

Carta criou STF poderoso que muda dinâmica política

Diego Werneck entrevistado por Cristian Klein

Valor Econômico, 3.10.13

Uma coisa é impedir violação pela maioria, outra coisa é tomar decisão quando a maioria não a toma.

A Constituição está completando 25 anos. Mas os poderes por ela conferidos ao Supremo Tribunal Federal (STF) só passaram a ser utilizados de modo efetivo nos últimos dez anos, afirma o professor de direito da FGV-Rio Diego Werneck Arguelles. Da timidez dos anos 1990, a Corte passou ao ativismo judicial, no qual entrou para o epicentro de conflitos com os outros Poderes. Para as minorias que não conseguem ver suas demandas aprovadas no Congresso, o Supremo se transformou em nova arena onde decisões são tomadas de forma inquestionável. "A Constituição criou um tribunal praticamente imune a qualquer tipo de visão contraposta", afirma.

A seguir, os principais trechos da entrevista ao **Valor**:

Valor: *O que a Constituição de 1988 trouxe de mudança para o Poder Judiciário?*

Diego Werneck: Ela cria um Supremo Tribunal Federal extremamente poderoso. O desenho do tribunal na Constituição é muito interessante em termos comparativos. Porque as competências do Supremo são detalhadamente previstas, ele tem um grande número de portas de acesso - muitos atores que podem provocar uma decisão do tribunal -, os ministros e o Judiciário têm garantias de independência e autonomia fortíssimas, e além de tudo não é fácil aprovar uma emenda constitucional tirando poderes do Supremo, por exemplo, porque a própria Constituição diz que tem certas emendas constitucionais que podem ser inconstitucionais. A Constituição coloca muitos poderes na mão do Supremo e ainda torna difícil para o Congresso mexer com estes poderes. Torna o tribunal imune a qualquer retaliação. As decisões do tribunal sobre a legislação poderiam até ser revertidas pelo Congresso por emenda constitucional mas a última palavra, em última instância, poderia caber ao Supremo, ao dizer se é constitucional ou não.

Valor: *De que modo isso ocorre concretamente?*

Werneck: Por exemplo, a PEC 33, proposta em 2011. Ela previa que, no caso do Supremo declarar inconstitucional uma emenda à Constituição, o Congresso teria o poder de convocar uma consulta popular. Seria uma mudança grande nas competências do Supremo. Mas suponha que fosse aprovada. Isso poderia ser questionado por algum dos atores previstos na Constituição - partido político, OAB, Ministério Público etc - que levaria a questão ao Supremo, que viria a decidir se estas mudanças em seus poderes é constitucional ou não. Se ele usaria ou não o poder [de decidir] é outra história. Mas que a questão seria levada ao Supremo é inevitável. A Constituição criou um tribunal bastante poderoso.

Valor: *Isso não acontece em outros países?*

Werneck: Na maioria dos países com tribunais poderosos - os Estados Unidos são uma exceção - você tem um sistema de mandatos no tribunal, que faz com que haja, não uma identidade, porque o tribunal é independente, mas um alinhamento um pouco maior do tribunal com o ciclo da política. Em tribunais constitucionais celebrados e poderosos, como os da Espanha e Alemanha, os ministros são escolhidos para um mandato de oito, nove, dez anos. Isso faz com que os poderes eleitos estejam constantemente renovando a composição do tribunal. É uma forma de controle prévio do que o tribunal faz. No Supremo você indica até os 70 anos. Nos Estados Unidos, é mais radical, porque a indicação é para a vida inteira. Mas isso pode gerar a situação de um tribunal com a maioria de ministros que atingiu o ápice de sua carreira e de sua visão de mundo 30 anos antes, ainda esteja decidindo questões constitucionais da ordem do dia. Existem países em que o tribunal não dá a última palavra sobre a Constituição. É importante manter a mente aberta para aprender com outras experiências interessantes, uma vez que aqui a Constituição criou um tribunal praticamente imune a qualquer tipo de visão contraposta.

