Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República*

Luís Roberto Barroso**

I. Introdução

Parte I

A ascensão institucional do Poder Judiciário no mundo e no Brasil

I. Um fenômeno mundial

II. Circunstâncias brasileiras

Parte II

A indeterminação do direito e o aumento da subjetividade de juízes e tribunais

I. A complexidade da vida contemporânea

II. Duas questões que ficarão de fora: existe uma única resposta correta para todo problema jurídico? Quais os fatores que influenciam as decisões judiciais

III. Conclusão parcial: síntese das Partes I e II

---

* O presente texto constitui anotações para uma exposição oral.

** Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Parte III

Os limites legítimos da atuação do Supremo Tribunal Federal

I. Judicialização e ativismo judicial

II. Função contramajoritária e função representativa do STF

III. Diálogos institucionais

Conclusão

I. Introdução

1. Saudação inicial

1. Eu tenho muito prazer e muita honra de estar aqui e de compartilhar com todos algumas ideias e reflexões sobre direito, política, o papel do Supremo Tribunal Federal e suas relações com os demais Poderes.

2. Cumprimento, com admiração e apreço, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, que serviu bem ao país, com integridade e talento, como intelectual e como Presidente. E que ainda presta serviços valiosos como ex-presidente, contribuindo para o debate público com reflexão crítica e serenidade. Um homem que constrói pontes, e não muros.

3. Gostaria de fazer, nessa introdução, dois comentários breves.

2. Direito e política: a distinção essencial

1. Direito e política são coisas diferentes. Essa distinção tem sido considerada essencial no Estado constitucional democrático. Na *política*, vigoram a **soberania popular** e o **princípio majoritário**. O domínio da vontade, da vontade da maioria. No *direito* vigoram o **primado da lei** (o Estado de direito) e o **respeito aos direitos fundamentais**. O domínio da razão, da razão pública.

2. Cabe à Constituição fazer a interface entre o direito e a política, instituindo os Poderes e demarcando os espaços de cada um: a quem cabe legislar, administrar e julgar. Idealmente, juízes e tribunais são preservados da política por regras que asseguram sua independência e por sua vinculação ao direito, um mundo de normas, precedentes e conceitos preexistentes.

3. O direito, portanto, deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Para bem e para mal, por muitas razões, esta autonomia será apenas relativa. No mundo real, a linha divisória nem sempre é nítida e certamente não é fixa. Este é o objeto da nossa conversa de hoje.

3. As competências do Supremo Tribunal Federal

1. Gasto dois minutos aborrecidos para expor, resumidamente, as competências do Tribunal. O Supremo desempenha competências de três ordens ou, para usar uma expressão dos Professores Joaquim Falcão e Diego Werneck, ele funciona como três cortes diferentes.

3.1. Competências ordinárias

Ex. O STF atua como um tribunal de primeiro grau e de instância única no julgamento de uma série de questões. A mais visível delas é a de julgamentos criminais de agentes públicos que têm foro por prerrogativa de função (o chamado foro privilegiado) como, por exemplo, os parlamentares. Trata-se de uma reminiscência aristocrática e pouco republicana.

- Sou a favor de uma redução drástica dessas competências. Se alguém tiver interesse, eu detalho na fase de debates a minha ideia a esse respeito.

3.2. Competências recursais

Ex. O STF julga recursos extraordinários interpostos contra decisões dos tribunais estaduais e federais. Essa atuação corresponde a cerca de 90% do trabalho do Tribunal.

- Sou a favor de uma mudança drástica aqui também: o Tribunal só deve admitir um número de recursos que possa julgar em um ano. Todos os demais processos, que já foram apreciados em pelo menos dois graus de jurisdição, transitam em julgado. É assim em todo o mundo civilizado. Essa competência é uma das grandes causas da morosidade da justiça. Se alguém tiver interesse, eu detalho na fase de debates a minha ideia a esse respeito.

