo em que a política não deve prevalecer sobre a Constituição. Aqui, portanto, é possível enxergar uma vitória do normativo sobre o descritivo.

Por fim, e considerando os elementos postos à discussão, é possível afirmar que as ameaças ao funcionamento das instituições democráticas podem ser mais bem contornadas quando o aspecto institucional é fator relevante para orientar a atuação das instituições em contextos de crise democrática.

Referências

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**, [s. l.], v. 39, n. 233, p. 13-39, jul. 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck. **O supremo: entre o direito e a política**. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

BORGES, Beatriz; SANT'ANA, Jéssica. Bolsonaro anuncia perdão da pena a Daniel Silveira, condenado a 8 anos e 9 meses de prisão pelo STF. **G1**, Brasília, 21 abr. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/21/bolsonaro-anuncia-indulto-para-deputado-daniel-silveira.ghtml>. Acesso em: 11 maio 2022.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, agir estratégico e autoridade constitucional compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DEPUTADO Daniel Silveira é preso por pregar ditadura e atacar Supremo. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-presos-pregar-ditadura-atacar-supremo>. Acesso em: 25 out. 2022.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. São Paulo: UNESP, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia** Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2006.

GLEZER, Rubens. **Catimba constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

GOMES, Beatriz. No dia da Liberdade de Imprensa, Bolsonaro sugere fechar mídia brasileira. **UOL**, São Paulo, 07 jun. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/06/07/jair-bolsonaro-imprensa.htm>. Acesso em: 06 jul. 2022.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GULLINO, Daniel. 'Um ladrão candidato a presidente e um vagabundo como vice', diz Bolsonaro sobre 2022. **O Globo**, Brasília, 21 maio 2021. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/um-ladrao-candidato-presidente-um-vagabundo-como-vice-diz-bolsonaro-sobre-2022-1-25027936>. Acesso em: 07 jul. 2022.

²⁵ Neste ponto, justifica-se o uso do termo “interação institucional” no título, com o objetivo de diferenciar as propostas apresentadas no artigo da teoria dos diálogos constitucionais.

- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HOMERO. **Odisseia**. Tradução de Manoel Odorico Mendes. 3. ed. [s. l.]: Ebooks Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/odisseiap.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MEGALE, Bela. Integrantes do governo admitem que Bolsonaro pode atuar para barrar eleições em risco de derrota iminente. **O Globo**, [s. l.], 17 jun. 2022. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/bela-megale/post/integrantes-governo-admitem-que-bolsonaro-pode-atuar-para-barrar-eleicoes-em-risco-de-derrota-iminente.html>. Acesso em: 06 jul. 2022.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2023.
- MIGUEL, Luis Felipe. **O colapso da democracia no Brasil: da constituição ao golpe de 2016**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo: Expressão Popular, 2019.
- MONTESQUIEU, B. C. S. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RIBEIRO, Janaína. “Vamos fuzilar a petralhada”, diz Bolsonaro em campanha no Acre. **Exame**, [s. l.], 03 set. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/>. Acesso em: 06 jul. 2022.
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SIQUEIRA, Carol. Projeto aumenta quórum de decisão do STF sobre constitucionalidade. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 28 nov. 2019. Política e administração pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/617384-projeto-aumenta-quorum-de-decisao-do-stf-sobre-constitucionalidade/>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, [s. l.], v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

Como citar:

MORAES, Tiago de Sousa; BITENCOURT, Caroline Müller. O Supremo Tribunal Federal e a democracia em crise no Brasil: pressupostos institucionais para um modelo inclusivo de interação institucional. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 29, n. 4, p. 1-14, out./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2024.14274>

Endereço para correspondência:

Tiago de Sousa Moraes
E-mail: tiagomoraes.advoabce@gmail.com

Caroline Müller Bitencourt
E-mail: carolinemb@unisc.br



Recebido em: 11/08/2023
Aceito em: 15/07/2024