

Gustavo Binenbojm

FREIOS E CONTRAPESOS

**Independência, controles recíprocos
e equilíbrio entre Poderes**

2026

III

PODER JUDICIÁRIO

III.1. O SUPREMO E A AGENDA DO CONGRESSO

Embora vulgarmente identificada com a regra da maioria, a democracia é muito mais do que isso. A questão da titularidade do poder político – o governo do povo – não prescinde das discussões sobre o modo e os limites do processo de tomada de decisões nos Estados democráticos de direito. Neste sentido, a Constituição funciona como o estatuto jurídico da democracia; o manual que disciplina as regras do jogo democrático.

O respeito às regras constitucionais do processo legislativo é garantia de transparência, participação popular e respeito aos direitos das minorias. Sua observância é direito público subjetivo de cada parlamentar e de toda a sociedade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a observância da ordem cronológica para a apreciação dos 3.066 vetos acumulados desde 2001 nos escaninhos do

Congresso Nacional nada mais fez do que exigir o cumprimento do devido processo legislativo estabelecido na Constituição. Com efeito, o art. 66, parágrafos 4º e 6º, da Constituição institui a obrigatoriedade de apreciação do veto, em sessão conjunta das Casas Legislativas, no prazo de 30 dias a contar do seu recebimento. Esgotado tal prazo sem que tenha havido deliberação, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

O sentido das normas constitucionais é o de assegurar a efetiva deliberação do Congresso Nacional sobre os vetos presidenciais, evitando-se o rolo compressor do Executivo. Daí ter o constituinte estabelecido um prazo para a sua apreciação, cuja inobservância deflagra o sobrestamento das demais proposições até sua votação final. Extraí-se da sistemática constitucional, assim, um dever congressional de deliberação sobre os vetos em ordem cronológica, eis que a pendência dos mais antigos impede a apreciação dos mais recentes.

No caso antes referido, uma maioria ocasional do Parlamento pretendia inverter a ordem cronológica prevista na Constituição e apreciar o veto parcial apostado pela Presidente da República sobre algumas disposições da Lei que fixou novas regras de distribuição de royalties e participações especiais entre os Entes da Federação. Foi, portanto, acertada a decisão do Ministro Luiz Fux que determinou a observância da ordem cronológica dos vetos pendentes de apreciação, como exige a Constituição da República. O atropelo ao procedimento representava uma nítida estratégia da maioria para esmagar a capacidade de mobilização política e popular da minoria parlamentar interessada na manutenção do veto.

Carece de fundamento a alegação de que a decisão do STF estaria a manietar a independência do Poder Legislativo. Primeiro, porque nenhuma Instituição republicana pode arrogar-se poder superior ao que lhe confere a Constituição. Se a agenda legislativa está disciplinada de determinada maneira pelo Texto Constitucional, a própria independência do Poder Legislativo já foi concebida sob tais balizas. Além disso, a decisão da Corte Suprema não se substituiu aos parlamentares, nem avançou de qualquer modo sobre o conteúdo das deliberações políticas a serem tomadas sobre os vetos. Ao contrário – e quase ironicamente – o Supremo decidiu que cabia ao Congresso decidir sobre os vetos pendentes, o que não fazia desde 2001. Assim, antes que alguma interferência indevida na independência do Parlamento, o gesto do Poder Judiciário representou um fortalecimento do Congresso Nacional ante o reconhecido poderio do Executivo.

Em importantes precedentes o Supremo tem obstaculizado a tramitação de projetos de lei e até de propostas de emendas constitucionais que contrariam os procedimentos ou avançam sobre cláusulas pétreas da Constituição. Ao assim agir, o STF não está a restringir a independência dos Poderes, nem a comprometer a soberania popular. Ele está apenas cumprindo o seu papel de guardião da Constituição e das regras do jogo democrático. Sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia.