Valor: *Mudar esse poder seria um avanço?*

Werneck: Eu espero que esta discussão cresça nos próximos anos. Espero ver discussões sobre mandato no Supremo, discussões sobre a quem cabe a última palavra... Seria um desserviço para a nossa sociedade se essas propostas fossem automaticamente descartadas como nocivas ou estratégias de curto prazo do Congresso. Isso vai ficar mais claro na medida em que os excessos forem aparecendo mais. Nenhuma Constituição já contém a fórmula da eternidade. É natural que precise ajustar e por isso esse tema precisa ser visto como parte de um debate maior e não como briga de curto prazo entre os Poderes.

Valor: *Que competências a Constituição atribuiu ao Judiciário?*

Werneck: O que, em parte, é criado pela Constituição é a facilidade de acesso ao Supremo, que gera um grande volume de trabalho. O diagnóstico de que o Supremo recebe mais trabalho do que ele consegue lidar é antigo. Mas a Constituição de 1988 exponencializa isso. Ela o faz diretamente ao criar uma série de competências, com um grau de abertura que não existia antes.

Valor: *Por exemplo?*

Werneck: As diferentes formas de acesso ao STF por controle abstrato de constitucionalidade, que não envolve um caso, partes - é uma discussão de lei em tese, cujo único objetivo é fazer valer a Constituição. Já havia o equivalente à Adin [Ação Direta de Inconstitucionalidade], mas a Constituição de 1988 expande muito a quantidade de atores que podem propô-la. Isso foi fundamental para a democracia brasileira. Permitiu que atores que antes não conseguiam levar suas teses e debates constitucionais diretamente para o Supremo, pudessem fazê-lo. Entre eles estão os partidos políticos e as entidades de classe de caráter nacional. Paralelamente a isso, muitos temas são constitucionalizados. De repente, passa a haver um número maior de questões constitucionais no Brasil. Pelo simples fato de que é uma Constituição analítica, que muitos chamam de prolixa e desce num nível de detalhe e abrangência bastante grande.

"Mandato evita que ministro, depois de ter atingido ápice da carreira 30 anos antes, ainda decida questões constitucionais"

Valor: *Qual a extensão desta abertura?*

Werneck: Quando fizemos o relatório "Supremo em números" identificamos 52 formas de acesso, tramitando entre 1988 e 2009, sendo que 37 delas passaram a ser recebidas pelo STF depois da Constituição. É o caso do recurso extraordinário. A Carta de 1988 desenha um Supremo com muitas portas de acesso. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado pela Constituição para desafogar em parte o Supremo, só que aí você também passa a ter recursos do STJ para o STF. A Constituição criou um tribunal que tem muitos poderes, jurisdição sobre praticamente todos os temas da vida brasileira, mas ela não deu a esse tribunal, necessariamente, os poderes de controlar esse volume de processos.

Valor: *Que meios poderiam ser estes?*

Werneck: Por exemplo, poder escolher julgar processos que tenham apenas interesse nacional, poder julgar em massa certos processos, isso foram coisas que o Supremo foi criando ao longo dos últimos 20 anos. E aí vem a parte dois do meu ponto: o Supremo, diante desta Constituição que expandiu seus poderes, não ficou inerte. As pessoas muitas vezes enfatizam as reformas oficiais, como a do Judiciário [em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45], como se os poderes do Supremo se alterassem só quando a Constituição muda também. O ponto é que o Supremo também vem alterando suas próprias competências.

Valor: *De que modo?*

Werneck: Nos anos 1990, o Supremo decidiu que alguns dos poderes que a Constituição lhe atribuiu, ele não iria usar, como o mandado de injunção, que pode ser usado quando há omissão do Congresso a respeito da aplicação de direitos fundamentais previstos na Constituição. O Supremo olhou esse artigo e disse: "Não, isso aí eu não vou aplicar porque não posso mandar o Legislativo legislar e eu não posso legislar". Mas, em 2007, o Supremo reverteu esse entendimento e julgou o direito de greve dos funcionários públicos, e aquele foi o primeiro uso significativo do mandado de injunção. Foi uma grande virada. Depois de 15 anos dizendo que não servia para quase nada, os ministros olham para este mesmo dispositivo e falam: "Não, a gente pode criar uma lei que vai valer até o Congresso legislar sobre o tema". Esse caso sugere que parte do que o constituinte colocou como poderes do Supremo, o STF não quis, no início, mas nos últimos anos ele está redescobrando estes poderes. O movimento agora é outro.