3.3. Competências de Tribunal Constitucional

Ex. Julgar ações constitucionais e questões constitucionais relevantes, que tenham tido repercussão geral reconhecida.

- Esta é a verdadeira vocação do Tribunal e é sobre ela que vamos conversar.

- **Plano da minha exposição:**

1. Minha apresentação será dividida em três partes:

Parte I: A ascensão institucional do Poder Judiciário no mundo e no Brasil

Parte II: A indeterminação do direito e o aumento da subjetividade de juízes e tribunais

Parte III: Os limites legítimos da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Parte I

A ascensão institucional do Poder Judiciário no mundo e no Brasil

I. Um fenômeno mundial

1. A ascensão institucional do Poder Judiciário é um fenômeno mundial, que tem seu marco inicial no 2º pós-guerra. Juízes e tribunais deixam de integrar uma espécie de departamento técnico especializado do governo e se transformam efetivamente em um Poder político, que disputa espaço com os outros dois. Há três grandes causas apontadas pelos autores em geral para este fato:

- (i) o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias modernas, para preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático;
- (ii) um certo desencanto com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral;
- (iii) atores políticos, muitas vezes, não são capazes de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário, cujos membros não dependem de votos. É o caso de uniões homoafetivas, interrupção de gestação, direitos de minorias etc.

2. Exemplos desse protagonismo judicial em temas relevantes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, nos quais a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional produziu a decisão final em temas controvertidos: Canadá (testes de mísseis americanos em seu território), Israel (construção de um muro na fronteira com o território palestino), Turquia (preservação do Estado laico em face do avanço do fundamentalismo islâmico: partido radical, véu). Nos Estados Unidos, foi a Suprema Corte que decidiu (e mal) a eleição de 2000.

II. Circunstâncias brasileiras

1. No Brasil há uma certa exacerbação do fenômeno por causas próprias. A principal delas é a *constitucionalização abrangente* que temos entre nós. A Constituição brasileira cuida da separação de Poderes, da organização do Estado e dos direitos fundamentais, como as constituições em geral, mas

também trata de ordem econômica, de sistema previdenciário, de proteção do meio ambiente, da criança e adolescente, do idoso, da polícia, dos cartórios, do colégio Pedro II, dos índios. Isso foi, em certa medida, a consequência inexorável do processo constituinte e da participação ampla de uma sociedade que ficara alijada do processo democrático por mais de duas décadas.

• Sem surpresa, a vida brasileira se judicializou amplamente: da reforma previdenciária à importação de pneus usados, passando por abandono afetivo, uso de drogas e até colarinho de chopp (o STJ entendeu que o colarinho integra a bebida para fins de medição da quantidade servida!). A judicialização vai do importante ao desimportante, do sublime ao ridículo.

Parte II

A indeterminação do direito e o aumento da subjetividade de juízes e tribunais

I. A complexidade da vida contemporânea

1. A ascensão institucional do Judiciário foi contemporânea de um outro fenômeno que potencializou o poder de juízes e tribunais. As sociedades modernas se tornaram complexas, plurais e marcadas pela diversidade. E o direito — isto é, a Constituição e as leis — não é capaz de prever todas as situações e nuances da vida real, formulando respostas claras e objetivas. Essa circunstância transfere parte de poder político decisório para o aplicador do direito. Nós vivemos uma era de desacordos morais e colisões de valores. Vejam-se alguns exemplos:

- a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?
- b) uma senhora que se encontrava em primeiro lugar da fila submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, a paciente anterior sofreu uma rejeição e reivindicou o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?
- c) pode uma mulher pretender engravidar do marido morto, que deixou sêmen em um banco de esperma?
- d) Estão no STF para decidir: pode um transexual exigir o direito de utilizar o banheiro correspondente à sua autopercepção de

identidade sexual? Tem este transexual o direito de mudar o nome no Registro Civil, independentemente de se submeter à cirurgia de mudança de sexo?