III.2. O SUPREMO, AUTOCONTENÇÃO E INSTRUMENTALIDADE DE FORMAS LEGISLATIVAS

A Lei Complementar nº 179/2021 promoveu a transformação do Banco Central do Brasil numa agência independente, a exemplo do *Federal Reserve*, nos Estados Unidos, e do Banco Central Europeu, criado nos moldes do Banco Central da Alemanha, também dotado de autonomia. Pela nova Lei, presidente e diretores do BACEN passaram a ser nomeados para o cumprimento de mandatos fixos, por indicação do Presidente da República e com a aprovação do Senado Federal. Essas nomeações passaram a recair obrigatoriamente sobre técnicos de notório saber econômico-financeiro ou comprovados conhecimentos que os qualifiquem para a função, além de reputação ilibada. Também por previsão da Lei Complementar nº 179/2021, o BACEN deixou de ser uma autarquia comum, vinculada e submetida à supervisão do Ministério da Economia, para tornar-se uma autarquia especial, dotada de autonomia reforçada, e não submetida ao controle político do Poder Executivo.

O que a sociedade ganharia com isso? Para os defensores do novo modelo, a política de juros, essencial para o controle da inflação, ficaria protegida de pressões políticas imediatistas, permitindo que medidas mais adequadas sejam adotadas, ainda quando impopulares no curto prazo. Governos populistas costumam financiar a expansão de seus gastos com inflação, sendo essa mais uma razão para tratar-se a autoridade monetária como instituição de Estado. Além da vacina contra o populismo, o descolamento do processo eleitoral eleva a estabilidade da moeda a patamar mais seguro, a salvo da insegurança e dos sobressaltos dos períodos de transição entre governos. Por fim, a supervisão

e a fiscalização do sistema bancário, voltadas ao controle de riscos sistêmicos, ganham maior credibilidade com a autonomia técnica, fortalecendo a economia do país como um todo.

Pois bem. Logo que a Lei Complementar nº 179/2021 foi publicada, o PT e o PSOL ajuizaram perante o STF a Ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº 6.696, distribuída à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Em voto proferido no Plenário Virtual, o eminente relator não conheceu da ação no que se referia às alegações de inconstitucionalidade material da Lei, diante da ausência de questionamentos específicos quanto à legitimidade jurídico-constitucional de cada um de seus artigos. De fato, a jurisprudência do STF chancela, desde o surgimento das chamadas “agências reguladoras independentes”, a constitucionalidade do modelo de autarquias especiais, com dirigentes indicados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado, os quais exercem mandatos fixos, com hipóteses muito restritas de destituição (ADI nº 1.949/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 17.09.2014).

O problema, no entanto, é que a Lei Complementar nº 179/2021 acabou sendo aprovada a partir de um Projeto de Lei Complementar originário do Senado Federal, o PLP 19/2019, de autoria do Senador Plínio Valério, posteriormente substituído por substitutivo apresentado pelo Senador Telmário Mota, o qual incluiu diversos outros temas no Projeto de Lei Complementar, inclusive os temas constantes do PLP 112/2019, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que tramitava na Câmara dos Deputados. Assim, foi o Projeto de Lei do Senado que acabou prosperando, sendo aprovado em ambas as Casas Legislativas e recebendo a sanção presidencial.

Mencionei *problema* porque, diante do referido malabarismo legislativo, os partidos políticos autores da ADI nº 6.696 alegam também um vício formal de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, que resultaria da violação do art. 61, parágrafo 1º, inciso II, alíneas “c” e “e”, da Constituição Federal. Tais dispositivos instituem uma iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo para tratar sobre regime jurídico de servidores públicos e criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública. De fato, foi o PLP nº 19/2019, de iniciativa parlamentar, que acabou sendo aprovado no Senado, depois na Câmara e finalmente sancionado e promulgado como a Lei Complementar nº 179/2021.