Valor: *Quando e por que há essa mudança?*

Werneck: Costuma-se identificar essa virada da jurisprudência do Supremo em 2003 e 2004, quando há uma grande mudança na composição do tribunal. Nestes anos, se aposentam os últimos ministros indicados pelo regime militar, entre eles lideranças intelectuais importantes na Corte, como o [José Carlos] Moreira Alves. Houve renovação muito grande com a entrada de juristas que já tinham chegado ao topo de sua carreira na vigência da nova Carta. Tinham um compromisso diferente com Constituição de 1988, eram filhos da transição política, e tinham outra visão do papel que o Supremo deveria exercer.

Valor: *Que visão é esta?*

Werneck: A de que o Supremo é um ator político central e, como diz o texto constitucional, deve ser o guardião da Constituição. Essa é uma expressão que os ministros têm usado bastante. Porque não se trata apenas de fazer valer o texto constitucional, pois muitas vezes eles interpretam isso como a expressão de um papel de protagonista que o Supremo tem que ter na democracia brasileira.

Valor: *Esse papel de protagonista se revela de que forma?*

Werneck: Cada vez mais questões políticas controversas têm sido decididas pelo Supremo, com todos os riscos que isso implica e que o torna alvo de críticas.

Valor: *Por exemplo?*

Werneck: O risco de entrar em um conflito político no exato momento em que ele está explodindo no Congresso Nacional - como foi o caso dos royalties do petróleo. O Supremo interferiu no processo legislativo, afetou a tramitação do projeto.

Valor: *Esse é o papel de um Supremo Tribunal Federal?*

Werneck: No geral, existe um consenso de que, em países que adotam o sistema de controle de constitucionalidade por um órgão fora do Congresso, isso vai levar a uma atuação limitada dos políticos. Se você cria um tribunal com poderes de declarar leis inconstitucionais, você não pode realmente esperar que esse poder não vá ser usado. Nos anos 1990, o STF era criticado por usar pouco, por sua timidez. Era percebido como hesitante. Nesse processo de redescoberta de seus poderes, é possível que excessos estejam sendo cometidos.

Valor: *Até onde deve ir o STF?*

Werneck: O problema hoje é que o Supremo está numa crise de identidade. Por um lado, temos um Supremo que dá a última palavra, como a última instância. É o Supremo dos recursos. Em termos quantitativos, ele ainda é basicamente um tribunal recursal - cerca de 92% dos processos recebidos entre 1988 e 2009 eram de recurso extraordinário e agravo instrumental. E, de outro lado, temos o Supremo que tem uma tarefa específica, de fazer valer a Constituição. Essa é uma tarefa que muitas vezes exige velocidade, que exige, por definição, exposição política. Eu sou a Suprema Corte do Brasil, e ao fazer isso eu estou olhando para baixo, meus interlocutores são os outros juízes, ou eu sou uma Corte Constitucional, e aqui eu dialogo sobretudo com os outros poderes? O Brasil mistura as duas coisas - o modelo americano e o europeu. Isso torna o STF único, ou bastante singular.

"A Carta expandiu muito a quantidade de atores que podem propor Adins e isso foi fundamental à democracia"

Valor: *Como era antes da Constituição?*

Werneck: A competência do Supremo para fazer controle abstrato de constitucionalidade era reduzidíssima. Era quase irrelevante. Existia o equivalente da Adin, chamado de representação de inconstitucionalidade, que funcionava com uma diferença crucial: quem podia propor era o procurador-geral da República, que era dependente do Executivo. Então, na prática, nenhuma questão constitucional e realmente conflitiva na política brasileira seria levada ao STF pelo procurador da República. Em tese o tribunal poderia decidir muitas

coisas, o cenário estava armado, mas estava vazio. Não havia os atores sociais com acesso para levar estas questões ao tribunal.

Valor: *A partir de 1988 é que o Supremo ganha contornos mais semelhantes às Cortes Constitucionais da Europa?*

Werneck: A Constituição expande e torna realmente relevante uma semente que já havia no tribunal a partir do controle abstrato de constitucionalidade e de uma participação mais direta na vida política do país.

Valor: *Quais foram os casos mais importantes neste sentido?*

Werneck: Nos últimos oito, dez anos, as questões mais importantes foram a lei de imprensa; a lei de anistia; [o aborto em casos de] anencefalia; a regra das cotas [para negros] para o vestibular da UnB; a união estável homoafetiva; o caso envolvendo o poder de investigação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre os magistrados. A ação sobre a anencefalia, por exemplo, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, uma entidade de classe. Isso seria impensável antes de 1988.

Valor: *Por que estas demandas não são resolvidas pelo Congresso?*

Werneck: Existem dois tipos de questões políticas que são levadas ao Supremo: as que o Congresso decidiu, foram derrotadas, e quem discorda leva ao Supremo, e as questões sobre as quais o Congresso não se manifestou. O problema é que não há um critério muito claro para separar as duas coisas. Às vezes, o Congresso não se manifesta sobre um tema, é porque o tema não tem apoio majoritário. O Supremo sempre fala que o Congresso se omitiu quando os parlamentares não criaram uma nova lei para atender um tema que o Supremo considera importante. Mas não pode ser assim numa democracia. Às vezes o Congresso considera - e isso é uma forma de decisão também - que não é hora de decidir sobre aquele tema, pois não há uma maioria clara para debater naquele momento. Pelo contrário, tem uma maioria que gosta do status quo como ele está. E o Supremo cada vez mais tem crescido e justificado sua ação apontando para o que ele considera omissões do Congresso.

Valor: *E daí surgem as acusações de que há um ativismo judicial.*

Werneck: O problema é que é muito difícil separar o que é uma omissão que viola a Constituição, e o que é o Congresso simplesmente sendo responsivo ao que é a pauta importante da sociedade naquele momento.

Valor: *O Congresso não deveria ser o espaço legislativo por excelência?*

Werneck: Sim, mas aí você precisa se juntar a uma série de outros interesses e causas, todos em princípio, meritórios. Isso pode levar tempo, depende das flutuações dos ciclos eleitorais etc. Do ponto de vista de quem tem a demanda, o Supremo vale muito a pena. Porque aí seu poder não está ligado à quantidade de mobilização que você é capaz de mostrar, à quantidade de parlamentares que você conseguiu sensibilizar, ou à quantidade de votos, ou de espaços na imprensa. Basta que o Supremo decida ouvir o seu caso, e se você convencê-lo, pode ganhar. Isso muda completamente a dinâmica da política, porque abre um espaço para as minorias, que não encontram espaço ou perderiam no Congresso. É uma nova rodada, um novo fórum de discussão.

Valor: *O Supremo se legitima por meio das minorias?*

Werneck: O discurso de legitimação do Supremo tem dois componentes. Um deles é muito típico do discurso constitucional do pós-guerra, no mundo. É o discurso de proteção de minorias contra agressões da maioria. Isso é parte do repertório mundial sobre qual é o papel de tribunais constitucionais. Mas existe um outro componente do Supremo, que me parece mais típico da política brasileira, que é a omissão do Congresso. Uma instituição pode ter o papel de impedir agressões a uma minoria e não ter o papel de, digamos, fazer avançar uma agenda desta minoria, na ausência de uma decisão majoritária. Uma coisa é impedir violação pela maioria, outra coisa é tomar decisão quando a maioria não a toma. Isso é uma coisa que o Supremo tem feito nos últimos anos. A omissão do Congresso aparece no discurso dos ministros como justificativa para o poder crescente deles.

Valor: *Além da mudança na composição do tribunal, o que fez o STF abandonar sua timidez?*

Werneck: O comportamento da oposição na política brasileira nos anos 1990 também é importante. Porque a oposição - o PT, por exemplo - foi um grande proponente de ações, Adins, perante o Supremo. E ao fazer isso você legitima essa estrutura.