- Perruche, Testemunha de Jeová, transexual, arremesso de anão.
- Nós vivemos em um mundo fascinante, mas complicado.

2. Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos reais, ocorridos no Brasil ou no exterior, e levados aos tribunais. Qual a característica comum a estes casos? Nenhum deles tinha uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação. Em todos, foi preciso construir argumentativamente uma solução, a partir de princípios ou cláusulas gerais como dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, autonomia da vontade, privacidade etc. E cabe ao juiz dar sentido a essas disposições nos casos concretos.

3. Somem-se a essas situações relativamente insólitas, outras mais comuns, que envolvem colisões de direitos ou de normas constitucionais: livre iniciativa *versus* proteção do consumidor (é legítimo o controle de preços dos planos de saúde?); liberdade de expressão *versus* direito de privacidade (é legítimo alguém pretender apagar de um site de busca um fato desabonador ocorrido no passado?); desenvolvimento nacional *versus* proteção do meio ambiente (é legítima a construção de uma usina hidrelétrica que produz grande impacto ambiental sobre a flora e fauna e sobre populações ribeirinhas?). Em todas essas situações, a partir de referências normativas vagas e polissêmicas, o juiz tem de construir argumentativamente a solução do problema. Seria ingênuo e insincero procurar escamotear a influência da subjetividade pessoal do intérprete na formulação dessas soluções.

II. Duas questões que ficarão de fora: existe uma única resposta correta para todo problema jurídico? Quais os fatores que influenciam as decisões judiciais?

1. Eu não tenho tempo para fazer o desvio para debater duas questões que ocupam filósofos do direito e cientistas políticos nos dias atuais:

1^a Existe uma única resposta correta para todo problema jurídico? (Eu mesmo enfrento o tema em um artigo intitulado *A razão sem voto*, que acabo de publicar);

2^a Se a solução do problema não está pronta na norma, onde é que o juiz vai buscá-la?

2. Há uma vasta literatura, sobretudo norte-americana, que procura identificar os fatores jurídicos e extrajurídicos que influenciam uma decisão judicial, que eles dividem em: (i) modelo jurídico (as decisões são influenciadas pelo material jurídico, como leis, precedentes e doutrina; (ii) modelo ideológico (as decisões são influenciadas pela ideologia do juiz) e (iii) modelo institucional (as decisões são influenciadas pela interação com outros atores políticos e com os Poderes estatais).

3. Também não tenho como fazer o desvio para discutir o papel da opinião pública, da imprensa e de outros atores sociais na construção das decisões judiciais. Mas, se alguém se interessar, podemos voltar ao ponto nos debates. Faço um breve registro.

4. Não é errado nem ruim que juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e levem em conta a realidade e o sentimento social. Porém, o STF não pode se converter em mais uma instância da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. O populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro.

5. Porém, ausente esta relação de subordinação, o alinhamento eventual com a vontade popular dominante é uma circunstância feliz e, em última instância, aumenta o capital político de que o Tribunal dispõe para fazer o que é certo, quando seja o caso de não satisfazer a maioria.

III. Conclusão parcial: síntese das partes I e II

Nas últimas décadas, o Judiciário, sobretudo as cortes constitucionais e as cortes supremas, tiveram grande ascensão institucional e passaram a ocupar um espaço político relevante. Ao lado disso, a complexidade, pluralismo e diversidade das sociedades contemporâneas acarretaram um maior grau de indeterminação do direito, o que aumentou, significativamente, a influência da subjetividade do intérprete na construção de soluções para os casos difíceis, que são aqueles para os quais não há solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Estes dois fatores tornaram mais tênues as fronteiras entre o direito e a política.

Parte III

Os limites legítimos da atuação do Supremo Tribunal Federal

I. Judicialização e ativismo judicial

1. Como consequência da ascensão do Judiciário descrita na parte I desta exposição, ocorreu uma notável judicialização da vida. *Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para juízes e tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

2. A judicialização é um *fato*, que decorre de fatores mundiais, potencializados no Brasil por uma constitucionalização abrangente. O *ativismo judicial* é primo da judicialização, mas são conceitos que não se confundem.