O Ministro Ricardo Lewandowski proferiu seu voto acolhendo a alegação de vício formal, nos termos também sugeridos pelo parecer do Procurador-Geral da República. O julgamento foi interrompido por pedido de vista formulado pelo Ministro Luís Roberto Barroso. O Supremo teria que decidir se privilegiava a forma ou a substância. A favor da forma, tinha-se uma jurisprudência que considerava que nem mesmo a sanção poderia sanar o vício de iniciativa. Contra ela, três fatos: (I) o Projeto de Lei não versava exatamente sobre regime de servidores públicos, mas sobre agentes políticos que exercem mandato no BACEN; (II) o Projeto de Lei não criou ou extinguiu Ministério ou órgão da Administração, tendo se limitado a reconfigurar a governança do BACEN, que era e continua sendo uma autarquia federal; (III) finalmente, o fato de que o PLP nº 19/2019, ao receber um substitutivo, acabou por incorporar os temas constantes do PLP nº 112/2019, na mesma linha, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. A existência de um Projeto de Lei sobre o mesmo tema, enviado pelo

Presidente da República, demonstraria a sua inequívoca intenção de iniciar o processo legislativo sobre a matéria, no mesmo sentido do Projeto de iniciativa parlamentar que acabou aprovado.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso abriu a divergência em relação ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski e acabou formando maioria. Há duas partes bem distintas do voto que pretendo aqui destacar: (III.1) a primeira, na qual o Ministro afasta a alegação de inconstitucionalidade formal, adotando, subsidiariamente, o que chamei aqui de *instrumentalidade de formas legislativas*, para salvar a validade do projeto de lei; e (III.2) a segunda, na qual são expostas apenas as correntes políticas contrárias e favoráveis à adoção do modelo de Banco Central autônomo, mas que não chegou a ser constitucionalizado, como o foi, por exemplo, na Alemanha. Assim, ao ver do Ministro, tratava-se de matéria sujeita à livre conformação legislativa e sujeita, portanto, ao dever de autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade.

Na qualidade de redator do acordão, o Ministro Barroso adotou o entendimento de que a matéria versada na Lei Complementar nº 179/2021 não se enquadra dentre aquelas que exigem a iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Isso porque o Projeto de Lei transcendeu ao regime jurídico dos servidores públicos para tratar do Banco Central como uma instituição de Estado. Mas, ainda que assim não fosse, o acordão avançou pela discussão da higidez do processo legislativo. Veja-se a ementa do acordão no que se refere a esses pontos:

“3. Primeiro: não se exige reserva de iniciativa na matéria. A disciplina do Sistema Financeiro

Nacional deve se dar mediante lei complementar (CF, art. 192), mas não se exige iniciativa privativa do Presidente da República. Justamente ao contrário, o art. 48, XIII, da Constituição prevê, expressamente, a competência do Congresso Nacional para dispor sobre matéria financeira, cambial e monetária, que compõem o cerne da atuação do Banco Central. A LC nº 179/2021 transcende o propósito de dispor sobre servidores públicos ou criar órgão público. Ela dá configuração a uma instituição de Estado – não de governo –, que tem relevante papel como árbitro neutro, cuja atuação não deve estar sujeita a controle político unipessoal. Precedentes.

4. Segundo: houve iniciativa presidencial. A sanção do Presidente da República não convalida o vício de iniciativa, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porém, o envio de mensagem presidencial, durante a tramitação da matéria, com projeto de lei substancialmente idêntico ao que se encontrava em curso no Congresso Nacional, configura situação diversa. Isso porque revela inequívoca vontade política do chefe do Executivo em deflagrar o processo legislativo, ficando atendida a exigência constitucional da iniciativa.

5. Terceiro: foi observado o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. A Câmara dos Deputados cumpriu os preceitos regimentais que regulamentam a matéria ao apensar os dois projetos de conteúdo praticamente idêntico e ao atribuir precedência à proposição do Senado sobre a da Câmara (arts. 142 e 143 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Tal decisão somente seria passível de censura se visasse a contornar ou

*frustrar eventual reserva de iniciativa presidencial, o que não é o caso. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não interferir em questões **interna corporis** das casas legislativas (MS 34.099-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 05.10.2018)."*

Interessa-nos aqui, sobremaneira, a visão do Ministro Barroso acerca da *instrumentalidade das formas legislativas*: no caso em questão, havia um Projeto de Lei de iniciativa da Chefia do Poder Executivo, a demonstrar a inequívoca manifestação de vontade do Presidente da República em sentido idêntico ao que foi objeto da proposta legislativa de origem parlamentar. Ademais, a decisão da Casa Legislativa de atribuir precedência à proposição do Senado Federal sobre a da Câmara dos Deputados cumpriu os dispositivos regimentais pertinentes, somente sendo passível de censura se tivesse visado a contornar ou frustrar eventual reserva de iniciativa presidencial, o que não foi o caso. Ou seja, em vez de enrijecer as formas legislativas, o Ministro prestigiou a substância do processo legislativo, a partir da verificação da existência de manifestações de vontade dos órgãos competentes e do respeito às normas regimentais aplicáveis.

Vale enfatizar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não foi formalmente desafiada. Explico: a tese de que a sanção presidencial não convalida eventual vício de iniciativa não foi superada. No caso, houve de fato sanção, mas o Ministro Barroso não se apegou a esse detalhe para construir o seu voto que acabou prevalecendo no Colegiado. Ao contrário, a tese foi reiterada. O que se demonstrou foi a existência da manifestação de vontade *inicial* do Presidente da República, que apresentara ao

Congresso Nacional um Projeto de Lei Complementar em sentido (praticamente) idêntico ao que foi objeto de deliberação legislativa.

Quanto ao mérito da discussão – isto é, a própria decisão política consubstanciada na Lei acerca da atribuição de autonomia ao Banco Central – o acordão adotou posição de saudável *autocontenção*, assim registrada na ementa:

“7. Caso o Tribunal venha a conhecer da arguição de inconstitucionalidade material, é fato indubitado que a questão da autonomia do Banco Central divide opiniões. Há visões como a dos autores da ação, segundo a qual ela retira de governos eleitos o controle sobre a política econômica e monetária. E há visões opostas, professadas por economistas e atores institucionais, como a OCDE e o Banco Mundial, de que a política monetária deve ser preservada das interferências políticas, muitas vezes motivadas por interesses eleitorais de curto prazo e que cobram um preço alto no futuro.

8. Como se percebe, trata-se de questão essencialmente política, que não se situa no âmbito da interpretação constitucional, mas sim no plano da liberdade de conformação legislativa do Congresso Nacional. Como consequência, deve o Supremo Tribunal Federal ser deferente para com as escolhas políticas do Poder Legislativo.”

Em vez de adentrar o espinhoso campo das disputas políticas acerca da autonomia do Banco Central, o Ministro apenas procurou demonstrar em seu voto a inexistência de violação a qualquer norma constitucional, o que aponta para um típico caso de *liberdade de conformação legislativa*.

Ou seja, a matéria envolvia um indiferente constitucional, algo de que pouco se fala no Brasil, talvez por preconceito, talvez por ignorância. Mas, há matérias sobre as quais a Constituição simplesmente não proíbe e não impõe qualquer comportamento.

Com a sabedoria de uma década de judicatura constitucional – e de uma vida dedicada ao magistério e à prática da advocacia do Direito Constitucional – o Ministro Barroso entendeu que o consenso se daria pela defesa de um ponto de vista minimalista sobre a questão, como uma espécie de *zona de interseção* entre as diferentes opiniões existentes acerca do mérito.

III.3. O SUPREMO E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento sobre a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet (MCI). Trata-se da norma que prevê que os provedores de serviços digitais, como o Youtube e o Facebook, só poderão ser responsabilizados pelas postagens feitas em suas redes *quando e se* vierem a receber uma decisão judicial que lhes imponha a remoção daquele conteúdo específico. Antes disso, as plataformas estão livres para distribuir mensagens com crimes de ódio, terrorismo, racismo ou qualquer outro atentado à vida, à saúde ou às instituições democráticas, sem responder pelos danos resultantes dessas postagens, ainda que tenham tomado ciência prévia da natureza ilícita daqueles conteúdos.

O art. 19 apresenta uma curiosa autojustificativa: a liberdade de expressão. Foi um argumento comum em alguns círculos, quando a internet ainda era idealizada como

a nova Ágora: se as plataformas respondessem pelos danos que causam à sociedade, acabariam por adotar uma postura de indesejável censura privada, passando a derrubar qualquer conteúdo controvertido postado em suas redes. Necessitariam por isso do privilégio da imunidade conferido pelo art. 19 para manter um espaço livre às diversas formas de expressão. Nenhuma pessoa minimamente informada acredita mais nisso. As plataformas digitais se tornaram o escoadouro de terríveis características humanas: desinformam, disseminam ódio e promovem divisão social. É como se a lei tivesse permitido que, em ambientes específicos, diversas atividades ilícitas fossem praticadas livremente e sem qualquer consequência legal.

Existem duas exceções a essa benesse: para a divulgação sem consentimento de cenas de nudez e pornografia ou de conteúdos protegidos pelo direito autoral (como filmes, músicas e espetáculos esportivos), a notificação da vítima gera a responsabilidade da plataforma. Ciente da ilegalidade, ela pode tomar as providências para a retirada do conteúdo ou, caso entenda de modo diferente, arcar com a responsabilidade pelos danos que causar. Essa, aliás, é a regra para todos os demais mortais, que sequer precisam de notificação para ser responsabilizados.

A Constituição contém extensa lista de direitos individuais e coletivos e prevê a responsabilidade de reparação dos danos decorrentes da sua violação. Entre eles estão os direitos à honra e à privacidade, que a exceção da pornografia protege, e o direitos dos autores sobre suas obras – mas o que justifica que apenas esses dois direitos recebam a proteção da lei, e não os demais? Por que uma vítima de racismo ou homofobia tem que recorrer ao Judiciário para

que seja retirada de uma plataforma digital a mensagem em que é humilhada, ofendida ou discriminada, enquanto ao titular de direitos autorais basta notificar o provedor? Existe na constituição alguma previsão que justifique esse tratamento assimétrico dos direitos fundamentais?

Só quem sente na pele o horror de uma mensagem difamante ou preconceituosa sabe o quanto é inútil buscar proteção em um processo judicial, que levará meses, às vezes anos, para fazer cessar a ofensa postada. Ainda piores são os casos de ofensa a direitos coletivos, como em discursos de incitação ao ódio e à violência contra minorias, o abuso de crianças e adolescentes, terrorismo, além de ações coordenadas de desinformação em campos sensíveis como saúde pública, eleições e funcionamento da democracia. Em todos esses casos, a retirada dos conteúdos ofensivos depende de decisão judicial – e até que seja intimada da decisão, a plataforma digital, que dissemina e lucra com o conteúdo ilícito, não pode ser responsabilizada – ou seja, nada tem a temer.

As plataformas detêm a tecnologia e os meios para monitorar e retirar de circulação os conteúdos ilícitos postados em suas redes (a ausência de conteúdo pornográfico nas grandes plataformas é um exemplo cabal). O regime de *notice and take down* permite que esse processo se dê forma ainda mais confortável para as plataformas, uma vez que a responsabilidade só nasce a partir da notificação do conteúdo ilícito. Não é razoável que elas pretendam continuar a se eximir de qualquer responsabilidade, enquanto lucram de forma astronômica com mensagens que ofendem pessoas indefesas e corroem o tecido social.

A isenção de responsabilidade prevista no art. 19 é inconstitucional. O STF acertará se resistir à tentação de criar soluções heterodoxas para o problema, como o acréscimo de algumas exceções ao malfadado dispositivo. A sua concepção está caduca e deve ruir, sendo substituída pela solução do *notice and take down*, já adotada para a divulgação de mensagens pornográficas, tal como previsto no art. 21 do Marco Civil da Internet. Em episódio recente, o próprio STF teve dificuldades para fazer uma *Big Tech* cumprir simples ordens judiciais de bloqueio de contas. Não é difícil imaginar o que passa um cidadão comum que tem seu nome injustamente enxovalhado em uma rede social. A União Europeia e o Reino Unido acabaram de adotar, no *Digital Services Act* e no *Online Safety Act*, respectivamente, o modelo do *notice and take down*, para sinalizar o conteúdo ilícito e deflagrar a responsabilidade das plataformas. Não cabe ao Brasil inventar novamente a roda, mas seguir o bom exemplo que vem de democracias avançadas, adotando também como regra geral o sistema de notificação. Para situações mais graves, das quais possam advir riscos sistêmicos para a sociedade (como terrorismo, ódio contra minorias e ataques ao regime democrático), o STF deve reconhecer a existência de um dever de cuidado das plataformas, o que inclui obrigação de moderação e sua responsabilidade desde a circulação inicial do conteúdo, o que, afinal, é a regra para todos os veículos de comunicação.

III.4. O SUPREMO COMO VANGUARDA ILUMINISTA

No artigo intitulado *A razão sem voto*, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta uma síntese de sua visão sobre os papéis institucionais exercidos pelo Supremo Tribunal Federal no arcabouço da democracia brasileira. Fruto certamente de uma combinação de suas reflexões teóricas como *scholar* e de sua experiência prática como jurista, advogado e, mais recentemente, juiz da própria Corte, o texto refaz o itinerário histórico do constitucionalismo no Brasil, descreve com precisão a emergência do Judiciário como Poder político independente após a promulgação da Constituição de 1988, e culmina com a apresentação das funções que deveriam, a seu ver, ser exercidas pela jurisdição constitucional.

Ao lado do papel *contramajoritário*, consistente na anulação de leis contrárias à Constituição, Barroso atribui ainda ao Supremo dois outros papéis menos ortodoxos: o *papel representativo*, entendido como a função de captar o sentimento popular majoritário que tenha sido negligenciado pelos canais de representação política; e o *papel de vanguarda iluminista*, em cujo exercício a Corte assumiria a tarefa de *empurrar a história e o progresso social*.

A razões para justificar essas funções seriam a crise da representação política, a natureza falha do processo político eleitoral para expressar os anseios e preferências da maioria da população e a maior permeabilidade dos políticos à captura por grupos de interesses econômicos, religiosos e corporativos. Os juízes, ao contrário, seriam menos suscetíveis às influências do mundo da política, pois selecionados em sua maioria por concurso público e garantidos pela vitaliciedade do cargo. Daí então Barroso confia

esse duplo encargo ao Judiciário: vocalizar o sentimento das ruas, sob a forma de argumentos jurídicos, diante da indiferença das instâncias representativas (uma espécie de papel *representativo subsidiário*); e fazer ecoar a sua própria voz, para “empurrar a história quando ela emperra” (papel de *vanguarda iluminista*).

Tenho por objetivo neste artigo discutir os possíveis impactos, em termos de incentivos políticos, dos papéis de *instância representativa* e de *vanguarda iluminista* sugeridos pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Quando, há pouco mais de dois séculos, John Marshall proferiu a sua célebre decisão no caso *Marbury v. Madison*, havia mais em jogo do que apenas a supremacia da constituição escrita e a autoridade do Poder Judiciário para determinar seu sentido em caráter definitivo. Esse foi o precedente universal que abriu caminho para o controle judicial da constitucionalidade das leis. Tal decisão histórica inaugurou uma nova era nas relações entre a política e o direito: um experimento que propôs a combinação da noção liberal de governo limitado com a ideia de soberania popular.

Embora esses dois ideais contenham aspirações humanas ancestrais, eles sempre conviveram em uma relação conflituosa. O controle judicial da constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América como a *voz da razão* – “desprovida de força ou vontade, e dotada apenas de discernimento” (“having neither force nor will, but merely judgment”)⁴⁴ – e invocando sua aptidão para, de forma ra-

44. HAMILTON, Alexander. *Federalist* nº 78, edited by Jacob E. Coke, p. 523 (1961).