3. O *ativismo judicial* não é um fato, é uma *atitude*. Trata-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros Poderes. O oposto de ativismo é a *autocontenção judicial*.

4. Nos últimos tempos, no Brasil, a expressão *ativismo judicial* perdeu o sentido original. Fenômeno semelhante havia ocorrido nos Estados Unidos. A expressão hoje se tornou uma forma depreciativa de se referir a esse papel mais expansivo do Judiciário e sobretudo do STF. É um pouco como *neoliberalismo*. O termo já não veicula uma ideia, mas uma crítica genérica, onde cada um coloca o que vai na sua cabeça. Por isso, tenho procurado evitar a expressão, substituindo-a por atuação expansiva ou proativa.

5. Antes de demarcar a linha do que me parece separar a atuação legítima do Supremo Tribunal Federal da invasão da esfera dos outros Poderes, faço uma breve distinção entre duas funções desempenhadas pelo STF no Brasil contemporâneo: a função contramajoritária e a função representativa.

II. Função contramajoritária e função representativa do Supremo Tribunal Federal

1. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal

1. O STF, como as cortes supremas em geral, desempenha dois grandes papéis: contramajoritário e representativo.

2. A atuação contramajoritária se dá nas hipóteses em que o Tribunal invalida atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, por considerá-los contrários à Constituição. É um dos temas mais estudados na teoria constitucional, que procura responder à seguinte pergunta: por que razão juízes que não são eleitos podem sobrepor a sua interpretação à vontade política do Presidente da República, eleito com dezenas de milhões de votos, ou à dos membros do Congresso, igualmente eleitos?

3. O entendimento que prevaleceu em quase todo o mundo democrático é que a suprema corte pode intervir, em nome da Constituição e da vontade originária da maioria que a elaborou, para conter as paixões momentâneas das maiorias e, assim:

- a) assegurar o respeito às regras do jogo democrático, impedindo o ímpeto de se perpetuarem no poder; e
- b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, que constituem uma reserva mínima de justiça em toda sociedade civilizada.

• Stephen Holmes: *“A constitution is Peter Sober while the electorate is Peter drunk. Citizens need a constitution, just as Ulysess needed to be bound to his mast”*.

4. Típicas decisões contramajoritárias, na experiência brasileira, têm sido de declaração de inconstitucionalidade (i) da criação de tributos, (ii) da cobrança de contribuição previdenciária em certos casos, (iii) da proibição de progressão de regime prisional em certos crimes.

5. Porém, o que quero aqui destacar é que, como regra geral, o STF exerce essa competência contramajoritária — isto é, o poder de declarar leis ou atos normativos inconstitucionais — com grande parcimônia e autocontenção. Eu fiz o levantamento em um trabalho acadêmico e o número de dispositivos de leis federais invalidados é bastante reduzido.

6. E aqui se torna importante a distinção que eu fiz anteriormente entre judicialização e ativismo. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Há diversas matérias controvertidas que foram de fato judicializadas, mas em relação às quais a decisão do STF não foi ativista, mas autocontida. Três exemplos:

- a) a decisão sobre **células tronco embrionárias**: embora o tema fosse controvertido, o Tribunal, por 6 votos a 5, **manteve** a validade da lei que havia sido votada pelo Congresso;
- b) **ações afirmativas para negros**: o Tribunal, em surpreendente unanimidade, julgou **improcedente** o pedido de inconstitucionalidade que previa cotas para ingresso nas universidades e no Prouni;

c) demarcação da reserva indígena **Raposa Serra do Sol**: o Tribunal, em última análise, **manteve** a validade da demarcação em área contínua que havia sido feita pelo Ministro da Justiça e homologada pelo Presidente da República.

7. Veja-se, então: a judicialização é inevitável, porque a possibilidade de propor ações dessa natureza está prevista na Constituição e nas leis. Mas judicialização não significa que houve atuação expansiva do Judiciário.

8. Há em curso no STF diversas ações em que esta competência contramajoritária será testada. Vejam-se três exemplos:

(i) se o Tribunal vier a **descriminalizar o consumo de drogas**, estará declarando inconstitucional dispositivo da Lei de Drogas;

(ii) há uma ação que questiona a Lei de Diretrizes da Educação e um tratado entre o Brasil e o Vaticano, que permitem **ensino religioso confessional em escolas públicas**. Eu mesmo sou o relator e fiz uma audiência pública a respeito. Naturalmente, se o pedido for acolhido, estarão sendo invalidados atos aprovados pelo Legislativo e pelo Executivo;

(ii) outro caso mais polêmico diz respeito ao **financiamento eleitoral por empresas**. Há uma votação em curso, suspensa por um pedido de vista. Há três posições no Tribunal, embora a imprensa não tenha captado isso bem: a do relator, Min. Luiz Fux, que considera inconstitucional empresa participar do financiamento eleitoral; a do Min. Teori, que considera constitucional empresa participar do financiamento eleitoral, no modelo que está aí; e a minha, que é a seguinte: se empresa pode ou não participar do financiamento eleitoral é uma questão política, a ser decidida pelo Congresso Nacional.

Porém, acrescento eu, se o Congresso entender que é possível esta participação, há restrições mínimas a serem impostas, por força da Constituição, em nome do princípio republicano, democrático e da moralidade administrativa. São elas: a) a empresa não pode financiar mais de um candidato. Se o fizer, não está exercendo direito político (para quem acha que empresa pode titularizar tal direito). Ou foi achacada ou está comprando favores futuros. Portanto, em nome da decência política mínima, tem que escolher um; e b) a empresa que financiou a campanha não pode ser contratada pela Administração Pública. Se não, estar-se-ia permitindo que o favor privado (doação de campanha) fosse pago com dinheiro público (contrato administrativo), o que igualmente viola a moralidade administrativa, princípio constitucional.

2. A função representativa do Supremo Tribunal Federal

1. Além da função contramajoritária, há um papel particularmente importante desempenhado por cortes constitucionais em geral e pelo Supremo Tribunal Federal em particular, que é uma função representativa. É o papel de atender a demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Ou seja, o Judiciário se torna representativo quando o Legislativo não tenha conseguido sê-lo.

2. Alguns exemplos:

a) Proibição do nepotismo nos três Poderes. O STF primeiro decidiu em relação ao Judiciário e depois estendeu aos três Poderes. Inexistia lei proibindo a nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos em comissão, isto é, de livre nomeação, sem concurso, em diversas áreas do serviço público. O Congresso e as Assembleias Legislativas não atuaram. Mas havia uma evidente demanda social nesse sentido. O STF, então, interpretando os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, previstos na Constituição, deles extraiu a regra de proibição da nomeação da parentada.

- Esta foi, evidentemente, uma decisão proativa, que levou a Constituição a colher uma situação que não havia sido prevista expressamente nem pelo constituinte nem pelo legislador.

b) Fidelidade partidária. Há uma imensa demanda social por reforma política que o Congresso não consegue atender (nem o STF pode fazer). Mas, nesta questão pontual, quando ela chegou no STF, o Tribunal entendeu que a mudança de partido por candidato eleito em eleições proporcionais acarretava a perda de mandato. Esta é uma situação que deixa os eleitores extremamente indignados e que a sociedade repudia. Isso porque a quase totalidade dos candidatos a cargos proporcionais se elege com transferência de votos, por força do quociente partidário. Logo, o Tribunal entendeu que a mudança de partido fraudava o princípio democrático.

- Esta foi, igualmente, uma decisão proativa, que criou uma hipótese de perda de mandato por decisão judicial, sem previsão expressa.

3. **Vanguarda iluminista:** para além do papel puramente representativo, cortes constitucionais desempenham, por vezes, o papel de vanguarda iluminista. Atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório. Exemplos:

a) **Estados Unidos:** *Brown v. Board of Education*: a Suprema Corte, por decisão judicial, terminou com a segregação racial nas escolas públicas.

Sem lei e provavelmente sem apoio majoritário;

b) **África do Sul:** por decisão judicial aboliu-se a pena de morte e considerou-se inconstitucional a criminalização da homossexualidade;

c) **Alemanha:** o Tribunal Constitucional Federal chancelou a criminalização do holocausto.

• No Brasil, são exemplos desse tipo de atuação:

a) a decisão que equiparou as **uniões homoafetivas** às uniões estáveis convencionais e abriu caminho para o casamento de pessoa do mesmo sexo. Nada documenta que essa fosse uma posição majoritária na sociedade, mas era um avanço civilizatório que se fazia necessário e a lei não vinha;

b) **interrupção da gestação de fetos anencefálicos:** apesar da grande reação à interrupção da gestação em geral, que há na sociedade brasileira, violava a dignidade da mulher obrigá-la a manter até o fim uma gestação inviável. Vanguarda mesmo teria sido se tivesse acolhido a tese que eu insisti: pode interromper a gestação em nome do direito fundamental da mulher à liberdade reprodutiva. Este teria sido o verdadeiro avanço. Mas o Tribunal não estava preparado para ir tão longe.

• Trata-se de uma competência a ser exercida com extrema parcimônia, em situações raras e excepcionais, pelo risco democrático que envolve.

3. Limites democráticos à atuação do Supremo Tribunal Federal

1. Aqui chegamos ao ponto crucial da discussão, que diz respeito à relação do Poder Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal com os outros dois Poderes. As democracias vivem do equilíbrio entre os Poderes, que se controlam mutuamente, e ninguém deseja que existam instâncias hegemônicas.

2. Como é notório, o Legislativo vive um momento de crise de representatividade e de funcionalidade, com grande dificuldade de se produzirem consensos. Reforma Tributária, Reforma Política, Guerra Fiscal são apenas alguns dos temas que há anos aguardam provimentos legislativos.

3. Essa dificuldade de consenso no Congresso aumenta a pressão sobre o Judiciário, que é frequentemente provocado a atuar (i) tanto por entidades da sociedade civil, como a OAB, associações de classe e confederações sindicais como (II) pelos próprios agentes políticos, sejam parlamentares ou partidos políticos.

4. Embora sejam inevitáveis esses tipos de demanda, e caiba formalmente ao Supremo dar a última palavra sobre o sentido da Constituição, é preciso evitar a arrogância judicial ou qualquer pretensão de hegemonia na definição dos rumos do país.

5. E onde está o ponto de equilíbrio aqui? Penso que seja próprio distinguir duas situações.

6. **Quando tenha havido atuação do Legislativo ou do Executivo**, o Judiciário deve ser deferente. O Poder Legislativo e o Poder Executivo, cujos membros são eleitos, têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. Decisão política em uma democracia, como regra, deve ser tomada por quem tem voto. E quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem preservar as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático.

- Além das decisões que revelaram autocontenção que eu lembrei anteriormente — como pesquisas com células-tronco embrionárias, cotas raciais e Lei da Copa — foi esta, igualmente, a posição do STF quando validou a Lei da Anistia.

7. Porém, **quando o Legislativo não tenha atuado, em situações nas quais a Constituição impunha alguma providência**, aí a situação muda de figura. Sobretudo se estiver em jogo algum direito constitucional ou fundamental que dependia de intermediação legislativa para ser plenamente desfrutado. Além dos citados casos de uniões homoafetivas e anencefalia, foi o que se passou, igualmente, na regulamentação da greve no serviço público e no caso da regulamentação da indenização por demissão imotivada (embora nesta última hipótese, antes da decisão, tenha sobrevivido a lei). Por exemplo: eu sou relator, no STF, de uma ação constitucional envolvendo terceirização e de uma outra envolvendo o critério de reajuste do FGTS. Considero que a instância adequada para resolver ambas as questões é o Congresso Nacional. Porém, se o Legislativo não resolver, eu vou ter que elaborar o meu voto e levar o tema a Plenário.

8. Como é intuitivo, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o Tribunal assume um papel de eventual protagonismo. Como se conclui singelamente, no fundo no fundo, é o próprio Congresso que detém a decisão acerca do grau de judicialização da vida.

III. Diálogos institucionais

1. Gostaria de compartilhar uma última ideia antes de encerrar, que é a de *diálogos institucionais*. Embora o Supremo Tribunal Federal seja o intérprete qualificado da Constituição, ele não precisa necessariamente dar sempre a última palavra. O Tribunal pode fazer um “apelo ao legislador”, em certos casos, e em outros pode devolver a matéria para o Congresso. Vejam-se os exemplos abaixo.

2. No julgamento de uma ação penal contra um Senador da República (AP 565, caso Ivo Cassol), colocou-se a questão da perda ou não do mandato. Não há nenhum sentido em um parlamentar condenado pelo STF a uma pena grave não ter como consequência a perda do cargo. É assim com todos os demais cidadãos. Porém, a Constituição, por disposição expressa, prevê que cabe à Casa Legislativa decidir a respeito. É péssima a previsão constitucional. O intérprete constitucional pode em certos casos até ser criativo, mas não pode torcer o sentido mínimo das palavras. Ao votar no caso, eu fiz um apelo ao Congresso que emendasse a Constituição, para reparar essa incongruência. Não pelo meu apelo, que eu não tenho essa pretensão, mas pela lógica do argumento, o Senado Federal, pouco tempo depois, aprovou a emenda constitucional alterando a redação do dispositivo. Falta votar na Câmara.

3. Alguns outros exemplos em que propus que a matéria fosse devolvida ao Congresso:

a) Na modulação dos efeitos da decisão que considerou inconstitucional a emenda que previa o pagamento dos precatórios em 15 anos — eu não estava no Tribunal quando o caso foi julgado, só participei da modulação — eu propus um modelo alternativo para o pagamento de precatórios, para vigorar a partir do exercício seguinte, *caso o Congresso não optasse por disciplinar a matéria de modo diferente*. No fundo, qual foi o meu raciocínio: o Congresso já havia tentado por duas vezes disciplinar a questão dos precatórios e o Supremo derrubou. Acho que nós tínhamos o dever de dizer o que considerávamos adequado. Foi o que eu fiz. Na votação final, em uma solução de compromisso, alguns dos pontos que eu propus foram aceitos e encarregou-se o CNJ de regulamentar;

b) No julgamento de desaposentação (desaposentação é a situação do trabalhador que se aposenta por tempo de contribuição e depois volta ao mercado de trabalho e contribui mais alguns anos e quer renunciar à primeira aposentadoria para ficar com a segunda) eu disse: a matéria não é disciplinada na legislação. Há uma lacuna. Eu proponho a seguinte solução, para vigorar daqui a 180 dias, a menos que o Congresso disponha de maneira diversa.

4. Esta fórmula dos diálogos institucionais constitui uma alternativa ao modelo de supremacia judicial. Acho que com um pouco mais de maturidade institucional e prática, ela pode ser, em muitos casos, o caminho ideal.

Conclusão

1. Penso que o Supremo Tribunal Federal se consolidou como instituição e tem servido bem ao país. Com todas as circunstâncias brasileiras, ele tem contribuído para a promoção dos valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social.

2. Formalmente, é ele que dá a última palavra sobre o sentido e o alcance da Constituição. Mas o faz em interação com as outras instituições e com a sociedade. Penso que temos conseguido percorrer o caminho do meio, sem timidez nem arrogância.

3. Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho.