



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
FACULDADE DE DIREITO**

VICTÓRIA MAZZAROLO BARANCELLI

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ME REPRESENTA?  
A (i) legitimidade democrática da Corte Constitucional brasileira para o  
exercício do papel representativo da soberania popular**

Porto Alegre

2021

**VICTÓRIA MAZZAROLO BARANCELLI**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ME REPRESENTA?**

**A (i) legitimidade democrática da Corte Constitucional brasileira para o  
exercício do papel representativo da soberania popular**

Trabalho de conclusão de curso apresentado  
como requisito para obtenção de título de  
bacharel em Direito, na Faculdade de Direito  
da Fundação Escola Superior do Ministério  
Público.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Borges  
Motta

Porto Alegre

2021

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIRETORIA

Gilberto Thums – Diretor da Faculdade  
Luiz Augusto Luz – Coordenador do Curso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
CIP-Brasil. Catalogação na fonte  
Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Barancelli, Victória Mazzarolo

O supremo tribunal federal me representa? a (i)legitimidade democrática da corte constitucional brasileira para o exercício do papel representativo da soberania popular / Victória Mazzarolo Barancelli. -- Porto Alegre 2021.

119 f.

Orientadora: Francisco José Borges Motta.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Curso de Direito - Bacharelado, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Papel Representativo. 3 . Contramajoritário. 4. Mecanismos Democráticos. I. Borges Motta, Francisco José, orient. II. Título.

**Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público**

Inscrição Estadual: Isento  
Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares  
Porto Alegre - RS- CEP 90010-350  
Fone/Fax (51) 3027-6565  
e-mail:[fmp@fmp.com.br](mailto:fmp@fmp.com.br)  
home-page:[www.fmp.edu.br](http://www.fmp.edu.br)

**VICTÓRIA MAZZAROLO BARANCELLI**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ME REPRESENTA?**

**A (i)legitimidade democrática da Corte Constitucional brasileira para o exercício do papel representativo da soberania popular**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta (Orientador)

---

Prof. Dr. Luiz Fernando Calil de Freitas

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Rejane e Rodinaldo, por serem o meu porto seguro, a minha base e o meu ponto de paz. Sem eles, nada seria possível. Eles sempre me cuidaram, cativaram, incentivaram e amaram. Não bastasse isso, ainda me proporcionaram as melhores oportunidades possíveis e me ensinaram, desde pequena, a ser uma mulher forte, independente e resiliente. Amo vocês.

Agradeço aos meus avós, Cleodes e Arminio, esse mais conhecido por Massarollo, por todo o amor com que sempre me trataram e todos os momentos especiais que passamos na casa de vocês. À minha avó Lúcia, por zelar por mim. Ao meu falecido avô Rubi, que está sempre no meu coração e nos meus pensamentos. Aos meus tios e primos, por sempre se fazerem presentes, mesmo que com quilômetros de distância. À minha dinda, por me tratar com tanto amor e ser tão dedicada à nossa relação.

Agradeço à Shakira, minha *shih-tzu* (ou “shitza”), rainha da minha casa e deusa das nossas vidas, pela companhia durante as horas e os dias despendidos na realização do presente trabalho e por me mostrar o amor mais puro que existe.

Agradeço ao Philippe Maillard, meu namorado, por ser o meu companheiro, amor e amigo em todas as etapas da elaboração desta pesquisa, ouvindo e discutindo comigo as minhas ideias tantas vezes, mesmo que não aguentasse mais o assunto (rs).

Agradeço à Valentina Passos, *my soul sister* desde os 8 anos. Ela sempre me transmitiu paz e foi uma espécie de casa para mim, mesmo com toda a distância física que nos separa. Ela é a expressão mais verdadeira do que eu conheço por amizade.

Agradeço à minha amiga Geórgia Valiati, que é tão parecida comigo em tantos aspectos e com quem eu me entendo de uma forma muito especial, por todas as trocas de ideias durante a elaboração desta pesquisa e também durante todo o período no qual nos conhecemos.

Agradeço ao meu amigo Murilo Borges, o qual se descobriu pesquisador desde o início da graduação, por todos os ensinamentos relacionados à pesquisa, todos os incentivos no que toca às minhas ideias para o futuro e toda a troca de sempre.

Agradeço à minha amiga Stéphanie dos Santos, fonte de inspiração para mim por sua força e garra, por sempre querer o meu bem, torcer por mim e vibrar junto comigo com as minhas vitórias.

Agradeço ao meu Professor Orientador, Dr. Francisco José Borges Motta, por traduzir a minha ideia para este trabalho em palavras, sempre me explicar de uma forma muito didática pontos relevantes da minha temática e toda a atenção durante a redação e a revisão do presente trabalho.

Por fim, agradeço a todos os professores com quem tive contato durante toda a minha formação. Muito do que sou hoje, em termos acadêmicos, advém de vocês.

## RESUMO

O presente trabalho visa a analisar criticamente o papel representativo atribuído por Luís Roberto Barroso ao Supremo Tribunal Federal. Para isso, utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que a hipótese sobre a ilegitimidade da Corte Constitucional para ser o representante do povo será confirmada ao longo da pesquisa a partir de uma revisão bibliográfica. A escolha do tema ocorreu devido a uma inquietação sobre a autoridade e a independência do Direito frente ao anseio popular e, em especial, a higidez do papel contramajoritário do Supremo, observado a partir da guarda da Constituição Federal. Os Poderes eleitos passam atualmente por uma crise de representatividade, dificultando a expressão da vontade da maioria por parte dos governantes. Nesse sentido, Barroso atribui um papel representativo ao Supremo no exercício da jurisdição constitucional. Porém, o STF tem legitimidade democrática para exercer esse papel? A representatividade do Supremo fere a lógica da separação dos Poderes, pois, dessa forma, há concentração de poderes no STF em detrimento dos demais Poderes. Além disso, a representatividade do Supremo não se verifica em termos práticos, já que o Tribunal não profere decisões de qualidade suficiente para que possa representar a população. Dessa forma, verifica-se que o STF não é e nem pode ser o representante do povo. A solução para a crise da classe política não é trocar uma representação (a eleitoral) por outra (a judicial), mas sim atribuir maior responsabilidade política aos governantes através do sufrágio universal. Ademais, o papel do Supremo, por excelência, é assegurar a autoridade da Constituição, a qual é contramajoritária, protegendo o direito das minorias em defesa das majorias eventuais. Por fim, apesar de ser rechaçado o papel representativo do Supremo, com base na teoria do constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, existem mecanismos para que o Tribunal seja aprimorado e mais democrático, prestando mais contas ao povo (*accountability*).

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Papel representativo. Contramajoritário. Mecanismos democráticos.

## ABSTRACT

This paper aims to critically analyze the representative role attributed by Luís Roberto Barroso to the Supreme Federal Court. For this, the hypothetical-deductive approach method is used, since the hypothesis about the illegitimacy of the Constitutional Court to be the people's representative will be confirmed throughout the research from a literature review. The choice of the theme occurred due to an uneasiness about the authority and independence of the Law in face of the people's wishes and, especially, the sanctity of the counter-majoritarian role of the Supreme Court, observed from the guardianship of the Federal Constitution. The elected powers are currently going through a crisis of representation, making it difficult for the rulers to express the will of the majority. In this sense, Barroso attributes a representative role to the Supreme Court in the exercise of constitutional jurisdiction. But do STF have the democratic legitimacy to exercise this role? The representativeness of the Supreme Court hurts the logic of the separation of powers, since it concentrates powers in the STF to the detriment of the other branches. Moreover, the representativeness of the Supreme Court is not verified in practical terms, since the Court does not issue decisions of sufficient quality to represent the population. Thus, the STF is not and cannot be a representative of the people. The solution to the crisis of the political class is not to exchange one representation (the electoral) for another (the judicial), but to give more political responsibility to the rulers through universal suffrage. Furthermore, the role of the Supreme Court, par excellence, is to ensure the authority of the Constitution, which is counter-majoritarian, protecting the rights of minorities in defense of eventual majorities. Finally, although the representative role of the Supreme Court is rejected, based on Robert Post and Reva Siegel's theory of democratic constitutionalism, there are mechanisms to improve the Court and make it more democratic, more accountable to the people.

**Keywords:** Federal Supreme Court. Representative role. Countermajoritarian. Democratic mechanisms.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>O PAPEL REPRESENTATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>13</b>
2.1	ENTRE O (NEO)CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA: OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS	13
2.2	A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DA CLASSE POLÍTICA E O PAPEL REPRESENTATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	26
<b>3</b>	<b>UMA RECONSTRUÇÃO CRÍTICA DO PAPEL REPRESENTATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>38</b>
3.1	A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS RISCOS DEMOCRÁTICOS DA REPRESENTATIVIDADE ABUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	39
3.2	A AUSÊNCIA DE QUALIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	55
<b>4</b>	<b>O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ME REPRESENTA? DA ILEGITIMIDADE DA CORTE PARA A REPRESENTAÇÃO DO POVO AO SEU APRIMORAMENTO</b>	<b>68</b>
4.1	A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O EXERCÍCIO DO PAPEL REPRESENTATIVO	68
4.2	UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO: O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E OS MECANISMOS DEMOCRÁTICOS PARA O APRIMORAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	76
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>90</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>95</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se desenvolve no contexto das discussões sobre a ascensão institucional e política das Cortes Constitucionais ao redor do mundo. Especificamente no Brasil, relaciona-se à temática das atribuições do Supremo Tribunal Federal (STF) na prestação da jurisdição constitucional. A problemática envolvida consiste em analisar, de forma crítica, a legitimidade democrática do STF para o exercício do papel representativo do povo.

A escolha do tema ocorreu a partir do fenômeno que se verifica nas ruas brasileiras, grande parte em decorrência dos julgamentos televisionados do Supremo: os cidadãos, de um modo geral, discutem algumas decisões relevantes do STF com base no senso comum e, em algumas ocasiões, até influenciam (ou acredita-se que devam influenciar) com a sua opinião na tomada dessas decisões. Essa conjuntura desencadeou uma inquietação sobre a autoridade e a independência do Direito frente ao anseio popular. Além disso, uma inquietação, em especial, sobre a higidez do papel contramajoritário do Supremo, observado a partir da guarda da Constituição Federal. Tornando esse assunto mais palpável em termos teóricos, canalizou-se essas inquietações para a análise do suposto papel de representante do povo que a Corte Constitucional deteria, pois essa atribuição traduz e resume diversas das ideias que permeiam a matéria.

Diante disso, o objetivo geral deste trabalho é examinar o papel representativo do STF no exercício da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito, notadamente tendo como foco a sua legitimidade para essa atribuição. Em termos específicos, os objetivos são: a) caracterizar o Estado Democrático de Direito, surgido no Brasil após a redemocratização, culminado na promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como o neoconstitucionalismo; b) definir o papel das cortes constitucionais na tensão existente, desde o século XX, entre o '(neo)constitucionalismo' e a 'democracia'; c) explorar a tese de Luís Roberto Barroso, em seu texto intitulado *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, tendo como ênfase a crise de representatividade da classe política no Brasil e o papel representativo do STF; d) explorar as teses contrárias à do Professor Barroso, compiladas no livro *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso* e; e) definir se o STF, no exercício da jurisdição constitucional, tem legitimidade democrática para exercer o papel representativo da soberania popular.

Considerando (i) que uma Corte Constitucional, para proteger os direitos fundamentais e efetivar os dispositivos constitucionais, tem a função primordial de decidir exercendo o papel contramajoritário, antagônico ao representativo; (ii) o desenho institucional do Supremo para julgar independentemente de pressões políticas e, conseqüentemente, de maiorias eventuais; (iii) a ausência de critérios para aferir quando uma decisão deve ignorar o anseio da população e quando deve acatar a voz das ruas; e (iv) a ausência de qualidade das decisões do Supremo, visto que concentra um número elevado de competências, a acarretar uma demanda excessiva, e que julga a maioria dos casos monocraticamente, entende-se, *a priori*, que o STF não tem legitimidade democrática para exercer o papel de representante da soberania popular.

Para verificar essa hipótese, a pesquisa é de natureza aplicada, porquanto parte do conhecimento já produzido sobre o papel da Corte Constitucional em uma democracia para resolver o problema de pesquisa. A abordagem do problema é qualitativa, pois descabe a sua tradução em dados numéricos. Quanto aos objetivos gerais da pesquisa, essa é descritivo-exploratória, visto que pretende conhecer de forma aprofundada e descrever a tese de Barroso quanto ao papel representativo desempenhado pelo STF e as críticas a essa teoria para concluir se a representação do povo pelo Tribunal é, de fato, é legítima.

O método de abordagem da pesquisa adotado é o hipotético-dedutivo, uma vez que a hipótese de o STF não ter legitimidade para exercer o papel de representante do povo será, ou não, confirmada ao longo da investigação, além de que se trabalha com premissas maiores das quais serão deduzidas as conclusões dirigidas ao problema concretamente abordado. O método de procedimento é o monográfico, porquanto se trata de um estudo sobre o tema da representação da soberania popular pelo STF apresentado na forma de estudo monográfico. O procedimento técnico é o bibliográfico através da coleta de dados secundários como livros e artigos científicos nacionais e estrangeiros acerca do tema, bem como com a referência a dispositivos constitucionais e julgados do STF.

Com efeito, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a ascensão do STF a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que instaurou o Estado Democrático de Direito no Brasil. Nesse momento, o Supremo se tornou o guardião da Carta Magna, a qual tem um caráter contramajoritário e disciplina diversos direitos fundamentais, portanto, passou a proteger de modo especial as minorias vencidas no

embate político. Nessa perspectiva, aborda-se a tensão entre o (neo)constitucionalismo, que preza pelos direitos fundamentais, e a democracia, que expressa o governo da maioria, além da atuação do STF nessa tensão, citando seus respectivos papéis contramajoritário, representativo e iluminista. Posteriormente explora-se a crise de representatividade da classe política verificada na atualidade, decorrente dos casos de corrupção existentes e do afastamento dos governantes dos anseios dos representados. Essa crise é paralela à ascensão do Supremo e também uma de suas causas. Por fim, chega-se ao cerne do capítulo, caracterizando-se e discutindo-se criticamente o papel representativo da Corte.

No segundo capítulo, analisa-se algumas das críticas ao papel representativo do STF. Essas críticas foram divididas em dois vieses: teórico e prático. A abordagem teórica está relacionada à separação dos Poderes, demonstrando que a atribuição representativa do Supremo fere a separação das funções estatais ao atribuir demasiados poderes na Corte. Nessa linha de considerações, explora-se o fenômeno da supremocracia, que expressa a expansão das funções do Tribunal em detrimento dos outros Poderes. Em seguida, desenvolve-se o tema do diálogo constitucional entre os Poderes de forma crítica, a fim de elucidar que não acontece um efetivo diálogo no Brasil, porquanto a última palavra sobre a Constituição é do STF. Encerrando a primeira parte do capítulo, discorre-se sobre os riscos democráticos advindos do papel representativo do Supremo, utilizado como forma de autolegitimação irrefletidamente, tendo em vista a separação dos Poderes e a inexistência de um efetivo diálogo.

Em seguida, explora-se a crítica do viés prático, relacionada à ausência de qualidade das decisões do Supremo. Nesse sentido, são abordados aspectos concernentes à excessiva demanda processual da Corte e a sua tendência de proferir decisões monocráticas, fenômeno conhecido como ministocracia. Em complemento, analisa-se o *timing* de decisão do STF, que se mostra incompatível com a pretensão de acompanhar os anseios populares, e a construção discricionária da pauta de julgamento. Essas características prejudicam a emissão de decisões de qualidade, porém, boas decisões são um elemento essencial para que o STF seja um representante da sociedade. Por fim, demonstra-se que as críticas de cunho teórico e prático rechaçam suficientemente a suposta representatividade do Tribunal, verificando-se que a atribuição de um papel representativo não se coaduna com o comportamento do Tribunal nos dias atuais.

No último capítulo, responde-se ao problema de pesquisa deste trabalho, analisando se o Supremo é e pode ser o representante do povo ou não. Para isso, explora-se inicialmente o papel contramajoritário do Supremo, seu papel por excelência. Em seguida, sustenta-se a inefetividade de simplesmente substituir uma representação em crise (a parlamentar) por outra (a judicial). A solução para a crise de representatividade dos governantes eleitos é atribuir-lhes mais responsabilidade política por meio do sufrágio universal, visto que os representantes que não cumprem com a expectativa da população não devem ser eleitos ou reeleitos. Ao final, abordam-se mecanismos democráticos para que o Supremo decida com mais qualidade e *accountability*, fortalecendo as suas credenciais democráticas. Para abordar esses mecanismos, preliminarmente, discorre-se sobre a doutrina do constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel. Então, os seguintes mecanismos democráticos são abordados (de forma não exaustiva): (i) o respeito ao contraditório substantivo nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) a emissão de decisões preferencialmente colegiadas; (iii) o aprimoramento de mecanismos de participação popular em processos constitucionais, como a realização de audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*; e (iv) a interpretação extensiva do rol de legitimados para interpor ação direta de inconstitucionalidade.

## 2 O PAPEL REPRESENTATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por instaurar o Estado Democrático de Direito no Brasil, forma de organização política que está inserida no contexto do neoconstitucionalismo. Com esse novo direito constitucional, do qual advieram diversos desdobramentos, o Poder Judiciário ascendeu institucionalmente, e o Supremo Tribunal Federal, em específico, passou a ser o guardião da Carta Magna, portanto um intérprete importante da ordem constitucional. Por conseguinte, o protagonismo que era do Parlamento no Estado Legislativo de Direito, após a Segunda Guerra Mundial, passou a ser judicial. Nesse contexto, primeiramente, explorar-se-á a tensão existente entre o (neo)constitucionalismo e a democracia, com a descrição de ambos, visto que, de um lado, tem-se a proteção dos direitos fundamentais, e, de outro, o governo da maioria. Em seguida, serão explicados a atuação do STF nessa tensão e os seus papéis – contramajoritário, representativo e iluminista – no exercício da jurisdição constitucional. Nessa linha, posteriormente, elucidar-se-á a crise de representatividade da classe política brasileira, a qual acontece paralelamente à ascensão do Judiciário e explica, inclusive, a atribuição do papel representativo do povo para o STF. Ao final, será caracterizado e discutido criticamente o papel representativo da Corte conforme a doutrina.

### 2.1 ENTRE O (NEO)CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA: OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 instaurou, no Brasil, um novo direito constitucional, chamado de neoconstitucionalismo (BARROSO, 2020, p. 240). Não é tarefa simples conceituar esse fenômeno, porquanto não existe apenas um neoconstitucionalismo, já que a sua caracterização perpassa por diversas visões, as quais, entretanto, “guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes” agrupáveis “sob um mesmo rótulo” (SARMENTO, 2009, p. 2).

Atento a essa ressalva, Carbonell (2007, p. 9-10, tradução nossa) caracteriza o neoconstitucionalismo como um fenômeno que surgiu com as novas constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, que “não mais se limitavam a prever competências e a separação dos Poderes, mas que também passaram a positivar normas materiais ou substantivas”, a manifestar uma nova teoria da constituição. De

forma mais pormenorizada, Barroso (2020, p. 240) descreve o neoconstitucionalismo a partir de três marcos: o filosófico, o teórico e o histórico, os quais serão explorados neste momento.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, que não se contenta com a legalidade estrita, apesar de não a ignorar (BARROSO, 2015, p. 29-30), e empreende uma leitura moral da Constituição (DWORKIN, 1996, p. 2), com a aproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2015, p. 29-30). Para explicar a leitura moral, preliminarmente, convém diferenciar brevemente os argumentos de política dos argumentos de princípio.

“Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Já “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2002, p. 129). Os princípios beneficiam e prescrevem um direito, enquanto a política delimita e descreve uma meta de viés coletivo. “Essa diferença deve ser harmonizada, porém, com a ideia de que o Direito é, num sentido normativo, uma subdivisão da moralidade política<sup>1</sup>” (MOTTA, 2014, p. 233).

As constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, têm dispositivos contemplando direitos de maneira ampla e abstrata (MOTTA, 2014, p. 233-234). Os direitos fundamentais, comumente, são classificados em gerações. Todavia, Freitas (2013, p. 221) enfatiza a insuficiência da classificação geracional, pois, com isso, pode-se chegar à equívoca conclusão de que os direitos da primeira geração “não são aptos a produzir efeitos aptos a permitir ao titular do direito a exigência, do destinatário da norma, do cumprimento de uma obrigação de fazer”. Assim, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões mostra-se mais adequada. A primeira dimensão diz respeito aos direitos de defesa, que protegem a liberdade de ação do sujeito em face do poder estatal, de modo que o Estado tem a obrigação de se abster. A segunda dimensão acarreta ao Estado a obrigação de agir. Já a terceira dimensão institui direitos cuja titularidade não pode ser subjetivada individualmente (FREITAS, 2013, p. 208-209).

---

<sup>1</sup> Para Dworkin, a moralidade pessoal relaciona-se com o modo como se deve tratar os outros nas relações privadas. A moralidade política, por sua vez, está ligada com as “relações estabelecidas no âmbito de uma comunidade política” e é “um desdobramento da moralidade pessoal” (MOTTA, 2014, p. 233).

Para Motta (2014, p. 233-234), os direitos previstos na Constituição devem ser interpretados e aplicados através de uma leitura moral. A leitura moral propõe uma interpretação das disposições constitucionais no sentido de que invoquem princípios sobre justiça e decência política, de modo que surja uma moralidade política no cerne do direito constitucional (DWORKIN, 1996, p. 2). Assim, “a decisão jurídica deve ser gerada por princípios” (MOTTA, 2014, p. 233). Devido à definição controvertida da moralidade, ao se incorporar princípios morais em um ordenamento jurídico, deve-se definir a autoridade responsável para interpretá-los. Em sendo essa competência atribuída aos magistrados, a leitura moral pretende combater a ameaça de que eles imponham as suas convicções morais à comunidade política, visto que devem observar deveres de coerência<sup>2</sup> (MOTTA, 2014, p. 233-234).

Nessa perspectiva, diante da existência de um sistema jurídico com conceitos abstratos que precisam ser valorados no caso concreto, o pós-positivismo preocupa-se com a resolução dos casos difíceis<sup>3</sup>, os quais não são solucionados com a mera subsunção do fato ao texto legal (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211-216). Isso se dá, em grande medida, pela positivação de princípios como direitos fundamentais (BARROSO, 2005, p. 5), com um alto conteúdo axiológico (SARMENTO, 2009, p. 2), o que pode ser abordado a partir da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy.

Para Alexy (2015, p. 87-106), regras e princípios são espécies de normas, porquanto ambos podem ser redigidos mediante expressões deônticas, porém com uma diferença qualitativa. Regras são simplesmente “satisfeitas ou não satisfeitas”; princípios são mandamentos de otimização, *prima facie*, ou seja, “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

---

<sup>2</sup> Para Dworkin (1999, p. 162-164), existe a coerência de estratégia e a coerência de princípio. “Qualquer um que participe da criação do direito deve preocupar-se com a coerência de estratégia. Ele deve cuidar para que as novas regras que estabelece se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor, em vez de tomar a direção contrária e piorar as coisas. [...] A coerência de princípio [...] exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia [...] com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado”.

<sup>3</sup> Os casos difíceis são aqueles que não são solucionados através de “uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição” (DWORKIN, 2002, p.127). Nesses casos, o juiz, em uma análise preliminar, não encontra prevalência “entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo” (DWORKIN, 1999, p. 306).



existentes” (ALEXY, 2015, p. 90). A solução para um conflito entre regras é a previsão, em uma delas, de uma exceção, ou a declaração de sua invalidade em observância aos critérios da especialidade<sup>4</sup>, cronológico<sup>5</sup> e hierárquico<sup>6</sup>. Por sua vez, a colisão entre princípios deve ser solucionada mediante o sopesamento da dimensão do peso dos princípios, estabelecendo-se “uma relação de precedência condicionada” entre eles, “com base nas circunstâncias do caso concreto”, ou de precedência absoluta ou abstrata (lei de colisão)<sup>7</sup> (ALEXY, 2015, p. 96).

Ainda segundo Alexy (2015, p. 117-120 e 135-144), os direitos fundamentais seguem o modelo misto de regras e princípios. Quando têm caráter principiológico, há uma conexão entre eles e a máxima da proporcionalidade em seus três subprincípios,

---

<sup>4</sup> Conforme o critério da especialidade, se houver contradição entre uma regra que regulamente uma matéria de forma genérica e uma regra que disponha sobre a matéria de modo mais específico, ambas de mesma hierarquia, prevalece a regra especial (SOARES, 2019, p. 124).

<sup>5</sup> Com base no critério cronológico, diante da antinomia entre uma regra anterior e uma posterior “sobre a mesma matéria, ambas de mesma hierarquia, prevalece” a regra posterior (SOARES, 2019, p. 123).

<sup>6</sup> O critério hierárquico dispõe que, quando acontece uma antinomia entre uma regra superior e uma regra inferior, prevalece a superior, “dentro da concepção piramidal e hierarquizada do sistema jurídico” (SOARES, 2019, p. 123).

<sup>7</sup> Neste tema, o entendimento de Ronald Dworkin é diferente do de Robert Alexy. Para Dworkin (2002, p. 39), “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”: ao passo que as regras são excludentes uma da outra, os princípios opostos “não são considerados exceções uns dos outros, na medida em que possuem uma dimensão estranha às regras, qual seja, a dimensão do peso ou da importância” (MOTTA, 2009, p. 60). Nesse sentido (e em consonância com o entendimento de Alexy, nessa parte), as regras devem ser aplicadas na forma do “tudo ou nada”, de modo que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39). Com relação ao conceito dos princípios, afastando-se de Alexy, Dworkin sustenta que princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Os princípios, portanto, quando se inter cruzam, não colocam em jogo a sua validade, mas a força relativa de cada um. Em outras palavras, todos os princípios “seguirão valendo, e poderão ser decisivos para o caso seguinte” (MOTTA, 2009, p. 60). De qualquer sorte, apesar dessa breve diferenciação entre Dworkin e Alexy, o foco desta pesquisa não é o de aprofundar as distinções existentes entre as teorias dos autores, mas sim explicitar um ponto de contato entre ambos: a constitucionalização e a interconexão entre direito e moral, com novos tipos normativos a serem aplicados.

quais sejam, da adequação<sup>8</sup>, da necessidade<sup>9</sup> e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>10</sup>. Isso porque a proporcionalidade em sentido estrito (exigência de sopesamento) decorre de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, pois, diante da sua colisão, a possibilidade jurídica para realizar uma norma depende do princípio antagônico, sendo necessário um sopesamento segundo a lei de colisão. Por seu turno, as máximas da adequação e da necessidade decorrem de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, já que a análise sobre a adequação e a necessidade de uma medida para se atingir a finalidade proposta depende do substrato fático do caso (ALEXY, 2015, p. 117-120 e 135-144).

O marco teórico do neoconstitucionalismo é composto pela atribuição de força normativa à Constituição Federal, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2015, p. 28). Esses temas merecem uma análise mais detalhada.

Com efeito, o reconhecimento do *status* de norma jurídica à Constituição superou o entendimento de que o papel reservado às constituições era eminentemente político (BARROSO, 2020, p. 255) e se limitava a uma noção “macroestrutural e procedimental”, resumido no “minimalismo constitucional” (MELLO, 2004, p. 25). A ordem constitucional, atualmente, é dotada de supremacia (CANOTILHO, 1941 p. 246). As disposições constitucionais se tornaram vinculantes, obrigatórias e imperativas, de modo que a sua inobservância acarreta a utilização de mecanismos aptos a deflagar o cumprimento forçado. Nessa linha de considerações, tem-se a constitucionalização do Direito, cuja ideia é a de que o conteúdo material e axiológico das normas constitucionais se irradia pelo sistema jurídico, de forma que a

---

<sup>8</sup> Na máxima da adequação, analisa-se se uma medida é adequada ou efetiva para a efetivação de uma finalidade. Isto é, deve existir “uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”. Essa relação pode ser analisada em três vieses: “quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio”. Não existe uma orientação abstrata para qual viés deve ser seguido na escolha do meio, uma vez que “a administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim” (ÁVILA, 2004, p. 116-117).

<sup>9</sup> Na máxima da necessidade, elege-se o mandamento do meio menos gravoso para atingir uma finalidade (ALEXY, 2015, p. 117). O meio menos gravoso é mais suave (ÁVILA, 2004, p. 123).

<sup>10</sup> A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento do sopesamento propriamente dito (ALEXY, 2015, p. 117), cuja aplicação “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2004, p. 124).

validade e o sentido do direito infraconstitucional são condicionados pela Constituição (BARROSO, 2005, p. 6-13). A constitucionalização envolve a “aplicação direta da Constituição”, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos e “a interpretação conforme a Constituição” (BARROSO, 2020, p. 361). Sobre isso, afirmam Sloniec e Sparemberger (2018, p. 33):

Irradiar racionalmente o Direito Constitucional pelos mais diversos ramos do Direito é ventilar o ordenamento jurídico e manter a própria Constituição viva e concentrada com a sociedade que a regula. A Constituição regula, transforma e reconhece o povo, e esse reconhece e transforma a Constituição (SLONIEC; SPAREMBERGER, 2018, p. 33).

Com a força normativa da Constituição, a sua proteção e efetivação passaram a ser competência do Poder Judiciário através de ações constitucionais, especialmente no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (BARROSO, 2005, p. 6). Dessa forma, a jurisdição constitucional se expandiu (BARROSO, 2020, p. 257).

Em arremate, ante o *status* de norma jurídica da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional, surgiu uma nova maneira de se realizar a interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 8). Conforme Sparemberger (2001, p. 108), os dispositivos constitucionais demandam, necessariamente, um processo de interpretação. Portanto, antes de o direito constitucional ser aplicado, é preciso estabelecer o seu conteúdo, o seu significado, o seu alcance e a sua abrangência, a fim de que sejam definidos os enunciados linguísticos que formam o texto constitucional (SPAREMBERGER, 2001, p. 108).

Tendo isso em perspectiva, para além dos elementos de interpretação tradicionais (gramatical<sup>11</sup>, histórico<sup>12</sup>, sistemático<sup>13</sup> e teleológico<sup>14</sup>) e dos critérios

---

<sup>11</sup> A interpretação gramatical busca o sentido das expressões jurídicas, contidas nas normas, através da literalidade do texto e da análise das “regras gramaticais vigentes à época da redação do dispositivo normativo sob exame”. Esse é o primeiro método interpretativo a ser empregado na busca do significado da norma (FRIEDE, 2015, p. 164-165).

<sup>12</sup> Na interpretação histórica, o intérprete enxerga a lei como o “último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem” faz com que se conheça melhor o espírito e alcance desse fato. Nesse sentido, o hermeneuta relaciona os preceitos do Direito anterior com as disposições do presente. Assim, verifica-se as transformações ocorridas no preceito e no seu sentido (MAXIMILIANO, 2020, p. 126).

<sup>13</sup> A interpretação sistemática tem como finalidade a resolução de conflitos entre regras através da análise da sua localização no sistema jurídico. Isso porque as leis, majoritariamente, estão organizadas e codificadas. Por exemplo, os artigos “estão sempre abaixo de capítulos, títulos, livros etc., indicando, de qualquer forma, o assunto e, por efeito, o direito tutelado (FRIEDE, 2015, p. 166).

<sup>14</sup> Na interpretação teleológica, o intérprete “sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras,

tradicionais de solução de conflitos entre regras (hierárquico, temporal e especial), passou-se a verificar a existência de princípios próprios da interpretação constitucional, os quais “são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais”, como o princípio da supremacia constitucional<sup>15</sup>, da presunção de constitucionalidade das leis ou atos normativos<sup>16</sup> e o da razoabilidade<sup>17</sup> (BARROSO, 2005, p. 8). Essa modificação nos métodos interpretativos utilizados aconteceu para que houvesse uma aplicação mais justificada e razoável dos princípios constitucionais aos casos concretos (CARBONELL, 2007, p. 10). Nesse sentido, o intérprete complementa o trabalho desenvolvido pelo legislador, tornando-se coparticipante da criação do Direito ao atribuir significado para os conceitos jurídicos indeterminados no caso concreto (BARROSO, 2005, p. 8-9).

O marco histórico do neoconstitucionalismo é o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático (BARROSO, 2020, p. 239-241). Essa forma de organização política se desenvolveu, em grande medida, devido à aproximação entre o constitucionalismo e a democracia, e se consolidou com a redemocratização do país, culminada na institucionalização da Constituição Cidadã (BARROSO, 2015, p. 28). Com esse modelo institucional, previsto no artigo 1º da Carta Magna (BRASIL, 1988), o centro do ordenamento jurídico passou a ser uma Constituição rígida

---

julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida” (MAXIMILIANO, 2020, p. 138).

<sup>15</sup> “Com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral” (BARROSO, 2020, p. 288).

<sup>16</sup> A presunção de constitucionalidade é decorrência do princípio da separação dos Poderes, de modo que as leis ou os atos normativos não devem ser declarados inconstitucionais quando “a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma”, “seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder”, e “existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição” (BARROSO, 2020, p. 289).

<sup>17</sup> “A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras”, podendo ser explicada conforme três acepções: (i) a razoabilidade é a diretriz exigida pela “relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral”; (ii) a razoabilidade é a diretriz exigida pela “vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir”; e (iii) a razoabilidade é a diretriz exigida pela “relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, 2004, p. 102-103).

(BARROSO, 2020, p. 240), de maneira que as leis, além da legalidade formal, têm de cumprir a legalidade substancial, com vinculação aos princípios e aos direitos constitucionalmente previstos (FERRAJOLI, 2014, p. 19).

O Estado Democrático de Direito, ao incluir o elemento democrático no Estado de Direito<sup>18</sup>, limita e legitima o poder. A sua estrutura pressupõe uma ordem legitimada pelo povo, uma vez que o poder político advém dos cidadãos (CANOTILHO, 1941, p. 98-100). Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito é aquele cuja origem e exercício do poder devem ser adquiridos de modo legítimo. Essa legitimação, por sua vez, é capaz de ser reconduzida a uma “fundamentação democrática do poder e a um exercício democrático das diversas formas de sua manifestação e exercício” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 274).

A primazia da legitimação do poder, no Estado Democrático de Direito, continua sendo a representação através de eleições, “mas passa a conviver e a exigir a complementação de novas formas de legitimação associadas ao paradigma da democracia deliberativa” (MENDONÇA, 2011, p. 3). Em consonância com essa ideia, para Barroso (2015, p. 25-29), a democracia tem três dimensões: a formal, a substantiva e a deliberativa. A expressão formal da democracia é pautada por representantes eleitos que conduzem a política majoritária. A dimensão substantiva inclui a manutenção de “valores e de direitos fundamentais” (BARROSO, 2015, p. 25). A dimensão deliberativa, por fim, constitui-se através de “debate político, argumento e persuasão” (BARROSO, 2015, p. 25). Em resumo, então, a democracia, nos dias atuais, “exige votos, direitos e razões” (BARROSO, 2015, p. 26).

Assim sendo, a democracia tradicional e exclusivamente majoritária, na qual o poder dependia de legitimação eleitoral, não é mais suficiente, visto que passou a ser de suma importância a dimensão deliberativa da democracia, fundada em uma legitimação discursiva. Por meio da legitimação discursiva, as decisões políticas têm de ser “produzidas após debate público, livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas” (BARROSO, 2015, p. 40), o que pode servir “como contraponto e até complemento à legitimação majoritária” (MENDONÇA, 2011, p. 9). Essa noção traduz o entendimento de democracia como a junção de ‘decisão’ de um grupo majoritário nas eleições com ‘argumentação’, posto que a condição deliberativa da ordem democrática pressupõe o viés argumentativo (GAVIÃO FILHO,

---

<sup>18</sup> Conforme Tamanaha (2009, p. 114-126), o Estado de Direito (*rule of law*) pode ser definido a partir de três ideias: governo limitado pelo Direito, legalidade formal e governo do Direito, não de homens.

2010, p. 369). Afinal, a democracia não se limita ao “império da soberania popular, dependendo também da asseguaração dos direitos fundamentais e, dentre eles, os das minorias sem maior influência política” (MOTTA, 2009, p. 118). Conforme Mendonça (2011, p. 11), a democracia ainda expressa o governo da maioria, entretanto devem ser cumpridas algumas condições democráticas para se verificar a sua legitimidade, pois a dignidade humana de todos os indivíduos deve ser protegida, segundo critérios mínimos de igualdade, da vontade majoritária.

No mesmo sentido, entende Dworkin (2006, p. 131, tradução nossa), em uma concepção constitucional de democracia, que as “pessoas se autogovernam dentro de um empreendimento político coletivo”, porém uma decisão majoritária somente é democrática se certas condições<sup>19</sup> são observadas a fim de “proteger o status e os interesses de cada cidadão como um participante integral no empreendimento”. Desse modo:

[...] um Estado democrático somente encontra justificativa moral e política se garantir (e, para isso, conta-se com o Direito, vale dizer) *igual consideração e respeito* pelas pessoas que estão sob seu domínio. [...] a maioria não deve ser a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para se protegerem direitos individuais. O fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomariam, caso plenamente informados ou racionais, não é uma meta, nem uma definição de democracia. [...] a eventual adoção de procedimentos não majoritários não é, em si, uma causa de arrependimento moral: é possível que estes encontrem justificativa na proteção ou promoção da igualdade – o que, segundo essa visão, é a própria essência da democracia (STRECK; MOTTA, 2020, p. 6).

É essa noção que torna o regime democrático um “projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás” (BARROSO, 2020, p. 472). As minorias vencidas nos embates políticos não são abandonadas e deixadas “à própria sorte”, pelo contrário, “conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política” (BARROSO, 2020, p. 472).

Nessa senda, existe uma tensão<sup>20</sup>, desde o século XX, entre o ‘(neo)constitucionalismo’, o qual limita o poder através do Direito, especificamente dos

---

<sup>19</sup> Não é tarefa fácil estabelecer quais são as condições democráticas e nem em quais casos essas condições foram cumpridas ou descumpridas, porém, de qualquer sorte, “não é em si antidemocrático que desse controle fiquem encarregados os juízes e tribunais” (STRECK; MOTTA, 2020, p. 6).

<sup>20</sup> Em sentido contrário, Dworkin (1995, p. 2) entende que o conflito entre a democracia e os direitos fundamentais é apenas ilusório. Na verdade, há complementariedade nessa relação, pois “o governo deve ser exercido em harmonia” com a regra majoritária e a proteção dos direitos individuais” (MOTTA, 2014, p. 235).

direitos fundamentais, e a ‘democracia’, que expressa a soberania popular (BARROSO, 2015, p. 27-29). A ampliação da Constituição “provoca uma retração do papel da democracia, e vice-versa” (MELLO, 2004, p. 16).

Para Barroso (2015, p. 27-36), essa tensão é arbitrada por meio da instauração de tribunais constitucionais ou cortes supremas, que atuam como guardiões da integridade do arranjo institucional de um governo que respeite e harmonize a regra majoritária e os direitos fundamentais. Streck e Motta (2020, p. 3) reconhecem que, em democracias mais recentes, a aposta tem sido na criação de “cortes encarregadas da tarefa de vigilância constitucional do exercício do poder político”. À vista disso, o controle de constitucionalidade exercido por tribunais constitucionais garante que questões relevantes de moralidade política sejam apresentadas e discutidas como questões de princípio (MOTTA, 2014, p. 235-236).

Nessa perspectiva, Barroso (2015, p. 36) adere à tese de Dworkin acerca de o tribunal constitucional ser um fórum do princípio. Tendo em perspectiva a diferença entre os argumentos de política e os argumentos de princípio anteriormente feita, o fórum do princípio expressa a noção de que a corte deve decidir com base em princípios, não em política. Isto é, devem ser tomadas decisões sobre os direitos constitucionais dos indivíduos em vez de decisões sobre a mais adequada forma de promover o bem-estar geral da população, e “essas decisões de princípios necessitam ser elaboradas com a aplicação das teorias substantivas de representação retiradas do princípio de que governantes precisam tratar as pessoas com igualdade” (DWORKIN, 1985, p. 69, tradução nossa). Assim, alguns assuntos, nomeadamente aqueles que envolvem direitos fundamentais, devem ser tratados como “questões de princípios” morais ou políticos, ou seja, como “valores constitucionais”, “e não como uma questão de poder político, de vontade majoritária” (BARROSO, 2013, p. 887).

O Estado de Direito é fortalecido ao se adicionar um fórum independente do princípio, porque esse é o espaço em que a justiça é feita e em que acontece a confirmação de que a justiça é uma questão de direito individual, não apenas de bem público (DWORKIN, 1985, p. 32). Com isso, é possível abordar “questões da batalha política de poder” dentro do fórum do princípio, o que carrega a promessa de que os conflitos sociais se tornarão, no fim, questões de justiça (MOTTA, 2014, p. 236).

A ideia de um tribunal constitucional, atuante como fórum do princípio, arbitrar a tensão entre o ‘(neo)constitucionalismo’ e a ‘democracia’ corrobora para a sua criação e o seu fortalecimento. No Brasil, com a Constituição Federal de 1988,

prestigiando-se “a experiência centenária do Supremo Tribunal Federal” no que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade das leis, o constituinte atribuiu a competência de guarda precípua da Constituição ao STF, conforme o artigo 102, *caput* (BRASIL, 1988), conferindo ao Tribunal “a condição de Corte Constitucional do Brasil” (ROCHA, 1997, p. 186). Assim, o Supremo se tornou verdadeiramente intérprete da ordem constitucional (BARROSO, 2015, p. 29).

Entretanto, é importante pontuar que, para além do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, há o controle difuso. Nesse, é possível que, no curso de uma ação judicial, a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo seja arguida pelas partes, pelo Ministério Público ou reconhecida de ofício pelo juiz. Assim, na jurisdição brasileira, qualquer juiz de primeira instância pode afastar a aplicação de uma lei do caso concreto, se compreendê-la inconstitucional. Isso pode ser entendido no sentido de que toda jurisdição é uma jurisdição constitucional, visto que o controle difuso de constitucionalidade retira o monopólio desse controle do órgão de cúpula do Judiciário, qual seja, o STF no Brasil, facilitando o acesso à justiça e, por conseguinte, à jurisdição constitucional (STRECK, 2019, p. 155-157).

A importância do Judiciário restou evidente no período da instauração da nova ordem constitucional advinda da Constituição Cidadã, no qual, aliado ao fortalecimento do STF, ocorreu a ascensão institucional e política desse Poder como um todo. Essa ascensão aconteceu por diversas razões, a saber, (i) o reconhecimento da importância de esse ser um Poder independente e forte para a “preservação de instituições democráticas e dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2015, p. 27-29); (ii) o sentimento de desapontamento da população com os agentes e órgãos políticos majoritários, devido à crise de representatividade das classes políticas; e (iii) a escolha feita por agentes políticos em deixar que questões polêmicas sejam decididas pelo Poder Judiciário a fim de se pouparem de deliberar temas cujo cerne envolve desacordos morais razoáveis<sup>21</sup> (BARROSO, 2018a, p. 2177), de modo que a compreensão da população dos textos normativos ficou a cargo, em grande medida, dos juízes (TAVARES, 2012, p. 24). Sobre o último item, afirma Mendonça (2014,

---

<sup>21</sup> “Desacordos morais razoáveis são constituídos pela inexistência de consenso sobre tópicos polêmicos cujas soluções antagônicas são construídas como produtos de procedimento racional. Em outros termos, são posições diversas e constitucionalmente legítimas que coexistem no seio da sociedade. Questões como reprodução assistida e interrupção voluntária da gestação bem evidenciam esses desacordos, na medida em que há valores constitucionais igualmente relevantes em conflito, que legitimariam tanto as teses favoráveis a essas intervenções como as que visam a coibir essas práticas” (CARVALHO FILHO, 2015, online).



online) que os legisladores, quando se omitem ou utilizam conceitos vagos, transferem a responsabilidade de forma deliberada, ou resignada, aos juízes e tribunais.

Além disso, a Constituição de 1988, pela sua heterogeneidade de previsões e pelo número de legitimados para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103), propiciou o fenômeno da “judicialização da política e das relações sociais” (SARMENTO, 2009, p. 1-7). A judicialização se mostra como uma “questão social” independente da atividade jurisdicional; antes de tudo, decorre da elevada quantidade de direitos previstos e da “ineficiência do Estado em implementá-los” (TASSINARI, 2012, p. 22). De qualquer sorte, a judicialização potencializa um “deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”, acarretando a ascensão política e institucional do Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 1).

Nessa toada, o Judiciário é convocado a exercer, junto com os demais Poderes, o poder político (DONATO, 2006, p. 36), dividindo “espaço com o Legislativo e o Executivo”, o que levou a superação da sua atuação enquanto “um departamento técnico especializado” (BARROSO, 2005, p. 36) e culminou na sua compreensão como um agente propulsor de transformações sociais (DONATO, 2006, p. 36). Por conseguinte, tornou-se “menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito” (BARROSO, 2015, p. 31).

Essa viragem institucional, no contexto brasileiro, em que se tem um Estado Democrático de Direito, inaugura interessantes discussões sobre a atuação do STF, as quais serão exploradas ao longo deste trabalho. Apesar de o STF exercer competências ordinárias<sup>22</sup> e constitucionais, para esta pesquisa, importa salientar a jurisdição constitucional da Corte. A jurisdição constitucional não apenas coexiste com a política majoritária, mas a contrapõe e a complementa na medida em que é um “espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas” (BARROSO, 2013, p. 879).

Aliás, Barroso (2016, p. 541) entende que a jurisdição constitucional é deveras importante em “países de redemocratização recente ou de democratização tardia”, como o Brasil, porquanto nesses, devido a “distorções históricas na distribuição de poder e riqueza”, os Poderes eleitos, representantes da maioria, não conseguem cumprir as demandas sociais integralmente. Não há como afirmar que o Poder

---

<sup>22</sup> A jurisdição ordinária é prestada pelo STF quando “atua como qualquer outro órgão jurisdicional, aplicando o direito infraconstitucional a situações concretas” (BARROSO, 2015, p. 35).

Judiciário seja inatingível a tais distorções, contudo a forma “de investidura de seus membros”, as “suas garantias institucionais” e a relação estabelecida com a sociedade, desvinculada de voto e de “objetivos de curto prazo”, favorece a sua atuação genuinamente em favor da efetivação e da “proteção dos direitos fundamentais” através do “uso da razão” (BARROSO, 2016, p. 541-542).

Especialmente no exercício da jurisdição constitucional, o STF divide opiniões doutrinárias: de um lado, defende-se uma atuação ativista; de outro, uma atuação contida (MELLO, 2004, p. 22). O ativismo e a auto restrição judicial operam conforme os limites da legitimidade judicial, uma vez que, em alguns casos, modificar a lei é ilegal, e nenhum juiz tem o poder para assim decidir, bem como, em outros, é contrário ao direito preservar a lei existente (BARAK, 2006, p. 272). Neste embate, Barroso (2015, p. 35-36) coloca-se aliado àqueles que defendem o ativismo judicial<sup>23</sup> em certos casos, nos denominados casos difíceis, abordados anteriormente. Nesses, no exercício da jurisdição constitucional, o Supremo estaria legitimado a atuar exercendo três papéis: contramajoritário<sup>24</sup>, representativo e iluminista<sup>25</sup> - em algumas situações, o papel contramajoritário pode ser cumulado com o papel representativo ou com o papel iluminista (BARROSO, 2018b, p. 42). O exercício dessas atribuições se explica porque, em algumas circunstâncias, em razão da paralisação do processo político majoritário, é função da Suprema Corte, a qual não é capaz de se distanciar do “contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute” (BARROSO, 2013, p. 900), garantir “a igual dignidade de todos os cidadãos” e “o governo da maioria” (BARROSO, 2015, p. 25).

Com cautela, ressalta Barroso que (2015, p. 37), quando não for o caso de estarem envolvidos “direitos fundamentais e os pressupostos da democracia”, a Corte não deve ter uma atuação tão proativa, preservando a liberdade do legislador e a discricionariedade do administrador. Porém, indaga o Ministro: “até que ponto é possível afirmar, sem apegar-se a uma ficção ou a uma idealização desconectada dos

---

<sup>23</sup> Em sentido contrário, para Tassinari (2012, p. 93), “[...] o ativismo judicial aparece como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador. [...]”.

<sup>24</sup> O papel contramajoritário será abordado no capítulo 4.1 deste trabalho.

<sup>25</sup> Apesar de o papel iluminista não ser pertinente para esta monografia, imperioso anotar breve explicação. Segundo Barroso (2020, p. 479-480), em algumas situações, as supremas cortes desempenham um papel iluminista. “Trata-se de competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”. O termo ‘iluminista’ advém de uma “razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens”.

fatos, que os atos legislativos correspondem, efetivamente, à vontade majoritária?” (BARROSO, 2015, p. 38). Diante dessa indagação, no próximo tópico, abordar-se-á a crise de representatividade da classe política e o papel representativo exercido pelo STF, o qual está relacionado, em algum grau, com essa crise.

## 2.2 A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE DA CLASSE POLÍTICA E O PAPEL REPRESENTATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pitkin (1972, p. 38, tradução nossa) define a representação formal, exercida pela classe política, como aquela que “entrega e tem autoridade”. Essa representação pode ser caracterizada a partir de dois fatores: (i) autorização, isto é, para ser representante, a pessoa tem que ter sido autorizada, o que é efetivado nas democracias representativas, como o Brasil, através de eleições gerais e periódicas (VALE, 2015, p. 46); e (ii) responsabilidade (*accountability*), a qual expressa o dever do representante de prestar contas, já que terá de responder perante terceiros por seus atos (PITKIN, 1972, p. 55, tradução nossa).

Apesar de os políticos eleitos pelo povo<sup>26</sup>, que exercem a representação formal, ainda compõem o “fórum público por excelência” (MENDONÇA, 2011, p. 24), a sua atuação não é mais suficiente. Atualmente, é evidente a crise parlamentar e as dificuldades de representação política, fenômenos identificados como a “crise da democracia” (BARCELLOS, 2017, p. 259). Em um Estado Democrático, a política é extremamente importante para a manutenção do regime democrático. Contudo, o que se verifica é a “insuficiência da democracia representativa”, uma vez que a classe política se distanciou da sociedade civil, acarretando uma visão, por parte da população, de desprezo e indiferença à política (BARROSO, 2015, p. 38). Os representantes eleitos, ao invés de perquirirem os interesses dos seus eleitores, buscam as suas perpetuações nos cargos (KLARMAN, 1997, p. 502) e são alvos,

---

<sup>26</sup> Na teoria política, existe uma diferença conceitual entre os termos “povo” e “população”. Conforme Dallari (2011, p. 100), o termo população pode ser designado como o elemento pessoal necessário para a constituição e a existência do Estado. É para esse elemento pessoal que o Estado se forma. Porém, alguém compor a população de um Estado não revela o vínculo jurídico entre a pessoa e o Estado. O povo, por sua vez, é um elemento essencial do Estado, pois confere “condições ao Estado para formar e externar uma vontade” (DALLARI, 2011, p. 104). Mesmo depois da constituição do Estado, o povo continua a ser um componente ativo. O povo é o “conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano” (DALLARI, 2011, p. 104). Assim, o povo é “o conjunto dos cidadãos do Estado” (DALLARI, 2011, p. 104).

corriqueiramente, de escândalos de corrupção, os quais evidenciam a disfuncionalidade da representação política, visto que os interesses privados orientam a atuação dos parlamentares (BARROSO, 2015, p. 38). Essa corrupção nem sempre diz respeito ao desvio de valores monetários, mas também pode ser caracterizada pelos favores feitos entre políticos por benefícios eleitorais e em decorrência de relações de amizade (BARROSO, 2001, p. 46).

Dessa forma, a noção de democracia representativa, em que os políticos eleitos deveriam representar as demandas da população, “cai por terra” com as denúncias de práticas de corrupção (FADEL; CUNHA, 2015, p. 119). A consequência dessa conjuntura é, por óbvio, “a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população” (BARROSO, 2015, p. 38). Nesse sentido:

Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados (BARROSO, 2016, p. 527).

Os partidos políticos não mais se diferenciam pelas crenças ideológicas tradicionais ‘esquerda’ ou ‘direita’, mas somente se preocupam em vencer as eleições. O Congresso é alvo de uma “corrupção estrutural, em que o representado não se vê contemplado nas decisões e votações do seu representante porque vigoram as relações de favor, clientela e cooptação” (FADEL; CUNHA, 2015, p. 120). Aliada a essa corrupção, ocorreu o declínio na prestação de contas dos políticos, e os partidos com representação majoritária passaram a se ver mais como um exército presidencial do que como membros de um Poder independente do governo (MANN; ORNSTEIN, 2006, p. x-xi). Nessa perspectiva, os partidos passaram a exercer “funções paraestatais”, com a “instrumentalização da esfera pública com a finalidade de intervir no poder administrativo” (HABERMAS, 1997, p. 178).

Outrossim, o Legislativo, corriqueiramente, tenta se evadir de debates sobre temas sensíveis, emperrando o processo parlamentar. Isso gera uma desconfiança por parte da população sobre a lisura e a capacidade desse Poder de produzir resultados satisfatórios (MENDONÇA, 2014, online).

Decorrente dessa “crise de legitimidade”, de “representatividade” e de “funcionalidade dos parlamentares” (BARROSO, 2015, p. 38), o poder normativo foi

deslocado para outras instâncias como maneira de legitimação dessas (MENDONÇA, 2011, p. 17). Nesse sentido, surgiram formas diferentes de representação política que não são autorizadas, segundo impõe o requisito da ‘autorização’ elencado por Pitkin, uma vez que não se tornam representativas por meio de eleições, além de “que são carentes de novos enfoques sobre a *accountability* para além da relação estabelecida no mandato eleitoral” (VALE, 2015, p. 47).

De início, ocorreu o “fortalecimento do Poder Executivo”, o que, entretanto, paulatinamente foi substituído pela “expansão do Judiciário e, notadamente”, do STF (BARROSO, 2015, p. 38), como já explicitado. Conforme Pogrebinski (2012, p. 165-183), o crescimento institucional das cortes constitucionais pode funcionar como uma forma de propulsão da representação política, o que indica a necessidade de ressignificação da representação, de reconfiguração das instituições representativas e de fortalecimento da democracia. Não obstante o caráter não majoritário (não ocorrem eleições) e contramajoritário (proteção dos direitos fundamentais) das cortes supremas, na democracia contemporânea, o seu papel está atrelado, em grande parte, à convalidação e ao aperfeiçoamento das decisões do Legislativo, com o que é fortalecida a representação política (POGREBINSCHI, 2012, p. 166).

Para Lain (2012, p. 144, tradução livre), “as esferas supostamente democráticas são menos majoritárias do que comumente se imagina, e, de outro lado, os tribunais constitucionais são mais”. No Brasil, o mesmo é observado com o STF. O Supremo se tornou mais representativo da vontade da sociedade civil do que a própria classe política, não mais se justificando no neoconstitucionalismo o modelo de separação dos Poderes concebido tradicionalmente no século XX (BARROSO, 2015, p. 38-40). O exercício do papel representativo da soberania popular por cortes constitucionais é legitimado devido à “falibilidade dos sistemas eleitorais” e à “dificuldade dos mecanismos de votação em tornar democráticos os seus resultados e as decisões das instituições políticas majoritárias” (POGREBINSCHI, 2012, p. 179). Exemplificativamente, “quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF<sup>27</sup>, assistiu-se a um debate nacional” (BARROSO, 2015, p. 39). Assim, a jurisdição constitucional proporciona uma visibilidade especial de suas

---

<sup>27</sup> ADI nº 3510, Rel. Min. Ayres Britto.

deliberações, a qual ultrapassa, e muito, o debate parlamentar (MENDONÇA, 2014, online).

A ideia de Barroso (2005, p. 41) de que “cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado” expressa bem uma oposição. De um lado, os valores nos quais a lógica democrática se inspira, e, de outro, a aspiração de interesses privados pela classe política majoritária. Sob este ângulo, é dever do Judiciário e, especialmente do STF, sem desvirtuar a sua essência de efetivar os princípios constitucionais, “resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes” (BARROSO, 2005, p. 41). Ora, a redução da capacidade do Legislativo de dirigir a política da sociedade contemporânea gera a repartição “da sua competência normativa com outras instâncias” (MENDONÇA, 2011, p. 20).

Nessa linha de ideias, sobressai a importância do papel representativo do STF, posto que o Poder Judiciário, algumas vezes, é o “melhor intérprete do sentimento majoritário”, e a “legitimidade democrática” deste Poder corresponde, justamente, à sua capacidade de atender ao “sentimento social” (BARROSO, 2013, p. 909), encerrando-se, dessa forma, a dificuldade contramajoritária<sup>28</sup> (ARGUELHES, 2017, p. 82). Nessa perspectiva:

Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é contralegislativa, ou contracongressual ou contraparlamentar (BARROSO, 2020, p. 476).

Para Mendonça (2014, online), é na hipótese de utilização de conceitos vagos pelo Legislativo ou de omissões congressuais que está, “verdadeiramente, o tema da interação entre decisão judicial e opinião pública”. Não é obrigatória a concordância do Judiciário com o sentimento da comunidade política dominante, já que isso levaria à inutilidade da jurisdição. Entretanto, ele “deve ser sensível à opinião pública, prestigiá-la na medida do possível e fundamentar respeitosamente os desencontros necessários” (MENDONÇA, 2014, online).

A possibilidade de o Judiciário, em certas situações, interpretar melhor a vontade da maioria do que os órgãos legitimamente eleitos se dá por diversas razões, nomeadamente: (i) o recrutamento de juízes, na primeira instância, mediante a

---

<sup>28</sup> A dificuldade contramajoritária será abordada no capítulo 4.1 deste trabalho.

realização de concurso público, a produzir a democratização do Judiciário, diante da possibilidade de ingresso na magistratura de pessoas de diversas classes e origens sociais, e esse argumento é extensivo ao STF<sup>29</sup>, já que quase todos os ministros são “egressos de carreiras jurídicas cujo ingresso se faz por disputados concursos públicos” (BARROSO, 2015, p. 40). Ao contrário, para ingressar no Congresso, exige-se recursos financeiros, às vezes elevados, fazendo com que o candidato recorra a agentes econômicos e empresariais e, por conseguinte, crie “aliança com alguns interesses particulares”; (ii) “juízes possuem a garantia da vitaliciedade”, de modo que não se sujeitam, de regra, ao contexto eleitoral efêmero ou a “tentativas populistas”, ressalvados casos pontuais em que, movidos por um “impulso de agradar a plateia”, em “uma época de julgamentos televisionados”, essas disfunções ocorram; (iii) o Judiciário apenas pode atuar por provocação, não de ofício; (iv) é defeso aos órgãos judiciais julgar *extra*<sup>30</sup>, *citra*<sup>31</sup> ou *ultra petita*<sup>32</sup>, devendo se ater aos pedidos das partes, além de que tem o dever de ouvir os interessados e se deixar influenciar pelos

<sup>29</sup> Conforme Barroso (2015, p. 40): “Na composição de julho de 2014: Celso de Mello era integrante do Ministério Público de São Paulo. Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa vieram do Ministério Público Federal. Carmen Lúcia e Luís Roberto Barroso eram procuradores do Estado. Luiz Fux e Teori Zavascki provém, respectivamente, da magistratura estadual e federal. Rosa Weber, da magistratura do trabalho. Os outros três Ministros, embora não concursados para ingresso nas instituições que integravam, vieram de carreiras vitoriosas: Marco Aurélio Mello (Procuradoria do Trabalho e, depois, Ministro do TST), Ricardo Lewandowski (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo ingressado na magistratura pelo quinto constitucional) e Dias Toffoli (Advogado-Geral da União)”. Na composição atual (novembro de 2021), o que modificou foi a aposentadoria dos Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, o falecimento do Ministro Teori Zavascki e o ingresso dos Ministros Edson Fachin, advindo da Procuradoria do Estado do Paraná, Alexandre de Moraes, que foi advogado, Secretário de Estado e Ministro da Justiça e Segurança Pública, e Nunes Marques, que foi Juiz Titular da Categoria Jurista do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí. Portanto, na composição atual, dos 11 Ministros, 5 não provieram de carreiras cujo ingresso se dá mediante concurso público.

<sup>30</sup> Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 372), “diz-se *extra petita* a decisão que (i) tem natureza diversa ou concede à parte coisa distinta da que foi pedida, (ii) leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados, ou (iii) atinge sujeito que não faz parte do processo”. Nessa decisão, “o juiz não analisa o pedido ou o fundamento invocado pela parte: analisa-se outro pedido ou outro fundamento, ambos não invocados”.

<sup>31</sup> Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 375-376), “*citra petita* (ou *infra petita*) é a decisão que deixa de analisar (i) pedido formulado, (ii) fundamento de fato ou de direito trazidos pela parte ou (iii) pedido formulado por ou em face de um determinado sujeito do processo. [...] o magistrado se esquece de analisar algo que tenha sido pedido pela parte ou que tenha sido trazido como fundamento do seu pedido ou da sua defesa”.

<sup>32</sup> Conforme Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 368-369), “diz-se *ultra petita* a decisão que (i) concede à parte mais do que ela pediu, (ii) analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais ou (iii) resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não-participantes. [...] Na decisão *ultra petita*, há uma parte que guarda congruência com o pedido ou com os fundamentos de fato e outra que os excede. Por isso se diz que, nesses casos, o juiz exagera na solução apresentada ou nos fundamentos invocados em suas razões de decidir”.

argumentos trazidos aos autos dos processos; e (v) existe o dever de motivação das decisões judiciais, a frear a atuação discricionária (BARROSO, 2015, p. 40-41).

Ademais, “as supremas cortes têm, pelo menos, três razões para decidir conforme a opinião pública” (LAIN, 2012, p. 160, tradução nossa). A primeira é o intuito de “assegurar que as suas decisões sejam cumpridas”, visto que, muitas vezes, “os tribunais precisam do suporte do Executivo e do Legislativo para efetivar os seus julgados”, então os “juízes agem estrategicamente antecipando possíveis reações dos demais Poderes e, a partir disso, ajustam as suas decisões. Apesar de os entendimentos judiciais que acatem a vontade da maioria não garantirem que as outras esferas de poder darão apoio”, é inegável que, “quanto mais popular o julgamento, menor o risco de oposição de agentes públicos” (LAIN, 2012, p. 160-161, tradução nossa). A segunda razão é a “proteção de retaliações”<sup>33</sup>, pois decisões impopulares aumentam as chances de os “ramos políticos encontrarem um motivo comum para serem opositores dos tribunais” (LAIN, 2012, p. 162, tradução nossa). Ora, “a melhor defesa da corte contra os representantes das pessoas é o próprio povo” (LAIN, 2012, p. 162, tradução nossa). Por fim, a terceira razão é a “preservação da sua legitimidade institucional” (LAIN, 2012, p. 160, tradução nossa). Nesse sentido:

Quando as decisões da suprema corte não são reforçadas ou quando a própria corte é atacada, os magistrados perdem um pouco do poder político que, ao longo do tempo, pode tornar o tribunal vulnerável a mais desrespeito e ataques dos ramos democráticos (LAIN, 2012, p. 162, tradução nossa).

Os magistrados “devem satisfação aos destinatários de suas decisões” (MENDONÇA, 2014, online). Para isso, precisam demonstrar que as suas decisões advêm de uma leitura do sistema jurídico coerente e consistente. “A autoridade da jurisdição depende do sucesso desse diálogo, para que a sociedade mantenha a confiança de que os tribunais exercem um papel valioso e digno de ser preservado” (MENDONÇA, 2014, online).

No âmbito da interação entre a opinião pública e as decisões judiciais dos tribunais supremos, em um viés de democracia deliberativa sustentada previamente, Barroso (2015, p. 41) considera pertinente a ideia de Robert Alexy de que a corte

---

<sup>33</sup> Em sentido contrário, para McCloskey (2010, p. 260, tradução nossa), pode-se chegar mais perto da verdade do que acontece nos tribunais quando se assume que os juízes, muitas vezes, concordam com a principal corrente do sentimento público em decorrência de eles mesmos serem parte dessa corrente, e não porque temiam discordar dela.



constitucional é um “representante argumentativo da sociedade”. Isto é, um tribunal que não recebe votos populares é compreendido como instituição capaz de representar o povo por meio de uma representação não baseada em eleições, mas sim “na razão e na força dos argumentos mobilizados” (MIGUEL; BOGÉA, 2020, p. 5).

Para o jusfilósofo alemão (ALEXY, 1999, p. 66), a representação argumentativa exercida pela suprema corte justifica o poder judicial de invalidar atos do parlamento, reconciliando os direitos fundamentais (neoconstitucionalismo) e a democracia (soberania popular), que deixam de estar em contradição (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 370). Duas condições essenciais devem ser cumpridas, cumulativamente, para que ocorra uma verdadeira representação argumentativa, a saber, a existência (i) “de argumentos sólidos ou corretos” e (ii) “de pessoas racionais” capazes de aceitar esses argumentos (ALEXY, 2005, p. 580, tradução nossa). Portanto, Alexy (2005, p. 578-580, tradução nossa) entende que a jurisdição constitucional somente se justifica se “os argumentos apresentados pela corte forem sólidos e um número suficiente de membros da comunidade for capaz e disposto de exercitar a sua capacidade de racionalidade”. Assim, o neoconstitucionalismo “possui legitimação discursiva” (BARROSO, 2015, p. 41), institucionalizando a “razão e a correção” (ALEXY, 2005, p. 581, tradução nossa).

Tendo em vista a representação argumentativa sustentada por Alexy e o disposto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) – “todo o poder emana do povo” –, é importante ressaltar que o papel representativo das cortes constitucionais, ao contrário do que acontece na representação política, não tem por base a autorização ou a delegação de poderes através de eleições. A sua autorização advém da Constituição, então, “apenas indiretamente do voto popular<sup>34</sup>” (VALE, 2015, p. 55).

Além da diferença na origem da autorização para ser representante do povo, os juízes teriam a atribuição de representar o cidadão argumentativamente e os parlamentares se deteriam à representação política da população. Isso porque “o exercício do poder não se encerra com o processo legislativo, pois, depois dele, tem continuação e, quem sabe, encontra seu real início na jurisdição e na administração” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 368). A representação do povo pelo parlamento é

---

<sup>34</sup> Conforme Rawls (2000, p. 288), “A Constituição não é o que o Tribunal Supremo diz que é, mas o que o povo, atuando constitucionalmente através dos demais poderes, permite à Corte Suprema dizer que é”.

decisionista e argumentativa, ao passo que pela jurisdição constitucional é puramente argumentativa (ALEXY, 2005, p. 579). Assim, “a argumentação, isto é, a produção discursiva de razões, aparece como o elemento diferenciado que a um só tempo confere maior legitimação ao tribunal e estabelece um critério de *accountability*” (MIGUEL; BOGÉA, 2020, p. 5). Nesse viés, a decisão jurisdicional que reconhece a invalidade de ato normativo ou de dispositivo legal é tomada “em nome do povo, contra os erros de cálculos dos representantes políticos do povo” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 369).

Inobstante, salienta-se que a representação argumentativa apenas tem êxito quando a corte constitucional é vista e aceita como “instância de reflexão do processo político” (ALEXY, 1999, p. 66). Isso acontece no momento em que “os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados” (ALEXY, 1999, p. 66).

Assim, segundo ensina Vale (2015, p. 56), as cortes constitucionais representam mais os discursos produzidos nas sociedades do que exatamente as pessoas. É precisamente isso que torna a representação sustentada por Alexy (1999) ‘argumentativa’. Para a efetivação dessa representação, é imprescindível que os cidadãos se identifiquem com os argumentos da corte, “reconhecendo-os como seus próprios discursos, representativos de seus anseios e de suas reivindicações pela efetivação de seus direitos” (VALE, 2015, p. 56). Com isso, a representação dos tribunais é *a posteriori*, uma vez que depende do reconhecimento e da aceitação positivas das decisões judiciais por parte da comunidade.

Destarte, a representação discursiva dos tribunais constitucionais depende (1) da aceitação das decisões por parte (2) de audiências ou auditórios (VALE, 2015, p. 57). Para definir esses elementos, socorrer-se-á, brevemente, da teoria da argumentação jurídica.

Quanto ao conceito da aceitabilidade racional das decisões (1), Aarnio (2016, p. 284) explica que se trata de “uma propriedade do resultado final de um procedimento de justificação jurídica”, que está cultural e historicamente situado e deve corresponder ao sistema de valores da comunidade jurídica (VALE, 2015, p. 57). “A racionalidade comunicativa é a base da compreensão humana e, ademais, da aceitabilidade” (AARNIO, 2016, p. 284).

Com relação ao auditório (2), Barroso (2015, p. 32) defende que a legitimidade das decisões das cortes constitucionais depende “da capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa”. Nesse sentido, Perelman (1996, p. 22-27) conceitua o auditório como o conjunto de indivíduos que o orador intenta influenciar com a sua argumentação. A importância do auditório é tamanha que é a ele atribuída a tarefa de definir a qualidade da argumentação. E, para poder determinar o auditório a que se dirige um orador, é necessário conhecer as intenções dos integrantes do auditório, visto que “a finalidade de toda argumentação é conseguir ou fortalecer a adesão do auditório e, para isso ser alcançado, o discurso deve ser adaptado conforme o auditório para o qual é dirigido” (ALEXY, 2007, p. 230, tradução nossa). Portanto, a partir de argumentos racionais produzidos de acordo com os valores da comunidade jurídica brasileira, o STF, no exercício do papel representativo da soberania popular, deve buscar a aceitabilidade racional das suas decisões por parte dos cidadãos do Brasil (auditório para o qual se destina).

Mister recordar que o Ministro Gilmar Mendes incorporou a noção de Alexy sobre a representação argumentativa da corte no seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, já citada anteriormente. Nesse caso, o Ministro referiu que a legitimidade democrática do STF é evidente, visto que o Tribunal pode ser “uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas” (BRASIL, 2008, p. 465).

A objeção à representação argumentativa de que, com esse papel, poderia a corte constitucional justificar todas as suas decisões, discricionariamente, pelo exercício da representação do povo (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 370), sem controle ou limites, “pode ser rejeitada demonstrando que a jurisdição constitucional argumentativa não admite tudo e que a representação argumentativa do tribunal superior pode ser conectada com o que o povo realmente pensa” (ALEXY, 2005, p. 580, tradução nossa). Desta feita, o STF é capaz de exercer o papel representativo para o atendimento de demandas sociais “que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário” (BARROSO, 2015, p. 46). Como limite à interpretação do sentimento da vontade da maioria, o juiz constitucional não pode julgar com

fundamento nas suas convicções pessoais, mas em regras, princípios, valores civilizatórios e precedentes<sup>35</sup> (BARROSO, 2015, p. 46-47).

Encerrada a explicação da representação argumentativa a partir da teoria da argumentação jurídica, cabível também referir a perspectiva de Mello (2004, p. 188), que, apesar de não aderir à tese de Alexy, considera a representação do cidadão “bipolar”, pois:

[...] é compartilhada pela democracia deliberativa e pela jurisdição constitucional: a primeira concretiza na vida política da comunidade o programa constitucional; a segunda controla o respeito à constituição, onde residem as normas fundamentais da comunidade política eleitas pelo soberano. Logo, os juízes, quando exercem a jurisdição constitucional, são também legítimos representantes da soberania popular, e esta representação se materializa justamente na função de guarda dos princípios e direitos fundamentais expressos na constituição. Como se trata de uma representação direta da soberania popular, veiculada no estágio constituinte, a jurisdição constitucional não está subordinada às decisões dos órgãos legislativos senão na medida estrita em que as leis criadas pelos parlamentos estejam em conformidade com a constituição (MELLO, 2004, p. 188).

Com efeito, independentemente de o ponto de observação ser a teoria da argumentação ou não, esclarece-se que, mesmo que as razões enunciadas para crer que o Poder Judiciário, muitas vezes, expresse melhor a vontade da maioria não garantem que “as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade”, é precisamente isso o que acontece comumente ao se observar a realidade (BARROSO, 2015, p. 41). Quando há uma divergência entre a opinião pública e o Judiciário, “a tendência é o Judiciário se alinhar ao sentimento social” (BARROSO, 2013, p. 909). A título exemplificativo, veja-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12<sup>36</sup> e a Súmula Vinculante nº 13<sup>37</sup>, que fixaram a tese de

<sup>35</sup> “Em sentido *lato*, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. O precedente é composto pelas a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. Na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 455).

<sup>36</sup> ADC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

<sup>37</sup> Súmula Vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008).

proibição do nepotismo nos três Poderes, representando “um claro alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa” (BARROSO, 2015, p. 41). Igualmente, verifica-se o exercício do poder representativo do STF no julgamento da “legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão de controle do Judiciário e ao afirmar a competência concorrente do Conselho para instaurar processos disciplinares contra magistrados”<sup>38</sup> (BARROSO, 2015, p. 41).

Em consonância com o entendimento de que, empiricamente, verifica-se o exercício do papel representativo pelas cortes constitucionais, para Rosen (2006, p. xii e 199-200, tradução nossa), a relevância desse papel é tanta que ele defende que os tribunais, no passado, mantiveram a sua legitimidade, tanto no sentido político como no sentido de princípios, evitando o unilateralismo judicial. Em outras palavras, acatando a visão constitucional majoritária. Inclusive, o autor sustenta que a função judicial é mais bem desempenhada quando os juízes preservam “uma visão consensual de algum dispositivo constitucional, que, apesar de contestada judicialmente, ainda não foi repudiada pela maioria da população” (ROSEN, 2006, p. 200, tradução nossa).

Em uma postura mais radical, Graber (2008, p. 364) destaca que “o poder do Judiciário de declarar leis inconstitucionais normalmente privilegia alguns membros da presente maioria legislativa em detrimento de outros”, e, raramente, “protege minorias impotentes que não têm líderes entre a maioria poderosa”. Para o autor (GRABER, 2008, p. 380), a dificuldade contramajoritária, denunciada por Bickel, “sofre de uma miopia normativa e institucional”. De qualquer sorte, não obstante essa visão extremista, o fato é que, mesmo que o controle de constitucionalidade seja menos contramajoritário do que teoricamente se propõe, é inegável que, pelo menos em alguns casos, as cortes constitucionais são um tanto contramajoritárias em suas decisões (KLARMAN, 1997, p. 493, tradução nossa).

Com essa tese tão provocativa e ambiciosa de que o STF exerceria o papel representativo da sociedade, Barroso (2015, p. 44-45) adianta que as críticas empregadas ao STF “provêm de atores insatisfeitos com alguns resultados e de um nicho acadêmico minoritário”, em uma tentativa de se munir de opiniões contrárias. Essa questão torna-se pertinente à pergunta formulada por Eduardo Mendonça (2014

---

<sup>38</sup> ADI nº 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, e ADI nº 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio.

*apud* BARROSO, 2015, p. 44): “o argumento de que a jurisdição constitucional tem atuado em padrões antidemocráticos não deveria vir acompanhado de uma insatisfação popular com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal?”. Ou seja, as críticas à atuação da Corte somente seriam pertinentes se viessem do povo, visto que insuficientes quando formuladas “com base em uma visão formal de democracia” (BARROSO, 2015, p. 44). O que se verifica na realidade, entretanto, é que os níveis de aprovação da corte constitucional no contexto mundial e nacional são maiores do que os níveis de aprovação do Legislativo<sup>39</sup> (POPULAÇÃO, 2012).

---

<sup>39</sup> Conforme pesquisa feita em 2012 pelo IBOPE, o índice de confiança por parte da população no STF é de 54 em uma escala de 0 a 100, enquanto o índice de confiança no Congresso é de 35. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>. Acesso em: 24 nov. 2021.

### 3 UMA RECONSTRUÇÃO CRÍTICA DO PAPEL REPRESENTATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A proposta provocativa e ambiciosa de Luís Roberto Barroso de atribuir um papel representativo ao Supremo Tribunal Federal inaugurou um instigante debate entre juristas. Os argumentos contrários aos do Ministro foram reunidos na obra *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Nesse capítulo, entendida a tese de Barroso, explorar-se-á as críticas à sua ideia, que serão analisadas a partir de dois vieses. No primeiro subcapítulo, abordar-se-á um argumento de viés teórico, relacionado à separação dos Poderes. Nesse sentido, pretende-se demonstrar que a atribuição de um papel representativo ao Supremo, nos termos propostos por Barroso, fere a separação das funções estatais, pois, dessa forma, concentra-se demasiado poder no STF. Essa concentração é chamada de supremocracia por alguns autores, visto que assim acontece a expansão das funções do Tribunal em detrimento dos outros Poderes. Em seguida, será explorado o diálogo constitucional (supostamente) existente entre os Poderes, utilizado por Barroso como um argumento de mitigação da concentração de poderes no Supremo, com o fim de demonstrar que, na realidade, não acontece um efetivo diálogo, já que a última palavra sobre a Constituição é, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, do STF. Posteriormente, elucidar-se-á os riscos democráticos advindos da proposta de Barroso, considerando-se a separação dos Poderes e a inefetividade da tese do diálogo, de modo a demonstrar que a representatividade do Tribunal é abusiva e usada de forma irrefletida para afirmar a sua autolegitimação na ordem constitucional. No segundo subcapítulo, apresentar-se-á um argumento de viés prático, relacionado à ausência de qualidade das decisões do Supremo. Para desenvolvê-lo, inicialmente, será abordada a demanda excessiva do STF. Depois, explorar-se-á o fenômeno da ministocracia, expressado pela tendência do Supremo de emitir decisões de forma monocrática. Então, analisar-se-á o *timing* da Corte para decidir e a construção discricionária da pauta de julgamento. Todos esses elementos prejudicam a emissão de decisões de qualidade, porém, boas decisões são um elemento essencial para que o STF seja um representante da sociedade. Em arremate, ao final, demonstrar-se-á que a proposta de Barroso sobre a representatividade do STF não se coaduna com a prática do Tribunal nos dias atuais.

### 3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS RISCOS DEMOCRÁTICOS DA REPRESENTATIVIDADE ABUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A teoria clássica da separação dos Poderes é de Montesquieu (2008)<sup>40</sup> e foi pensada no século XVIII a partir da experiência histórica inglesa, tendo inspiração filosófico-política liberal<sup>41</sup>, uma vez que o seu objetivo era delinear a organização política de forma a garantir a liberdade do indivíduo (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 64). A interferência estatal na vida social era vista, de um modo geral, de forma negativa, de maneira que se pretendia o enfraquecimento do Estado (DALLARI, 2011, p. 214). Depois de analisar os governos democrático<sup>42</sup>, monárquico<sup>43</sup> e aristocrático<sup>44</sup>, Montesquieu concluiu que só governos moderados poderiam ser estáveis, sendo imperativo encontrar mecanismos institucionais para garantir essa estabilidade (RANIERI, 2013, p. 267).

O modelo proposto por Montesquieu pode ser resumido em três pontos: (i) divisão do poder estatal nos três órgãos existentes (à época Rei, Parlamentos e Juízes); (ii) atribuição de uma das funções (executiva, legislativa e judicial) a cada órgão; e (iii) posicionar os três órgãos de modo a garantir a independência e a harmonia de cada qual. Assim, deveria haver uma separação funcional e orgânica entre os Poderes, inexistindo uma hierarquização (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 64-67).

Segundo Montesquieu (2008, p. 170), não há liberdade se o Legislativo e o Executivo não estiverem separados do Poder de Julgar. Caso estivesse junto com o Legislativo, o Juiz seria o Legislador, logo a decisão sobre a vida do cidadão seria arbitrária. “Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, 2008, p. 170). Se um homem ou um corpo de homens exercesse os três Poderes, estaria tudo perdido (MONTESQUIEU, 2008, p. 170).

---

<sup>40</sup> É sabido que, além de Montesquieu e antes de sua obra intitulada “O Espírito das Leis”, outros autores como Aristóteles, Marsílio de Pádua, Maquiavel e Locke influenciaram na teoria da separação dos Poderes (DALLARI, 2011, p. 215-216). Contudo, o presente trabalho não tem como objetivo fazer uma revisão histórica sobre o tema.

<sup>41</sup> “Todo o prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas” (BONAVIDES, 2011, p. 152).

<sup>42</sup> A democracia é o governo de muitos (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 65).

<sup>43</sup> A monarquia é o governo de um (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 65).

<sup>44</sup> A aristocracia é o governo de alguns (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 65).



Ao Poder Legislativo, de acordo com a teoria de Montesquieu, cabe a função de editar as leis. Por sua vez, com o Poder Executivo, “ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões” (BONAVIDES, 2011, p. 149). Ainda de acordo com o autor, o Judiciário “dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil” (BOAVIDES, 2011, p. 149).

Apesar da divisão das funções pensada à época, os Poderes estão em constante movimento, de modo que Montesquieu também teorizou sobre o seu equilíbrio (BONAVIDES, 2011, p. 150). A “sua tese é a de que só o poder contém o poder” (RANIERI, 2013, p. 267). Nesse sentido, o pensador (MONTESQUIEU, 2008, p. 176) distinguiu a faculdade de estatuir da faculdade de impedir. A faculdade de estatuir é o direito de ordenar por si ou de corrigir aquilo ordenado por outrem. Já a faculdade de impedir é o direito de anular uma resolução tomada por outrem. Assim, a limitação dos Poderes se dá devido à combinação, em cada Poder, de competências originárias de decisão com a possibilidade de vetar a atuação dos demais, portanto nenhum detém poder absoluto ou superior (RANIERI, 2013, p. 267).

A distinção entre as faculdades de estatuir e de impedir, para Bonavides (2011, p. 149), antecipou o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), visto que demonstra a interdependência e complementariedade existente entre os Poderes (RANIERI, 2013, p. 267). Contudo, conforme Mendes (2008, p. 175), o mecanismo de freios e contrapesos, compreendido como divisão funcional de poderes, ainda não estava muito claro com Montesquieu, sendo o seu marco a fundação da Constituição americana.

A Constituição americana, promulgada em 1788, trazia a ideia de uma república (ainda não havia consenso por parte da elite dirigente norte-americana para designar como democracia o que estavam fazendo), associada à noção de governo representativo eleito pela maioria dos cidadãos. A partir disso, questionava-se como evitar a opressão das minorias com essa forma de legitimação do poder. Para solucionar essa questão, os arquitetos da Constituição de 1788 ofereciam três remédios: a constituição, o poder federativo e os mecanismos de freios e contrapesos (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 145-153).

Na visão norte-americana, os mecanismos de freios e contrapesos eram um subproduto da separação dos Poderes em departamentos de governo. A fim de que,

em uma república, “decisões temperadas” fossem tomadas, imaginou-se unir às eleições periódicas “estímulos para fazer os poderes constitucionais se atritarem uns com os outros, deixando, até certo ponto, que um poder se imiscuísse nas funções em princípio especializada dos demais, para que funcionassem como freios e contrapesos” (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 152).

Independente da sua origem, o *checks and balances* preceitua que a interdependência entre os Poderes autoriza um a exercer atribuições do outro sem ferir a ordem constitucional (ACQUAVIVA, 2010, p. 46). Veja-se, por exemplo, que os atos estatais gerais, consistentes na previsão de regras gerais e abstratas, somente podem ser praticados pelo Legislativo, e os atos especiais são praticados pelo Poder Executivo após a emissão de uma regra geral. Apesar de o Executivo conseguir atuar concretamente, os seus atos são limitados pelos atos gerais emitidos pelo Legislativo, logo não atua discricionariamente. Se algum dos Poderes exorbitar a sua competência, o Judiciário passa a fiscalizá-lo, estabelecendo limites (DALLARI, 2011, p. 218).

Em que pese as críticas empregadas à separação dos Poderes<sup>45</sup> e ao sistema de freios e contrapesos<sup>46</sup>, de qualquer sorte, esses dogmas são relacionados à ideia de democracia e merecem ser abordados. Todavia, é preciso reconhecer que o modelo rígido de tripartição está superado (DALLARI, 2011, p. 220):

Desde porém que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contrasensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão

---

<sup>45</sup> A separação dos Poderes surgiu em uma conjuntura em que se pretendia limitar o poder estatal e reduzir a sua atuação. Entretanto, a evolução social exigiu que o Estado agisse cada vez mais. Isso levou a uma legislação mais técnica e numerosa, além de que o Legislativo “não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar” (DALLARI, 2011, p. 219). Por outro lado, o Executivo não pode depender do lento processo legislativo, que nem sempre é adequado, para responder às demandas sociais.

<sup>46</sup> Entende-se que o sistema de freios e contrapesos é meramente formalista, pois, a partir da análise da atuação dos órgãos estatais, denota-se que existe uma interpenetração muito grande, mesmo em matérias que a Carta Magna prevê a separação dos Poderes expressamente. Em outras palavras, “ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação” (DALLARI, 2011, p. 218). Outrossim, o sistema de freios e contrapesos nunca assegurou a liberdade dos cidadãos ou o caráter democrático do Estado. Em diversos casos, o Executivo é antidemocrático e transaciona de fato com o Legislativo. Não raro, também, o Legislativo não é democrático, porquanto não detém representatividade e apenas emite atos gerais de acordo com os interesses do Executivo (DALLARI, 2011, p. 219).

contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada (BONAVIDES, 2011, p. 157).

Assim, a separação dos Poderes é um princípio apenas válido para a distribuição das funções entre os Poderes relativamente separados. Jamais se poderá compreender esse princípio em termos de incomunicabilidade, haja vista ser necessário que a tripartição seja cooperativa, harmônica e equilibrada, sem uma separação absoluta ou intransponível (BONAVIDES, 2011, p. 158). O poder estatal é uno e indivisível, de modo que é inconcebível a ideia de três Poderes completamente separados (DALLARI, 2011, p. 214).

Nos Estados modernos, existe o equilíbrio e a interferência entre os Poderes, que resulta da teoria dos freios e contrapesos. Exemplificativamente, o controle recíproco dos Poderes pode ser visto quando o Executivo veta uma medida legislativa e nomeia membros para o Judiciário. Da mesma forma, há laços entre o Legislativo e o Executivo quando aquele rejeita o veto ou instaura um processo de *impeachment*<sup>47</sup> contra a autoridade executiva. Por sua vez, o Judiciário exerce a sua faculdade de impedir ao declarar a inconstitucionalidade de algum ato do Legislativo ou reconhecer a ilegalidade de um ato administrativo (BONAVIDES, 2011, p. 150-152).

Nessa toada, nos dias atuais, a separação dos Poderes continua sendo importante, mesmo que não interpretada de forma rígida, diante do poder absoluto para o qual se está caminhando: “a onipotência sem freio das multidões políticas” (BONAVIDES, 2011, p. 159). Assim, ainda hoje compete ao princípio da tripartição exercer a missão moderadora contra eventuais excessos cometidos por Poderes usurpadores. Afinal, a acumulação de todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário) em uma só instituição, seja através da hereditariedade, da indicação ou da eleição, configura a definição de tirania (MADISON, 2008, p. 239, tradução nossa).

Sobre o Poder Judiciário em específico, foi com a Constituição americana de 1788 que ele se alçou como independente e no mesmo patamar dos demais (FERREIRA, 2014, p. 54). A base teórica disso foi bastante associada à obra “O Federalista”, que reúne textos publicados em Nova York em 1788 que tinham como objetivo incentivar a ratificação da Constituição pelos Estados. Nesse sentido,

---

<sup>47</sup> Impeachment significa impedimento. É um processo para julgar autoridades por crimes de responsabilidade e tem como objetivo proteger as instituições estatais (MENDES, 2018, p. 499). “Em regimes presidencialistas, o chefe de governo e de Estado, reunidos em um só mandatário, pode sofrer assim, o impedimento de seu mandato pelo Legislativo” (SERRANO, 2017, online).

Hamilton (2008, p. 111, tradução nossa) defende que as leis são letras mortas sem cortes para interpretar e definir o seu verdadeiro sentido. Caso existisse um tribunal por Estado com jurisdição de última instância, poderia haver diversas sentenças definitivas sobre o mesmo ponto com entendimentos contrários. Dessa forma, em uma Constituição limitada, entendida como aquela que contém proibições expressas à autoridade legislativa, a independência do Judiciário é muito importante, visto que essas limitações ao Legislativo só podem ser preservadas na prática através da mediação dos tribunais, que tem o dever de declarar nulos todos os atos contrários à Constituição (HAMILTON, 2008, p. 381, tradução nossa).

Tendo em perspectiva a influência da Constituição americana ao papel do Judiciário na teoria da separação dos Poderes, passa-se à análise da situação do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, a constitucionalização do direito, originada da regulamentação das relações sociais de maneira pormenorizada e obsessiva pela Constituição Federal de 1988, levou à possibilidade de o STF fiscalizar variadas matérias. Outrossim, a Constituição Cidadã estipulou a acumulação de funções no Supremo, que é o tribunal constitucional brasileiro, de modo que julga a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, um foro especializado, visto que, a título ilustrativo, julga criminalmente determinadas autoridades, e o tribunal recursal de última instância (VIEIRA, 2008, p. 446-448).

A ambição do texto constitucional e a concentração de poderes do Supremo – muito vinculada à falta de credibilidade do povo ao sistema representativo tradicional brasileiro – modificou o equilíbrio do sistema de separação dos Poderes no âmbito nacional. Para Hamilton, Madison e Jay (2008, p. 239, tradução nossa), quando a Constituição Federal prevê a acumulação de poder ou tender para essa acumulação, o sistema é reprovável.

O arranjo institucional brasileiro *sui generis* foi chamado de ‘supremocracia’ por Vieira (2008, p. 444). ‘Supremocracia’ é o poder nunca antes visto que foi conferido ao STF para ser o intérprete final da Constituição, dando a última palavra sobre as decisões tomadas pelos Poderes eleitos (VIEIRA, 2018, p. 141). O termo tem duplo sentido: refere-se à autoridade do Supremo, adquirida recentemente, em relação às demais instâncias do Judiciário, e à expansão da autoridade do STF em detrimento dos demais Poderes (VIEIRA, 2008, p. 445). Destaca-se, neste momento, o segundo sentido:

[...] Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. [...] (VIEIRA, 2008, p. 445).

A ‘supremocracia’, dessa forma, advém da desconfiança da população em relação aos governantes eleitos e à hiper constitucionalização das relações sociais. Nesse contexto, parece que, no Brasil, tudo exige a última palavra do STF. Tendo isso em vista, e considerando que é um fenômeno de concentração de poderes no Supremo em detrimento dos representantes eleitos, a ‘supremocracia’ “cria enormes dificuldades de justificação em face do conceito de democracia” (VIEIRA, 2018, p. 141-142).

Nada obstante, deve restar claro que a ‘supremocracia’ não se confunde com a usurpação de poderes, visto que decorre da vontade constitucional. Porém, essa diferenciação não leva à conclusão de que o STF, considerado enquanto instituição, ou os seus ministros individualmente não extrapolem as suas funções, usurpando os poderes que não lhe competem e exercendo-os de forma abusiva (VIEIRA, 2018, p. 142).

Em alguns casos, o Supremo aparenta extrapolar as suas funções e usurpar poderes. Por exemplo, no julgamento sobre a realização de pesquisas com células-tronco<sup>48</sup>, restou evidente que o STF não se vê apenas como o Poder competente de vetar decisões parlamentares inconstitucionais, “mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores” (VIEIRA, 2008, p. 452). Essa visão pode ser perigosa no sentido de conferir poderes legislativos, inclusive de reforma constitucional, ao Supremo (VIEIRA, 2008, p. 451-455).

---

<sup>48</sup> ADI nº 3510, Rel. Min. Ayres Britto.

Na lógica da separação dos Poderes, o Legislativo tem a competência de legislar de acordo com o processo legislativo. Apesar de o Executivo e o Judiciário poderem legislar, as regras emanadas pelo Legislativo (lei em sentido estrito) têm primazia sobre as outras (ACQUAVIVA, 2010, p. 47). De outra banda, o STF, enquanto cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem a função de aplicar os mandamentos constitucionais, sendo o guardião da supremacia da Constituição. Com isso, as decisões do Tribunal devem respeitar as características do processo judicial, de modo que, ao julgar ações no controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo deve fundamentar as suas decisões com argumentos jurídicos e seguir os ritos processuais (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 199). Nesse cenário, pode-se discutir o papel representativo atribuído ao STF por Barroso.

Para começar, a Corte é uma instituição que deveria decidir sem influência política, mas, “como é possível que uma instituição desenhada para decidir sem pressão política de maiorias eventuais possa se legitimar por ter aderido à opinião pública”? (ARGUELHES, 2017, p. 82). Não há critério para aferir em quais casos os ministros aderiram ao sentimento majoritário de forma correta e em quais ignoraram a soberania popular, atuando no exercício do papel contramajoritário, corretamente. Em que pese Barroso reconhecer “que o STF pode errar”, a sua teoria não traz maiores explicações de quando ocorreriam excessos por parte do Tribunal, de modo que, não importa qual papel esteja exercendo, “o destino do STF” seria ser sempre legítimo (ARGUELHES, 2017, p. 82-84).

Nessa linha, Barroso analisa apenas a possibilidade de o Legislativo ser tomado por uma minoria ou por interesses especiais (interesses de agentes influentes econômica ou politicamente). Entretanto, o Supremo também está sujeito a esses riscos, quando, a título ilustrativo, um Ministro mantém um processo em vista<sup>49</sup> por demasiado tempo (ARGUELHES, 2017, p. 87).

De acordo com Falcão (2017, p. 232), os Ministros do STF, em alguns casos, são orientados por interesses próprios e ideológicos. Por exemplo, no caso do Instituto Chico Mendes<sup>50</sup>, o Supremo, em 48 horas, emitiu duas decisões opostas. Devido ao

---

<sup>49</sup> Os pedidos de vista estão previstos no artigo 134 do Regimento Interno do STF (BRASIL, 1980, p. 7), *in verbis*: “Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

<sup>50</sup> ADI nº 4.029/AM, Rel. Min. Luiz Fux. A ADI foi proposta pela associação nacional dos servidores do IBAMA (ASIBAMA) em face da Lei Federal nº 11.516/07, pugnano pela sua inconstitucionalidade formal e material, visto que adveio da Medida Provisória nº 366/07 e criou nova entidade autárquica, cognominada Instituto Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). A inconstitucionalidade

design institucional brasileiro, esses interesses individuais dos juízes constitucionais não conseguem ser controlados por instrumentos democráticos (FALCÃO, 2017, p. 232). Diante disso, segundo Neto (2017, p. 556), a relação entre a jurisdição constitucional e o parlamento é tratada, corriqueiramente, no direito constitucional brasileiro, de acordo com a “falácia do espantalho”, o que significa que as virtudes descritas do Judiciário são exageradas e, por outro lado, os defeitos do Legislativo também.

Ao não serem eleitos, os juízes se tornam mais adequados para impor limites à vontade da maioria, e menos para representar essa vontade. A decisão contramajoritária compõe a essência do Judiciário e não faz parte do Legislativo, justamente em razão de os membros daquele serem independentes e os desse eleitos. Porém, de forma assimétrica, Barroso não reconhece a mesma falha quando os juízes decidem majoritariamente. Na narrativa do Ministro, o Congresso somente está apto para atender aos anseios populares, não podendo ser contramajoritário; de outra banda, o STF pode ser contramajoritário e majoritário. Ora, é incoerente o Supremo ser legitimado por adotar o calor popular e por rechaçar esse mesmo sentimento dos cidadãos (ARGUELHES, 2017, p. 83-93).

A separação dos Poderes gera a impossibilidade de uma única instituição “realizar todas as tarefas estatais em uma democracia” (ARGUELHES, 2017, p. 83), e o papel representativo do Supremo, em um cenário de embate institucional, pode servir “como argumento retórico para a usurpação de poderes conferidos pelo povo a seus representantes políticos” (BINENBOJM, 2017, p. 256). No mesmo sentido, Faria e Dias (2017, p. 288) sustentam que, com a atribuição da função representativa ao Supremo, esse, além de julgar, administra e cria o direito, o que gera concentração

---

formal residia na ausência de parecer proferido pela Comissão Mista do Congresso Nacional, em atenção ao art. 62, § 9º, da CF, questionando-se, por conseguinte, a Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional. A inconstitucionalidade material tinha relação com a ofensa ao princípio da eficiência, visto que as atribuições do Instituto já eram afetadas ao IBAMA, portanto não haveria necessidade de criação de uma nova autarquia. No dia 07/03/2012, o STF julgou parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei Federal nº 11.516/07, modulando temporalmente os efeitos da pronúncia de nulidade para após o prazo de 24 meses, a contar da prolação desta decisão. Todavia, no dia 08/03/2012, o STF acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, tendo em vista que a decisão de parcial procedência da ação direta faria com que as demais Medidas Provisórias que não observaram o rito constitucional fossem atingidas, e alterou o dispositivo do acórdão da referida ADI para constar que o Tribunal julgou improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 5º, *caput*, e art. 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade. Portanto, a lei foi validada, devendo o Congresso seguir o trâmite previsto na Constituição Federal apenas daquele momento para frente.

de poderes em suas mãos. Dessa forma, o Judiciário “enfraquece uma cidadania ativa garantida pelo controle popular decorrente do poder de escolha de seus mandatários” (FARIA; DIAS, 2017, p. 288).

Além disso, as garantias despendidas aos Ministros da Corte, como a vitaliciedade e a independência política, são justificadas justamente para que eles possam aplicar a Constituição sem preocupações “com pressões das partes, do governo ou da própria opinião pública” (ARGUELHES, 2017, p. 93). Se os Ministros da Suprema Corte tiverem de buscar o apoio popular, poderiam ficar intimidados com o risco de reprovação por uma decisão impopular, o que inibiria a sua prolação. Por conseguinte, o papel contramajoritário do STF seria mais difícil de ser cumprido, pois esse, invariavelmente, demanda entendimentos impopulares (BINENBOJM, 2017, p. 256).

Apesar de sedutora a tese de representação do Tribunal, ela também é duvidosa, porquanto aproxima duas realidades diferentes. De um lado, tem-se a representação política, vinculada às eleições, à autonomia política e ao mandato transitório, o qual permite um controle popular do seu desempenho democrático. De outro, os juízes não são eleitos e muito menos ocupam cargos transitórios, além de que não atuam de modo politicamente livre (PEREIRA, 2017, p. 373). Dessa forma, considerando que os Ministros não estão “sujeitos aos mecanismos temporários de responsabilização política”, o termo ‘representação’ não reflete a relação existente entre a população e o STF (BINENBOJM, 2017, p. 256).

Além do mais, é inútil descartar os espaços majoritários de poder. A capacidade dos Poderes eleitos de implementar políticas públicas cujo objetivo é a proteção dos direitos fundamentais, seja de caráter geral, seja com foco nos indivíduos necessitados, é muito superior à capacidade do Judiciário de promover os direitos fundamentais em relação à população mais necessitada. Inclusive, para concretizar as suas decisões, o Judiciário precisa da cooperação do Executivo e, algumas vezes, do Legislativo também (BARCELLOS, 2017, p. 270).

Nessa linha de ideias, os juízes não devem ser entendidos como uma espécie de legisladores por delegação (DWORKIN, 2002, p. 129). Não se deve aceitar o posicionamento que defende que o controle de constitucionalidade, quando no exercício do papel representativo proposto por Barroso, seja (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 199):



[...] uma forma de processo legislativo 'disfarçado', dependente de considerações de oportunidade e até do arbítrio político, ou que a manifestação popular seja suficiente para que o Tribunal se abstenha de sua obrigação de cumprir os desígnios constitucionais (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 199).

Aceitar isso retira o poder da população de criar consensos coletivos e obstaculiza decisões majoritárias nos espaços essencialmente políticos, o que, conseqüentemente, ocasiona a delegação do debate ideológico ao sistema jurisdicional (FARIA; DIAS, 2017, p. 288). Na verdade, é um exagero técnico afirmar, irrefletidamente, que as cortes constitucionais se aproximam ou substituem os legisladores, porque a atividade legislativa, na lógica da separação dos Poderes, não se confunde com a atividade dos tribunais (FIGUEIREDO, 2017, p. 450). Assim, o reconhecimento da função representativa do STF fragiliza a democracia, visto que extrapola a judicialização da vida (FARIA; DIAS, 2017, p. 292).

O Judiciário, e especialmente o Supremo, não deve passar a decidir questões que extrapolem a sua competência, mesmo que a justificativa seja o atendimento de demandas da vontade da maioria que foram ignoradas pelos representantes eleitos. A sua atuação deve se dar "nos limites supletivos da ordem constitucional" (FARIA; DIAS, 2017, p. 293).

Os elementos externos às decisões judiciais necessitam de filtragem jurídica para serem incorporados segundo a hermenêutica jurídica. Esse é o caso do papel da opinião pública na cognição do juiz constitucional. Não é adequado que um magistrado simplesmente importe a vontade popular para o processo jurisdicional constitucional. Isto é, "de maneira alguma se pode aceitar decisão judicial decorrente de considerações de representatividade política" (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 205).

Além disso, os argumentos de que a vontade majoritária estaria satisfeita dentro do STF desconsideram os riscos democráticos existentes quando se descapacita a política como *locus* para solucionar conflitos e construir consensos (PEREIRA, 2017, p. 373). Conforme Bustamante (2021, p. 16), apesar de Barroso sustentar o uso do poder representativo do STF com parcimônia e não pretender empregá-lo para propósitos autoritários, a sua ideia se baseia na atribuição a uma autoridade da "competência para continuamente redefinir a ordem jurídica para o fim de atingir fins de natureza geral", aproximando-se do nacionalismo autoritário. Isso pois, durante a ditadura militar brasileira, instalada a partir de 1964:

[...] A emergência das forças armadas como uma instituição independente da política representativa e livre dos interesses partidários foi justificada por uma alegada capacidade privilegiada para representar os interesses reais do povo e adotar ações racionais para a busca do progresso (BUSTAMANTE, 2021, p. 18).

Nessa linha de considerações, a semelhança entre as ideias ditatoriais e a noção de Barroso de um papel representativo do STF se verifica na medida em que, com esse poder, a Corte passa a ser um centro de força essencialmente político (BUSTAMANTE, 2021, p. 18-19). Desse modo, o papel representativo atribuído à Corte Constitucional brasileira por Barroso consiste em “uma tese que encerra o risco de atuar como um avatar democrático que mascara o decisionismo nos julgamentos de casos difíceis” (PEREIRA, 2017, p. 373).

Com efeito, de regra, “a dinâmica parlamentar exhibe vantagens consideráveis sobre a que tem lugar no Supremo Tribunal Federal, inclusive no tocante à racionalidade discursiva: o debate parlamentar é mais aberto, mais plural e pode perdurar por mais tempo” (NETO, 2017, p. 556). Isso porque o Legislativo consegue se conectar – ou pelo menos tem atribuição para promover essa conexão – com os cidadãos no procedimento de deliberação. Já o processo judicial tem menos participação da população, mesmo quando ocorram audiências públicas<sup>51</sup> ou se admitam *amici curiae*<sup>52</sup>. “É preciso revalorizar a dinâmica tipicamente política e torná-la mais funcional. O sucesso dessa empreitada tende a reduzir, naturalmente, a influência de juízes e tribunais” (MENDONÇA, 2014, online).

O termo ‘representação’, vinculado ao STF, “pode funcionar como uma estratégia puramente retórica para firmar a ideia de que a atuação do juiz é democraticamente legitimada” (PEREIRA, 2017, p. 373). Durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132<sup>53</sup>, sobre a constitucionalidade da união homossexual, Gilmar Mendes aventou a ideia de representação argumentativa. Contudo, nesse caso, o qual se tratava de uma questão referente aos direitos fundamentais de minoria, o Ministro não utilizou a tese para justificar a sua decisão em relação ao objeto da ação em si, mas como uma forma de “autoafirmação institucional do tribunal como instância adequada do ponto de vista

---

<sup>51</sup> As audiências públicas serão abordadas no capítulo 4.2 deste trabalho.

<sup>52</sup> Os *amici curiae* serão abordados no capítulo 4.2 deste trabalho.

<sup>53</sup> ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto.

democrático para decidir questão de tamanha relevância” (MIGUEL; BOGÉA, 2020, p. 8). Ou seja, o papel representativo do Supremo é utilizado conforme convém no caso concreto, mesmo que com significados divergentes, apenas para afirmar a legitimidade da jurisdição constitucional.

Contudo, não se pode dizer que uma instituição não seja democrática apenas porque os seus membros não sejam eleitos pelo voto popular. Isto é, reduzir o seu fundamento de legitimação a uma suposta representatividade da população é desnecessário. “Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário” (ZAFFARONI, 1995, p. 43).

Em outras palavras, o que legitima a jurisdição constitucional é a democracia representativa e o seu papel de guardião da ordem constitucional no regime democrático, e não a atribuição de um papel representativo ao STF, pois é o Legislativo o legítimo representante da vontade popular, sendo sua competência a elaboração das leis. O Supremo é uma instituição legítima “graças à sua função de intérprete fiel e objetivo da Constituição, com atuação transparente e oferecendo a devida fundamentação jurídica” (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 206). Ou seja, a legitimação do Judiciário advém da sua competência de aplicar a legislação criada pelos parlamentares. “Apesar de não ser democraticamente eleito, o Judiciário possui autoridade e poder decisório porque preserva a vontade estampada nas decisões dos representantes populares, mantendo-se fiel aos mandamentos da Constituição” (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 201).

Assim, a interpretação de forma não rígida do princípio da separação dos Poderes não deve levar ao entendimento de que o STF tenha um papel majoritário e representativo. Isso gera a concentração de poderes no Judiciário e a incapacidade de discernir o jurídico e o político, de forma que a democracia é enfraquecida (FARIA; DIAS, 2017, p. 306).

Essa concentração de poderes no Supremo é mitigada por Barroso (2015) com o argumento do diálogo constitucional ou institucional. Sendo assim, sustenta o Ministro que, apesar de a Corte ser a responsável por emitir a última palavra sobre a Constituição, três situações podem subverter ou atenuar essa lógica: (i) a superação da interpretação do STF por ato do Congresso através de emenda constitucional; (ii) a devolução, pelo Supremo, da matéria ao Legislativo com a fixação de um prazo para deliberar; ou (iii) a Corte pode conclamar a atuação do Legislativo. Dessa forma, o

STF, apesar de ser “o intérprete final do direito”, “não é o dono da Constituição” (BARROSO, 2015, p. 46).

A despeito de o modelo da separação dos Poderes concebido de forma deliberativa ter mais probabilidade de chegar à resposta certa (MENDES, 2008, p. 210), o reconhecimento de um efetivo diálogo entre o Supremo e o Congresso não é uma tarefa fácil. Isso porque “há uma idealização do produtor da razão sem voto. Há crença latente de que ele se comporta de determinada maneira, embora se comporte de outra” (FALCÃO, 2017, p. 230).

Diálogo institucional foi um termo cunhado por Hogg e Bushell (1997, tradução nossa) para descrever a institucionalização dessa prática na Carta de Direitos e Liberdades de 1982 do Canadá. A temática do diálogo entre os Poderes está relacionada à “última palavra” para decidir questões constitucionais, já que, em alguns regimes, como nos Estados Unidos, a suprema corte é a protagonista para dar a última palavra, ao passo que, em outros, como no Canadá, não se tem o modelo forte<sup>54</sup> de *judicial review* norte-americano (LONGO FILHO, 2015, p. 92).

Considerando a multiplicidade de sistemas e o detentor da última palavra em cada um, é pertinente iniciar o argumento do diálogo constitucional com a comparação dos entendimentos de Dworkin e Waldron sobre o ponto, autores antagônicos em algumas questões, como em relação ao *judicial review*.

Para Dworkin (1999), não há diálogo entre os Poderes (LONGO FILHO, 2015, p. 97), porque, apesar de o Judiciário não ter a última palavra, ele detém a primeira e, normalmente, não há nada a ser acrescentado à sua palavra (DWORKIN, 1999, p. 263). No caso de os juízes errarem, resta a desobediência civil para preservar a integridade do Direito (DWORKIN, 1985). Sendo assim, na prática, a concepção de democracia de Dworkin confere a última palavra ao Judiciário (LONGO FILHO, 2015, p. 98).

Waldron (2003), por sua vez, tem como ideia central que a dignidade da legislação deve ser reabilitada, privilegiando-se a regra da maioria. A revisão judicial das decisões dos Poderes eleitos é inapropriada como modelo de decisão final em

---

<sup>54</sup> Waldron classifica os sistemas de *judicial review* em forte, médio e fraco. Nos modelos fortes, as cortes têm a autoridade de não aplicar uma lei em determinado caso ou de modificar os efeitos dessa lei para aplicá-la ao caso. Nos modelos fracos, os tribunais podem examinar a conformidade da legislação aos direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la. Nos modelos médios, como o Canadá, as cortes podem revisar a legislação e até não a aplicar quando houver violação da ordem constitucional, porém o Poder Legislativo pode legislar “não obstante” os direitos previstos na Constituição (WALDRON, 2014b, p. 8-10, tradução nossa).

uma sociedade livre e democrática (WALDRON, 2006, p. 1348). Nesse sentido, a regra da maioria é o modelo preferencial para a resolução de conflitos, e o desacordo é essencial nas sociedades democráticas contemporâneas, de modo que o próprio povo deveria resolver o dissenso através dos seus representantes eleitos (MOTTA, 2014, p. 88). Para Waldron, o Legislativo ocupa o lugar central, sendo o responsável pela última palavra (LONGO FILHO, 2015, p. 107).

Tendo em vista as ideias contrapostas de Dworkin e Waldron, resta analisar a aplicabilidade do diálogo institucional no modelo constitucional brasileiro, conforme proposto por Barroso (2015). Para isso, inicialmente, há um empecilho de ordem terminológica, visto que Barroso não explica o significado de 'diálogo'. Para ser possível abordar esse tema, é preciso definir o que seria um diálogo constitucional.

Segundo Leal (2017b, p. 125), um diálogo é uma interação condicionada por regras e pressupostos que acontece “em um espaço de sentidos intersubjetivamente compartilhados”. Quando os diálogos envolvem o Judiciário, esses se relacionam com a resolução de problemas práticos, de modo que a “noção de diálogo relevante para o direito deve incluir também uma referência aos seus propósitos” (LEAL, 2017b, p. 125). Considerando que Barroso (2015) se remete à Alexy, à teoria da argumentação, à racionalidade discursiva e à noção de auditório, no caso de um diálogo institucional iniciado a partir de uma decisão judicial, que tem como ponto de partida um desacordo sobre a resposta constitucional para um problema, é possível estabelecer que o “seu objetivo é convencer o destinatário da mensagem a respeito da aceitabilidade da justificação oferecida” (LEAL, 2017b, p. 125).

Conceituado o 'diálogo', surge um problema de natureza empírica. “Quando um tribunal como o Supremo decide uma determinada questão constitucional, qual é, afinal, a mensagem transmitida ao Congresso?” (LEAL, 2017b, p. 124). Para ocorrer um diálogo constitucional, é necessário que haja uma interação substantiva baseada na qualidade da mensagem da corte constitucional, a qual deve ser clara. Contudo, “nem sempre é claro precisar *o que, por que e como* o Tribunal chegou a determinado resultado”, não sendo tão simples inferir a tentativa do Supremo, enquanto instituição, de dialogar com o Congresso (LEAL, 2017b, p. 124-125).

Além disso, há mais uma objeção à ideia do diálogo constitucional, que diz respeito com duas condições essenciais para o desenvolvimento de diálogos entre o STF e o Congresso nos termos propostos por Barroso: a igualdade entre os participantes da interação e a predisposição das partes a “serem persuadidas pelo

melhor argumento” (LEAL, 2017b, p. 127). A igualdade entre os participantes não acontece no sistema jurídico brasileiro, pois o Supremo é o responsável por emitir a última palavra sobre a ordem constitucional (LEAL, 2017b, p. 127), o que se acentua ainda mais quando se trata das cláusulas pétreas (FARIA; DIAS, 2017, p. 292) e coloca o Congresso em uma posição de inferioridade (LEAL, 2017b, p. 127).

Segundo Mendes (2011, p. 326), o STF ser visto como o responsável pela última palavra sobre a Constituição desestimula, protege e isenta “o legislador de desafiar o Judiciário com novos argumentos”. Por esse motivo, inclusive, o autor (MENDES, 2011, p. 323) interpreta que a Carta Magna reservou apenas a última palavra provisória ao Supremo, a qual pode ser modificada pelo Legislativo através de emendas constitucionais e até pela reedição da lei declarada inconstitucional ligeiramente modificada. Todavia, seja a última palavra definitiva ou provisória, a ordem constitucional brasileira deu uma prerrogativa ao STF que não é extensiva aos poderes eleitos.

O diálogo genuíno entre o Congresso e o Judiciário apenas existe quando os parlamentares são legítimos intérpretes da Constituição e têm meios efetivos para afirmar essa interpretação (MANDREDI; KELLY, 1999, p. 524, tradução nossa). Porém, não é isso o que ocorre no Brasil.

A efetividade da interpretação constitucional pelo Congresso depende de alguma medida de anuência do STF, porquanto qualquer decisão política pode ser anulada pelo Tribunal. Somando esse fato com o monopólio da última palavra, verifica-se que a realização do diálogo depende da predisposição do Supremo em dialogar. Dessa forma, não há razão para crer que a interação entre o Judiciário e o Legislativo seja um diálogo, como pensa Barroso. Na realidade, antes parece ser uma concessão feita pelo STF, em uma posição de deferência para com o Congresso, ou uma aquiescência dos parlamentares devido à posição superior do Supremo “ou mesmo de acatamento estratégico do resultado” (LEAL, 2017b, p. 129). Em complemento, Mendonça (2017, p. 529) considera que a ausência de uma reação institucional por parte dos agentes eleitos indica uma certa acomodação de sua parte para com as decisões judiciais.

Ademais, a naturalização da ideia da representação supostamente exercida pelo STF cria o risco de o Tribunal desenvolver uma autoimagem idealizada. Essa autoimagem prejudica os demais Poderes, porquanto, assim, o Supremo perde a sua humildade institucional e adota uma postura não dialógica (PEREIRA, 2017, p. 374).

Portanto, o problema no raciocínio de Barroso quanto ao diálogo institucional está na sua pressuposição de que os políticos e o STF “estão juntos em uma mesma empreitada e dispostos a acatar opiniões ou mudar suas visões apenas em função da racionalidade das manifestações de cada um” (LEAL, 2017b, p. 132). O que se chama de diálogo no nosso país, na realidade, é um “diálogo entre surdos”, nas palavras de Sarlet (2017, p. 347), porquanto o Executivo e o Legislativo demonstram total descaso ou má vontade para com as decisões judiciais. Esse descaso é ilustrado por Barcellos (2017, p. 270) ao sustentar que, no Brasil, as decisões judiciais de ações coletivas e as demandas envolvendo políticas públicas podem demorar décadas para serem executadas ou sequer serem executadas, e isso acontece porque é imprescindível a cooperação entre os Poderes para tanto, o que não acontece.

Em arremate, diante da dificuldade da efetivação do diálogo constitucional, deve restar claro que, se as questões de direito devem ser decididas, em última instância, pelo Judiciário, já que o STF é o detentor da última palavra sobre a Constituição, o Legislativo deve ter a última palavra sobre questões de política. Caso seja aceito o exercício de um papel representativo pelo STF, no qual, evidentemente, serão discutidas questões políticas como questões de direito, o equilíbrio entre os Poderes será afetado. A ampliação desenfreada de poderes ao Supremo prejudica o fortalecimento da democracia, porque esvazia a esfera da política (FARIA; DIAS, 2017, p. 292).

Com efeito, o nosso sistema jurídico prevê que o STF tenha a competência de efetivar a guarda da Constituição. Contudo, o Supremo ainda não se limita a exercer esse papel (CLÈVE; LORENZETTO, 2017, p. 497). Para Glezer (2020, p. XVII), de 2015 a 2019, o Supremo vem empregando, de maneira sistemática e recorrente, a catimba constitucional. A catimba é caracterizada por uma ação lícita, mas que tem um déficit de legitimidade por violar os valores e as virtudes do jogo político. O problema da catimba é a sua reiteração e os excessos, que geram uma crise constitucional de confiança e lealdade à Constituição.

Nesse contexto de crise, destaca-se que a onipresença do STF, expressada no seu suposto papel representativo, converte a atuação do Tribunal em abusiva, pois o Supremo, dessa forma, acomoda, no processo jurisdicional, “a participação e a responsabilidade do povo e de seus representantes, deslocando da política para o direito o protagonismo do espaço decisório, fragilizando a democracia” (FARIA; DIAS, 2017, p. 285-286). Nesse sentido:

O uso da ideia de representação como um argumento de autolegitimação, que outorgue *de per se* às decisões judiciais um *pedigree* democrático, opera o efeito inverso ao aparente: ao invés de tornar a jurisdição mais democrática e plural, torna-a mais aristocrática e ensimesmada (PEREIRA, 2017, p. 374).

O Supremo precisa buscar um equilíbrio entre a separação dos Poderes e a sua competência de emitir a última palavra sobre a Constituição Federal. Esse equilíbrio, evidentemente, não perpassa pela usurpação da competência do Legislativo de representar a vontade da maioria (CLÈVE; LORENZETTO, 2017, p. 495).

### 3.2 A AUSÊNCIA DE QUALIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Além de haver uma inconsistência entre o papel representativo atribuído ao Supremo pelo Ministro Barroso e a teoria da separação dos Poderes, existem também algumas práticas do STF que o impossibilitam de representar, efetivamente, a vontade da maioria, porque diminuem a qualidade das decisões judiciais. Nesse sentido, destaca-se a demanda excessiva do Tribunal, o fenômeno da ministocracia, o *timing* em que as decisões são tomadas e a construção discricionária da pauta. O objetivo do presente subcapítulo é bem resumido por Hartmann e Chada (2017, p. 170): “questionar (testando) a viabilidade fática da proposta” de Barroso em relação à função representativa do Supremo.

De início, é importante pontuar que decisões com qualidade são um elemento essencial para o STF exercer o papel representativo da voz das ruas. Isto é, para que se possa pensar que a legitimidade do Supremo advenha de uma função representativa, antes de tudo, o Tribunal deve “produzir decisões de qualidade mediante uma performance de qualidade” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 171), de modo que a legitimidade, por esse prisma, depende da possibilidade de verificar a racionalidade dos julgados (LEAL, 2017b, p. 110). “A qualidade do conteúdo e da performance judicial é um resultado possível – e não automático – de um julgador ou grupo de julgadores exercendo sua tarefa constitucionalmente atribuída” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 171).



Com efeito, o Supremo, apesar de ser um “tribunal onipresente”, uma vez que todos os atos estatais podem desencadear um processo constitucional, tem uma atuação disfuncional em muitos casos (VIEIRA, 2017, p. 14). Como indício dessa disfuncionalidade, percebe-se que o STF não aprecia as questões judicializadas com a qualidade idealizada. É corriqueiro que os Ministros examinem de forma apressada e sem o aprofundamento necessário temas importantes (NETO, 2017, p. 555).

Pode-se dizer que um aspecto relacionado à disfuncionalidade da Corte é a sua demanda extremamente alta decorrente da sua excessiva competência recursal. Com isso, a qualidade das decisões do Supremo também é reduzida, porque “é muito difícil argumentar pela qualidade de uma decisão tomada por um ou 11 ministros no mesmo dia que outras mil” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 185).

Nesse sentido, conforme Vieira (2008, p. 447), o Supremo vem, a cada ano, recebendo mais processos para julgar. Em 1940, recebeu 2.419 processos; em 1970, 6.376. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse número foi para 18.564 em 1990, 105.307 em 2000, 160.453 em 2002, ano muito expressivo em termos de quantidade de processos recebidos. No ano de 2007<sup>55</sup>, último analisado por Vieira (2008, p. 447), foram 119.342 processos recebidos. Em termos de casos julgados, desde o advento da Constituição Cidadã em 1988 até 2007, o STF apreciou mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento, o que expressa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo Tribunal (VERÍSSIMO, 2008, p. 420).

À vista desses dados, que levam à redução da qualidade das decisões, de acordo com Roesler (2015, p. 2527), o Supremo tem uma autoimagem que aposta no aspecto autoritativo da função judicial. Nesse âmbito, consoante Leal (2017b, p. 133-134), a proposta de Barroso de legitimar o Supremo pelo exercício da representação da soberania popular parece evocar a racionalidade instrumental, segundo a qual a decisão constitucional é um meio para atingir os fins desejados. Ao se reconhecer isso, a “consistência interna do argumento” utilizado pelo Tribunal perde relevância, já que a legitimidade da decisão depende apenas dos resultados proporcionados por ela (LEAL, 2017b, p. 133-134).

---

<sup>55</sup> Segundo o Relatório de Atividades do STF (BRASIL, 2021), esse número está gradativamente diminuindo. Em 2010, foram 90.295 processos recebidos. Em 2015, 53.890, em 2019, 31.279, em 2020, 26.256 e, em 2021, até novembro, 22.511. Ainda assim, dezenas de milhares de processos para serem julgados desafiam a prestação da atividade jurisdicional com a qualidade desejada, mormente ao se almejar o exercício de um papel representativo.

Sendo menos importante a consistência interna do argumento, surgem indícios autoritários na função judicial exercida apenas visando aos fins, posto que os Ministros podem se sentir autorizados a expressar opiniões pessoais ao invés de demonstrar de forma clara e compreensível as razões da decisão, o que desencadeia “uma visão personalista da função judicial e uma concepção de Direito que aposta na autoridade da decisão mais do que na sua correção” e torna extremamente difícil o exercício de um controle social das decisões (ROESLER, 2015, p. 2527-2528). Dessa forma, as decisões do Supremo são marcadas por incompatibilidades e incongruências que dificultam saber qual a interpretação constitucional prevalecente (FALCÃO, 2017, p. 233). Essa prática coloca em risco inclusive o regime democrático, porquanto “ministros e, por extensão, o Supremo”, deixam de lado “decisões racionais” para valerem-se de decisões fundadas em “interesses próprios e ideológicos” (FALCÃO, 2017, p. 232).

Outrossim, Barroso parece propor a representação pelo Supremo enquanto colegiado, e não de seus ministros isoladamente, porém o que se verifica na prática é que, até 2007, a maioria dos processos julgados pelo STF – aproximadamente 88,20% – não era levado a julgamento colegiado, seja nas Turmas, seja no Plenário (VERÍSSIMO, 2008, p. 419), “sendo que os casos julgados pelo plenário do Tribunal, em 2006, consistem em apenas 0,5% do total de casos julgados, ou seja: 565 casos” (VIEIRA, 2008, p. 449). Para chegar a essa conclusão, Veríssimo (2008, p. 419) analisou o número de acórdãos publicados pelo STF, bem como o Relatório de Atividades para o biênio de 2006-2008 (BRASIL, 2008, p. 28), segundo o qual, em 2005, as decisões monocráticas totalizaram 90.857, e as colegiadas 15.105; em 2006, as monocráticas 101.207, e as colegiadas 11.196; em 2007, as monocráticas 136.440, e as colegiadas 23.082. No mesmo sentido e em uma análise mais recente:

Na última década a prestação judicial do Supremo tem sido sempre, e em sua quase totalidade, monocrática. No geral, em nenhum ano houve mais de 5% de decisões colegiadas em sede de liminar ou decisão final de mérito. [...] A situação é ainda mais delicada quando se isolam os processos do controle concentrado. Salvo em 2006 e 2007, as decisões colegiadas sempre constituíram minoria. O que é efetivamente alarmante é que em 2012 e 2013 elas representaram apenas uma em cada 10 decisões. Na prática, se reconhecida uma função representativa ao Supremo, ela significaria um conjunto de ditaduras individuais e isoladas, com poder de, cada uma a seu tempo e em meio a dezenas ou milhares de decisões no

mesmo dia, reverter escolhas dos poderes tradicionalmente representativos (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 189)<sup>56</sup>.

O mesmo padrão se repete nos anos seguintes. De 2014 até 2021, das 154.953 decisões proferidas pelo STF, 130.980 foram monocráticas, o que representa, aproximadamente, 84% das decisões (BRASIL, 2021).

Essa tendência do Supremo de julgar a maioria dos casos de forma monocrática foi chamada por Arguelhes e Ribeiro (2018) de ‘ministrocracia’. O termo surgiu a partir da constatação de que uma noção ‘supremocrática’ não descrevia, totalmente, a realidade do STF, porque, apesar de o Supremo deter poder enquanto instituição, a ação individual dos Ministros influencia também a comunidade política nos dias atuais. Isto é, os “poderes ‘supremocráticos’ passaram a ser exercidos de maneira cada vez mais explícita e exacerbada pelos seus membros, monocraticamente” (VIEIRA, 2018, online). Essa tendência é conhecida como “*judicial review* individual”<sup>57</sup> (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 25).

Tendo em vista a noção ministrocrática, vale diferenciar que a ação individual dos membros da Corte pode ser “centralizada” ou “descentralizada” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 19). A primeira acontece com as funções de um único Ministro por vez, por exemplo, o decano ou o Presidente do Tribunal. A segunda caracteriza os poderes de todos os Ministros pela simples condição de serem Ministros. Somente a ação individual centralizada tem relação à posição institucional ocupada formalmente por um Ministro. Já a descentralizada varia conforme o processo.

O desenho institucional e a prática do STF “libertam o comportamento individual e ampliam o seu alcance”, de modo que “o Supremo não parece tão supremo assim” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 27). Ainda mais: a atmosfera ministrocrática produziu onze Supremos, pois os Ministros exercem individualmente o controle de constitucionalidade das leis. Isso, inclusive, relaciona-se ao sistema de freios e contrapesos, abordado anteriormente, porque, com essa prática, em vez de o colegiado do Supremo controlar os demais Poderes quando esses extrapolam as suas

<sup>56</sup> Hartmann e Chada (2017, p. 174) utilizaram metodologia de pesquisa empírica, com técnica quantitativa. Para levantar esses dados e também àqueles que serão expostos em relação ao *timing* das decisões, utilizaram a base de dados do Projeto Supremo em Números, feito pelo Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), que realiza macro análises de todos os processos do STF desde 1988.

<sup>57</sup> “O termo é uma adequação do original inglês ‘*judicial review*’, que significa o poder concedido ao Judiciário, notadamente às Cortes constitucionais nas democracias, de revisar o conteúdo e a extensão de normas editadas pelos parlamentos ou executivos” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 72).

competências, cada Ministro exerce esse controle “sem muitas amarras” (RECONDO; WEBER, 2019 p. 72).

Nessa conjuntura, decisões relevantes do ponto de vista político são decididas individual e rapidamente, sem qualquer preocupação por parte do STF em reexaminá-las no órgão colegiado (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 212), uma vez que apenas 2,4%<sup>58</sup> das decisões do Supremo são analisadas pelo plenário (FALCÃO, 2017, p. 232). No mesmo sentido, Streck (2019, p. 203) defende que, ao buscar a ‘efetividade quantitativa’, o Tribunal passou a proferir, de regra, decisões em juízo monocrático. Diante disso, o que era para descomplicar o sistema jurídico, tornou-o ainda mais complexo, “uma vez que passamos à condição de reféns de estatísticas” (STRECK, 2019, p. 203). O juiz constitucional, a fim de atingir as metas que lhe são estabelecidas de julgamento, passou a se livrar do processo.

Com isso, depreende-se que o Supremo utiliza um alto grau de discricionariedade para decidir (VIEIRA, 2008, p. 450). Isso porque a discussão pelo órgão colegiado que permitiria lapidar a decisão não acontece, de modo que, em muitos casos, tem-se a insuficiência argumentativa na fundamentação das decisões (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 213).

A diversidade dos julgadores quando se julga um processo de forma colegiada é necessária, porquanto a colegialidade ajuda a diminuir o peso das motivações individuais dos juízes (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 190). A colegialidade filtra fatores que acabam influenciando na tomada de decisão, como as visões ideológicas dos magistrados, as personalidades dos juízes e as relações existentes no Tribunal (EDWARDS, 2003, p. 1689, tradução nossa). Ao ignorar a colegialidade, o Ministro, individualmente, “toma emprestado o poder e a responsabilidade institucionais para fazer valer” uma escolha sua que, “às vezes, não sobreviveria à influência moderadora do plenário” (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 25).

Entretanto, apesar da importância do colegiado, mesmo nos casos decididos de forma colegiada, o que acontece no STF é que, ao invés de uma decisão da Corte, há a somatória de 11 votos, os quais, em sua maioria, já foram redigidos antes da discussão em plenário (VIEIRA, 2008, p. 458), portanto o que existe é a mera agregação das posições individuais dos membros da Corte (BARCELLOS, 2017, p. 268). Dessa forma, não acontece uma discussão reflexiva entre os Ministros, a qual

---

<sup>58</sup> Esse dado advém de uma análise dos processos do STF de 1988 até 2013 (FALCÃO, 2017).

seria “muito importante para que a integridade do Supremo, enquanto instituição colegiada, fosse mantida” (VIEIRA, 2008, p. 458). O entendimento de que uma decisão advém da Corte e não dos ministros considerados individualmente é fundamental para a eficiência do controle de constitucionalidade no Brasil (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 219).

Sobre a mera somatória de votos, Waldron (2014a, p. 1694, tradução nossa) propõe uma discussão importante. O autor (WALDRON, 2014a, p. 1694, tradução nossa) questiona o porquê uma Corte pode julgar de forma majoritária para definir questões importantes, considerando que é uma instituição que deveria mitigar ou resolver os defeitos de decisões majoritárias dos Poderes eleitos. Segundo o autor (WALDRON, 2014a, p. 1706, tradução nossa), a visão prevalecente, na academia jurídica, é a de que a existência de decisões judiciais majoritárias não precisa de justificação. Todavia, é o trabalho dos filósofos questionar o óbvio e tentar propor soluções para questões que indivíduos pragmáticos interpretam como algo garantido, independentemente de ser necessária uma justificação ou não. Algumas vezes, o questionamento por uma justificação é respondido com a pergunta retórica sobre qual a alternativa, com a implicação de que as decisões majoritárias são o procedimento menos pior. Porém, menos pior em qual dimensão? (WALDRON, 2014a, p. 1706, tradução nossa).

Os juízes, supostamente, são experts nas decisões nas quais eles discordam. Os dois lados de uma decisão majoritária (o da minoria e o da maioria) sabem sobre o que eles estão discutindo. Não se está falando sobre decisões majoritárias para resolver desentendimentos entre amadores. Ademais, os juízes não simplesmente inventam o seu ponto de vista; eles são treinados, escutam extensivos argumentos orais, leem volumosos argumentos escritos e precedentes judiciais e escrevem as suas razões de decidir para fundamentar as suas decisões. No entanto, ainda há desentendimento entre os magistrados. Então, após todo esse treinamento, argumentação, reflexão e deliberação, por que o simples procedimento de “contar as cabeças” que as decisões majoritárias envolvem é o jeito apropriado de resolver as divergências judiciais? (WALDRON, 2014a, p. 1709-1710, tradução nossa).

Bom, para explorar as suas inquietações, sem pretensão de respondê-las definitivamente, Waldron (2014a, p. 1710, tradução nossa) vale-se de quatro linhas de justificação: argumentos sobre eficiência, argumentos epistêmicos, argumentos sobre equidade e o argumento híbrido sobre equidade e epistêmico de Rick Hills.

Os argumentos sobre eficiência são os mais comuns e consideram que as decisões majoritárias custam menos do que qualquer outro método. Contudo, Waldron (2014a, p. 1710, tradução nossa) adverte que há outro procedimento decisório igualmente ou até mais eficiente: uma moeda poderia ser lançada assim que um recurso fosse apresentado a um tribunal (em todos os casos ou quando houvesse uma divergência judicial). O resultado do recurso poderia ser determinado dessa maneira. Isso demonstra que há muito mais a ser considerado em uma corte do que a eficiência.

Sobre os argumentos epistêmicos, Hills (2002, p. 59, tradução nossa) propõe que se considere que os melhores argumentos são aqueles que persuadem o maior número de indivíduos. Apesar de se aceitar que uma proposição feita por um expert em uma área evidencia a sua veracidade e que a negação de uma proposição evidencia a sua falsidade, questiona-se a aplicabilidade da teoria em casos em que há uma maioria de cinco a quatro, por exemplo, com uma margem de diferença muito pequena. Qual dos grupos de experts tem razão? Não se sabe. Outrossim, os cidadãos que concordarem com um dos lados, possivelmente, não serão persuadidos pelo outro e acharão que juízes contrários ao seu posicionamento decidiram de forma equivocada, por isso é provável que haja reação por parte do grupo que mais precisaria ser persuadido sobre a legitimidade do método de decisão majoritária (WALDRON, 2014a, p. 1713-1718, tradução nossa).

Os argumentos sobre equidade justificam as decisões majoritárias quando analisadas no contexto envolvendo todos os indivíduos que participam na escolha social de uma comunidade. Equidade pode ser entendida em um sentido informal e outro formal. No viés informal, as pessoas podem ser persuadidas de que as decisões majoritárias são justas porque, embora, naquela situação, o seu posicionamento não esteja ganhando, elas podem ser vencedoras no próximo ciclo político em que os seus candidatos sejam eleitos e, por conseguinte, sejam nomeados juízes para a corte que se coadunem com os seus entendimentos. Formalmente, a equidade significa o respeito que se deve ter com os participantes políticos como iguais. Com isso, se a sociedade enfrenta opiniões binárias, as decisões majoritárias são decisivas, neutras entre as opções, dão tanto peso quanto possível para cada voto individual e não atribuem maior peso para nenhum voto individual. Contudo, ao analisar as condições dos argumentos sobre equidade em decisões judiciais, a neutralidade pode ser questionada, porque existe a presunção de constitucionalidade das leis, bem como a

equidade pode ser problemática, pois não há embasamento para presumir que os juízes são iguais politicamente, já que os membros da Suprema Corte são classificados conforme a senioridade, as suas virtudes, os seus conhecimentos e os seus posicionamentos políticos. Dessa forma, a comparação entre a igualdade existente entre os cidadãos e a igualdade existente entre os juízes não é adequada (WALDRON, 2014a, p. 1718-1723, tradução nossa).

Por fim, o argumento híbrido sobre equidade e epistêmico de Rick Hills também é explorado por Waldron (2014a, p. 1723, tradução nossa). Hills (2002, p. 59, tradução nossa) considera que decisões majoritárias definem casos e se tornam precedentes porque juízes são politicamente iguais e, portanto, avalia-se a qualidade do argumento “contando narizes”. Para Waldron (2014a, p. 1724, tradução nossa), Hills entende a igualdade com que os juízes são tratados de modo diferente da igualdade com que os cidadãos são tratados. Isto é, os juízes são vistos como iguais por causa do que eles representam: a lei. Cada magistrado representa a lei e a representa igualmente. Esse argumento é interessante, mas a sua justificativa para a igualdade judicial repousa em uma ficção e pode ser vulnerável exatamente nas circunstâncias com controvérsias em que o procedimento decisório do Tribunal tem que fazer o seu mais importante trabalho de legitimação (WALDRON, 2014a, p. 1725, tradução nossa).

Mesmo após discorrer sobre os quatro argumentos, Waldron (2014a, p. 1725, tradução nossa) não chegou a nenhum argumento decisivo para justificar o uso das decisões majoritárias. A Corte Constitucional é entendida como contramajoritária, mas, com decisões majoritárias, pode-se dizer que o seu papel é a expressão da preferência por um Tribunal majoritário do que um corpo legislativo majoritário. O que muda são os votos da população que serão considerados: de um lado, tem-se o voto de juízes não eleitos, de outro, o voto de centenas de políticos escolhidos em eleições representativas. Isso é a “dificuldade contra democrática”, e não a dificuldade contramajoritária (WALDRON, 2014a, p. 1726, tradução nossa).

De qualquer sorte, as reflexões de Waldron (2014a, p. 1727, tradução nossa) não têm o intuito de embaraçar os defensores da Corte Constitucional. O seu ponto é que um procedimento decisório judicial mais aberto e preciso ajudaria a sociedade e a academia jurídica a clarear as ideias sobre algumas questões relevantes para o debate.

A tendência de decisões monocráticas e da mera somatória de votos deve ser debatida criticamente na medida em que a população tem o direito de ser julgada pelo STF representado por um conjunto de juízes, e não “por um Supremo de um juiz só” (FALCÃO, 2017, p. 231). Com essa prática, a população fica fadada a uma corte constitucional fragmentada, individualizada e monocrática (FALCÃO, 2017, p. 232-235). E um tribunal “fragmentado abre as portas para o comportamento político estratégico individual” (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 21). Por conseguinte, surge o questionamento: quem seria o produtor da razão sem voto? Está-se diante de múltiplas e antagônicas razões sem voto? (FALCÃO, 2017, p. 232-235).

O que se quer mostrar é que a forma como o STF funciona atualmente não é compatível com uma suposta representação da sociedade. A existência de mais processos do que os Ministros conseguem dar conta, as argumentações insuficientes das decisões e o contexto ministrococrático levam à impossibilidade prática de o Supremo exercer o papel representativo do povo.

Essa constatação preliminar merece ainda ser complementada pela análise do *timing* das decisões emitidas pelo Supremo, que também pode prejudicar a qualidade das decisões. Isso porque, para ser o representante da maioria, é necessário que o Tribunal decida em um tempo razoável para estar em consonância com as necessidades do povo em seu tempo (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 180).

Para dar resposta em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, meio de impugnação principal de uma atuação representativa, o tempo médio de demora, conforme uma análise dos casos de 1988 até 2015, é de 5,32 anos<sup>59</sup> (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 81). Como não há um critério objetivo para saber se o Supremo frustrou sua função representativa, como denunciado por Diego Arguelhes e abordado no tópico anterior, é ponderada a comparação desse tempo médio com o mandato dos representantes eleitos: quatro anos, de regra. Isso demonstra que “entre a manifestação direta da vontade popular e a última oportunidade de exercício representativo há muito menos de cinco anos” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 180-181). Dessa forma, a média de tempo que os ministros levam para decidir uma ADI parece ser incompatível com o *timing* de representação estipulado pela Constituição.

Aliás, mesmo em decisões liminares urgentes, o Supremo leva, aproximadamente, 158 dias para decidir, a contar do início do trâmite processual, de

---

<sup>59</sup> Deve-se atentar que essa média esconde diversas ações que duraram mais de 20 anos (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 88).



acordo com a análise dos processos de 1988 até 2013 (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 33), tempo que parece ser incompatível com o lapso temporal aceitável para efetivar uma demanda de urgência. Não bastasse isso, após concedidas, especificamente as liminares em ADI produzem efeitos durante 6,1 anos em média (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 40).

Como não existe previsão na Carta Magna de quanto tempo liminares em questões urgentes devem perdurar, é oportuno, novamente, comparar esse dado com o prazo que os órgãos representativos detêm para agir quando se fala em medidas de urgência. Veja-se, por exemplo, que a medida provisória, mecanismo capaz de gerar alterações na legislação infraconstitucional em situações de urgência, dura 60 dias, prorrogável por mais 60 dias, conforme o artigo 62, § 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, sem a confirmação do Legislativo, a medida provisória tem seus efeitos vigentes durante 120 dias. Assim, “sob esse aspecto também a atuação do Supremo em sua suposta capacidade representativa parece escapar dos limites estabelecidos pela Constituição para ação de urgência” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 182).

A explicação que se dá para essa demora excessiva para o STF decidir um processo está relacionada à complexidade e à carga de trabalho. Quanto à complexidade, veja-se que não é tarefa fácil analisar um processo que questiona um ato dos Poderes eleitos deliberado durante meses ou anos. Some-se a isso o elevado número de processos recebidos pelo Supremo, como demonstrado por Vieira anteriormente. Todavia, essa explicação é incompatível com uma outra prática também da Corte, qual seja, a de emitir decisões que não analisam da forma como deveriam questões importantes. Nessa toada, algumas decisões colegiadas que concederam liminares em controle concentrado, ou seja, paralisaram a decisão do legislador, foram tomadas em horas, como na ADI nº 193<sup>60</sup>, que teve uma liminar decidida em 15 horas no sentido de suspender trechos da Constituição do Espírito Santo relativos à remuneração de militares, ou a ADI nº 4.698<sup>61</sup>, que teve uma liminar decidida em 20 horas no sentido de suspender incisos da Constituição do Maranhão (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 182-183).

Diante da explicação incoerente para justificar a demora nos julgamentos, o que os dados indicam é que o Supremo adota, de regra, uma postura passiva, uma

---

<sup>60</sup> ADI nº 193/ES, Rel. Min. Carlos Velloso.

<sup>61</sup> ADI nº 4.698/MA, Rel. Min. Roberto Barroso.

vez que convalida as escolhas dos poderes democraticamente eleitos através da sua inércia. Para tanto, o STF posterga “por anos ou até décadas as decisões de mérito sobre leis federais” e age estrategicamente mediante a construção discricionária da pauta (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 210). Isto é, a agenda do colegiado do STF, diante do poder monocrático dos julgadores, é definida mediante a escolha do que os membros não julgarão monocraticamente. Essa escolha e os seus critérios não são expressos, então são difíceis de serem compreendidos e controlados (VIEIRA, 2008, p. 148). Por isso, a agenda postergada e invisível do Supremo é tão importante quanto sua agenda formalizada e visível (FALCÃO; ARGUELHES, 2017, p. 20).

Nesse sentido, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 18) sinalizam que, quando não existe prazo nem mesmo para um tribunal decidir se decide, pode tão somente silenciar, por vezes durante anos, “sobre uma questão inconveniente, mesmo sem poder formalmente dizer que não a decidirá”. Essa discricionariedade decorrente da ausência de um prazo para decidir faz com que o *status quo* seja mantido apesar de eventuais protestos de uma minoria política. Por isso, inclusive, os autores (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 25) comparam o poder de definir a agenda ao poder de decidir, comparação que pode ser resumida em: “ministro decide individualmente, e ministro decide individualmente se e quando poderá haver decisão colegiada sobre sua decisão individual”.

Para compor a agenda do Tribunal, o Ministro relator deve liberar o caso para julgamento, no exercício de um poder individual descentralizado, e o Presidente do Tribunal deve incluir o processo em pauta, expressando um poder individual centralizado. Estando em pauta, existe, ainda, o pedido de vista, o qual, em tese, teria como objetivo o aprofundamento do entendimento de um Ministro sobre o caso, mas, corriqueiramente, é utilizado apenas para postergar o julgamento do processo, ficando em média durante um ano parado (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 20). Nesse contexto, há “uma perigosa seletividade em relação ao que entra na pauta do STF e o que fica eternamente aguardando julgamento” (VIEIRA, 2008, p. 148).

Dessa forma, os Ministros tendem a receber os casos e deixá-los em uma ‘lista de espera’ em seus gabinetes. Os processos somente vão para julgamento de acordo com os poderes discricionários dos juízes constitucionais, os quais compatibilizam o momento do julgamento com as suas agendas políticas. Isso porque o desenho do Supremo autoriza que cada um de seus membros deliberadamente manipule “a data dos julgamentos, de modo a criar um contexto mais favorável a suas

ambições políticas” (BUSTAMANTE, 2021, p. 20). Diante disso, a questão sobre “o que pautar?” se torna refém de opções individuais sobre ‘quando pautar?’” (LEAL, 2017a, p. 58).

Nessa toada, o próprio Barroso (2017) reconhece as disfuncionalidades do Supremo relacionadas às suas competências e à sua demanda alta. Nas palavras do Ministro:

[...] No modelo atual, as pautas são feitas às quintas-feiras, com dezenas de processos para serem julgados na quarta e na quinta-feira seguintes, o que é uma fórmula péssima. Sem tempo para se prepararem adequadamente, os ministros votam com pouca reflexão ou pedem vista. Também é procedente a crítica de que o volume astronômico transforma o processo decisório do Tribunal, em mais de 90% dos casos, em uma Corte de decisões monocráticas.

Na vida real, o que acontece é que os ministros e o presidente fazem, de modo individual e improvisado, o que no resto do mundo é feito de maneira institucional. Cada ministro, com seu gabinete, seleciona o que vai levar a Plenário, cabendo ao presidente fazer a pauta. De modo que julgamentos efetivos em Plenário são cerca de 100 ou 200 processos por ano (julgamentos em lista não contam), o que não destoaria quantitativamente de outros países. Mas, de fato, o volume de processos e a pouca antecedência da pauta comprometem a qualidade da atuação do Tribunal e motivam os controvertidos pedidos de vista<sup>62</sup>, apelidados, em alguns casos com justa razão, de “perdidos de vista”. De modo que os que professam essa crítica podem se juntar a mim no esforço de transformar o Tribunal, reduzindo a voracidade terceiro-mundista de tudo julgar, na crença equivocada de que competência é poder, mesmo que mal exercida (BARROSO, 2017, p. 568).

Barroso (2017, p. 568) também propõe uma mudança para diminuir a demanda do Supremo e, por consequência, aumentar a qualidade de suas decisões: a inadmissão de mais recursos extraordinários com repercussão geral do que o Supremo possa julgar em um ano. Os processos cujos recursos não forem selecionados transitarão em julgado. Aliado a isso, o Ministro (BARROSO, 2017, p. 568) sugere que a escolha dos recursos com repercussão geral seja feita por semestre, através de um critério comparativo. Depois de selecionado, designa-se a data do julgamento do processo. Assim, os processos selecionados primeiro serão os primeiros a serem julgados. Por exemplo, um recurso com repercussão geral selecionado em junho de 2016 será julgado no dia 3 de fevereiro de 2017, como o

<sup>62</sup> Conforme o III Relatório do Supremo em Números (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 92), “o total de pedidos de vista formulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal” de 1988 até 2013 foi de 2.987. Até o dia 31/12/2013, 124 desses pedidos ainda não haviam sido devolvidos. “Os outros 2.863 já tinham sido devolvidos. A média de duração daqueles ainda não devolvidos é de 1.095 dias. Entre os já devolvidos é de 346 dias” (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 92).

primeiro caso da pauta; o segundo recurso selecionado será julgado no dia 10 de fevereiro de 2017, como primeiro processo da pauta.

Enfim, diante de todo o contexto que assola o STF nos dias atuais, a presente análise demonstra que o Supremo não tem decisões de qualidade a ponto de ser o representante do povo. A sua demanda excessiva demonstra uma necessária reformulação em alguns aspectos do Tribunal. Entretanto, mesmo com eventuais mudanças, é preciso que a instituição e os seus Ministros individualmente mudem a sua forma de lidar com os processos. Necessita-se que o fenômeno da ministocracia deixe de ser um fenômeno para ser uma situação pontual e excepcional. Além disso, os Ministros têm de decidir em um tempo mais célere, sem deixar que os processos até percam o seu sentido quando forem julgados tamanho o tempo que se passou. E, por fim, a construção da pauta não deve ser deixada ao total arbítrio dos membros da Corte, sem mecanismos para impedir que os processos sejam esquecidos conforme melhor atender aos interesses dos Ministros.

Deve-se ressaltar que o presente subcapítulo não pretende propor soluções para os complexos problemas do STF, mas apenas lançar luz em disfuncionalidades que, por si sós, são um grande problema e, em um debate sobre um possível papel representativo a ser atribuído ao Supremo, são um problema maior ainda. Destarte, é pertinente o questionamento de Falcão e Arguelhes (2017, p. 28) para sintetizar o que foi abordado neste ponto: “como o Supremo se apresenta? Como instituição, ou como onze – onze agendas, onze argumentos, onze vozes, onze poderes?”. Diante do que foi demonstrado, pode-se dizer que, atualmente, o STF se apresenta como onze.

## 4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ME REPRESENTA? DA ILEGITIMIDADE DA CORTE PARA A REPRESENTAÇÃO DO POVO AO SEU APRIMORAMENTO

Neste capítulo, chega-se ao cerne do problema: o Supremo é o representante do povo? Conforme se verá, a conclusão deste trabalho é de que não, o STF não tem essa competência e nem poderia tê-la. Para explorar esse ponto, inicialmente, sustentar-se-á a ilegitimidade democrática da Corte para o exercício do papel representativo, enfatizando que o seu papel, por excelência, é o contramajoritário. Nesse sentido, de nada adianta trocar uma representação que está em crise (a parlamentar) por outra que não tem legitimidade para exercer essa atribuição (a judicial). Em decorrência disso, defender-se-á que a solução da crise de representatividade da classe política não está em simplesmente transportar essa representatividade para o Judiciário, mas sim em atribuir maior responsabilidade política aos representantes eleitos, principalmente, por meio do sufrágio universal. Ainda, abordar-se-á os argumentos de princípio, utilizados pelos juízes na prestação da jurisdição, os quais reforçam a ilegitimidade do STF para exercer o papel representativo. Em seguida, destacar-se-á que, apesar de o Supremo não ser o representante do povo (e nem ter legitimidade para exercer esse papel), existem mecanismos democráticos que podem ser introduzidos ou aprimorados na prática do Tribunal, a fim de que o seu papel contramajoritário seja prestado com mais qualidade e *accountability*, fortalecendo as suas credenciais democráticas. Para abordar esses mecanismos, preliminarmente, discorrer-se-á sobre a doutrina do constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel. Serão abordados (de forma não exaustiva) os seguintes mecanismos democráticos: (i) o respeito ao contraditório substantivo nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) a emissão de decisões preferencialmente colegiadas; (iii) o aprimoramento de mecanismos de participação popular em processos constitucionais, como a realização de audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*; e (iv) a interpretação extensiva do rol de legitimados para interpor ação direta de inconstitucionalidade.

### 4.1 A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O EXERCÍCIO DO PAPEL REPRESENTATIVO

Neste ponto da pesquisa, explorada a tese de Luís Roberto Barroso sobre o suposto papel representativo atribuído ao Supremo Tribunal Federal, bem como algumas das críticas a essa proposta, chegou o momento de responder o questionamento de base de toda a presente investigação: afinal, o Supremo Tribunal Federal representa a população? E a resposta é: não. O STF, na prática, não representa o povo, e nem deveria representá-lo.

Para explicar a resposta dada ao problema de pesquisa e encadear os pontos abordados até o momento, serão explorados alguns temas e retomados outros já explorados.

De início, pertinente retomar a crise de representatividade da classe política, abordada no subcapítulo 2.1, a qual estaria relacionada ao suposto papel representativo do Supremo, conforme entende Barroso (2015). Diante de uma crise de representação do povo, questiona-se se a solução mais adequada seria trocar uma representação (a política) por outra (a do STF). Do que já foi apresentado neste trabalho, pode-se afirmar que não. “Não será possível eliminar os efeitos” da crise de representatividade sem atuar sobre as suas causas (DALLARI, 2000, p. 21). O modo de combater essa crise é com mais responsabilidade política por parte da classe eleita, e não simplesmente buscando outro Poder para exercer a representação do povo.

A responsabilidade política dos representantes eleitos é entendida como a “outra face” da representação e o seu surgimento está associado ao princípio flexível da separação dos Poderes, apresentado no subcapítulo 3.1, no viés de que o Poder controla o Poder (ROSO, 2015, p. 175). A responsabilidade política parte da ideia de que os governantes são cidadãos que receberam um mandato para exercer uma função de acordo com os interesses dos seus representados. Caso não seja fiel ao seu mandato, o governante pode e deve ser responsabilizado (DALLARI, 2000, p. 14), pois a expectativa de ser responsabilizado impacta o comportamento do agente político e a maneira como o comportamento é explicado e justificado (OLSEN, 2018, p. 25).

Para Jorge Miranda (2019, p. 651), a responsabilidade política engloba a “responsabilidade-representação” e a “responsabilidade-fiscalização”. Segundo Coutinho (2013, p. 8102), apesar de existir uma divisão conceitual entre esses termos, eles se correlacionam e são interdependentes.

A “responsabilidade-representação”, também entendida como responsividade (*responsiveness*), está relacionada à crítica dos cidadãos mediante o exercício das liberdades fundamentais ou eleições periódicas (MIRANDA, 2019, p. 651). Em outros termos, a responsividade é “um processo de correspondência entre os anseios, expectativas e demandas dos cidadãos” (MAIOLINO, 2014, p. 72)

Sobre o tema, Pitkin (1972, p. 232, tradução nossa) explica que os governados devem ter a capacidade de ação, incitando a iniciativa governamental, de modo que os governantes serão persuadidos a responder. Isto é, em um governo representativo, os cidadãos devem poder expressar os seus desejos aos representantes, e esses, salvo se houver uma boa razão em sentido contrário, devem responder a esses desejos. Não é necessário que haja uma constante atividade de respostas, mas é preciso que haja uma constante condição de responsividade, ou seja, uma prontidão para responder (PITKIN, 1972, p. 233, tradução nossa).

Por sua vez, a “responsabilidade-fiscalização” diz respeito à prestação de contas dos políticos eleitos perante os eleitores. Nesse sentido, Olsen (2018, p. 25) desenvolveu o conceito de *accountability* democrática, a qual “implica a governança baseada em *feedback*, no aprendizado com a experiência e no consentimento informado dos governados”. Os governantes têm o dever de prestar contas aos governados, e “as demandas de *accountability* podem ser acionadas quando algo dá errado”, quando “as rotinas institucionais não funcionam como esperado” ou quando ocorre o desvio de regras, metas e contratos (OLSEN, 2018, p. 27-28). A legitimidade do poder depende da sua *accountability*, e o governo que não cumpre com a sua obrigação de prestar contas gera um déficit democrático.

Em complemento, para Grant e Keohane (2005, p. 29, tradução nossa), *accountability* significa que alguns atores têm o direito de impor a outros atores certos padrões, de julgar se eles cumpriram com as suas responsabilidades de acordo com esses padrões e de aplicar sanções se eles não tiverem cumprido com as suas responsabilidades a contento. Assim, *accountability* pressupõe uma relação entre os detentores de poder e aqueles que os fiscalizam, de modo que, além dos padrões operativos para a prestação de contas, há um reconhecimento geral de legitimidade em relação à autoridade das partes da relação (um para exercer os poderes e o outro para controlá-lo) (GRANT; KEOHANE, 2005, p. 29, tradução nossa).

Tendo em vista as facetas teóricas da responsabilidade política, ganha especial relevo o sufrágio universal.

As eleições periódicas marcam um momento importante em que os representantes prestam contas da sua atuação aos representados (ROSO, 2015, p. 178) e servem de instrumento de responsabilidade difusa (COUTINHO, 2013, p. 8107). Nesse sentido, as eleições são a oportunidade de mudança dos representantes que não foram aprovados pelos representados, os eleitores podem dar “a mais severa punição ao agente político despreparado, irresponsável ou corrupto” através da sua não eleição ou não reeleição (DALLARI, 2000, p. 16).

Portanto, para resolver o problema da ausência de representatividade da classe política, seguindo a linha de considerações citadas, a população deve ter uma atuação ativa no seu papel de exigir dos representados que cumpram com os seus deveres e responsabilidades nos moldes dos anseios populares. Isso apenas não deve ser observado se existir uma boa razão em sentido contrário, como, por exemplo, a violação a direitos fundamentais. Essa exigência é efetivada através da escolha consciente dos representantes nas eleições periódicas, com a substituição daqueles políticos que não efetivamente representem o povo.

Outrossim, a par de não ser adequado tão somente trocar uma representação por outra sem atuar sobre as causas de ausência de representatividade do poder representativo por excelência, o papel essencial do STF é ser contramajoritário, e não representativo. O papel contramajoritário, de regra, universalmente aceito, verifica-se no controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Legislativo e do chefe do Poder Executivo (BARROSO, 2015, p. 36). Ou seja:

[...] onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito do Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2015, p. 36).

A dificuldade contramajoritária, explicada por Bickel (1962, p. 16-26), representa a situação em que a Suprema Corte reconhece a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos dos Poderes democraticamente eleitos, exercendo o controle não em nome da maioria, mas contra ela. Isso se dá em virtude de que os tribunais têm capacidades de lidar com questões de princípios que os demais Poderes não têm. Dessa forma, os Ministros do STF, que não são eleitos pela vontade popular,



desempenham um papel eminentemente político ao invalidar atos do Legislativo ou do Executivo (BARROSO, 2013, p. 876).

Para Barroso (2015, p. 36), a jurisdição constitucional é legitimada a exercer o papel contramajoritário a partir de dois fundamentos, quais sejam, (i) “a proteção dos direitos fundamentais”, que não comportam o seu afastamento “por deliberação política majoritária”, e (ii) “a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”, sendo atribuição do Judiciário e, especialmente, do STF, a guarda da Constituição “contra o risco da tirania das maiorias<sup>63</sup>”. O risco da tirania das maiorias acontece devido ao fato de que “a vontade do povo praticamente significa a vontade do maior número ou da parte mais ativa da população”, isto é, da maioria (MILL, 2003, p. 75, tradução nossa). “A maioria, conseqüentemente, pode desejar oprimir os outros”, o que demanda precauções (MILL, 2003, p. 75-76, tradução nossa). Nesse ponto, considerando que o Supremo é o responsável pela guarda da Constituição, inclusive como precaução ao risco da tirania das maiorias, é inevitável que o Poder Judiciário exerça uma “superfunção fiscalizadora” sobre os outros Poderes, a qual, contudo, não é antidemocrática na medida em que o seu fundamento advém da própria ordem constitucional (SOUZA, 1979, p. 180).

A legitimidade da jurisdição constitucional provém justamente do seu caráter contramajoritário, o qual expressa o seu papel de guardião de um pacto firmado anteriormente às disputas do dia a dia de uma sociedade. Esse pacto é a Constituição Federal, que deve prevalecer sobre a vontade da maioria para que a minoria, vencida no embate político, não seja oprimida. Portanto, o comportamento contramajoritário da Corte Constitucional está no ato de concretização da Constituição em detrimento da função legislativa do Poder representativo que foi eleito (KOLLER; RIBEIRO, 2018, p. 507).

---

<sup>63</sup> Em uma perspectiva contrária, Waldron (2006, p. 1396, tradução nossa) defende que, assim como as instituições democraticamente eleitas serão tirânicas em certos assuntos, as Cortes também agirão de forma tirânica em alguns processos decisórios. Injustiça é o que ocorre quando os direitos ou interesses da minoria são injustamente subordinados aos da maioria. Nos casos em que acontece uma injustiça decorrente de decisões majoritárias, é necessário distinguir a maioria decisória e a minoria e aquilo que Waldron (2006, p. 1397, tradução nossa) chama de maioria e a minoria “tópicas”, isto é, a maioria e os grupos minoritários que têm direitos em jogo na decisão. Nessa toada, em certas situações, a maioria decisória tem os mesmos membros do que a maioria tópica, e a minoria decisória conta com os mesmos membros do que a minoria tópica. Isso se verifica, por exemplo, nos casos de injustiça racial, em que legisladores ou juizes brancos (maioria decisória) votam pelo privilégio branco (maioria tópica), e os legisladores ou juizes negros (minorias decisórias) perdem na luta por direitos iguais para os negros (minorias tópicas). São nesses casos que Waldron (2006, p. 1397, tradução nossa) acredita que se deve preocupar com a tirania da maioria.

Aliás, o Supremo tanto não é representativo que sequer pode utilizar argumentos de política (argumentos típicos dos representantes eleitos), mas tão somente de princípio. Essa tese é de Dworkin e foi brevemente abordada no capítulo 2.1, merecendo maior aprofundamento nesse momento.

Antes de tudo, repita-se: os juízes não são e nem deveriam ser legisladores delegados, e está equivocado o pressuposto de que eles estariam “legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas” (DWORKIN, 2002, p. 129). Esse pressuposto desconsidera a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política.

Dworkin (2002, p. 36) considera que os princípios são a base da legitimidade dos julgamentos das Cortes Constitucionais. Isto é, o controle de constitucionalidade dos Tribunais apenas é legítimo quando fundado em princípios, e não em políticas (MELLO, 2004, p. 90). Segundo Motta (2014, p. 235), o jusfilósofo norte-americano entende que os membros da sociedade têm direito “a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado”. Dessa forma, as decisões jurídicas devem advir do conjunto de princípios que forneçam a melhor justificativa para o caso. As Cortes devem garantir aos indivíduos que as suas questões, envolvendo a moralidade política, serão debatidas e decididas como questões de princípio, e não de política. É isso que caracteriza o Judiciário como o fórum do princípio (abordado no capítulo 2.1).

Para Dworkin (2002), princípio tem um conceito substantivo, uma vez que o seu conteúdo é definido por “valores morais, vinculados à ideia de justiça ou a outras dimensões da moralidade” (MELLO, 2004, p. 90):

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Por sua vez, política é um padrão que “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Os julgamentos envolvendo argumentos de política são exclusivos dos poderes eleitos, não se submetendo ao controle ou aplicação pelos Tribunais (MELLO, 2004, p. 90).

Os argumentos de princípio e os argumentos de política são argumentos políticos *lato sensu*. A distinção tem como ênfase a existência de argumentos de princípio político, relacionados aos direitos políticos individuais dos cidadãos, e aos argumentos de procedimento político, no sentido de que uma decisão particular irá promover alguma concepção de bem-estar geral ou interesse público. A visão correta é a de que juízes decidem e devem decidir com base nos argumentos de princípio político, mas não com fundamento em argumentos de procedimento político (DWORKIN, 1985, p. 11).

Nesse ponto, como bem analisa Motta (2009, p. 166), para o autor norte-americano, “um direito político é um objetivo político” individualizado. Assim, os argumentos de princípio são destinados a definir um direito individual, ou seja, justificam uma decisão política no sentido de que a decisão respeite ou garanta um direito de um sujeito ou de um grupo. Veja-se, por exemplo, que o argumento em defesa das leis antidiscriminatórias segundo o qual os grupos minoritários têm direito à igual consideração e respeito é um argumento de princípio (DWORKIN, 2002, p. 129-130).

Os argumentos de política são destinados a definir um objetivo coletivo. A título ilustrativo, é um argumento de política aquele em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica para proteger a defesa nacional (DWORKIN, 2002, p. 129-141).

Para os Poderes eleitos, especialmente no processo legislativo, os dois argumentos são válidos. Não é raro, inclusive, que os políticos justifiquem os seus atos conforme a proteção dos direitos dos cidadãos (MOTTA, 2009, p. 116). Um programa legislativo complexo vai, de regra, demandar os dois tipos de argumento (DWORKIN, 2002, p. 130).

Todavia, ao se conceber que o direito político é um objetivo político individualizado, note-se que o processo legislativo tem um papel determinante para estabelecer a lógica judiciária: “o de transformar uma questão de política em uma questão de princípio” (MOTTA, 2009, p. 116). Por exemplo:

Suponhamos que um fabricante de aviões mova uma ação para receber o subsídio que a lei prevê. Ele invoca seu direito ao subsídio; sua argumentação é um argumento de princípio. Ele não argumenta que a defesa nacional seria melhorada com o subsídio que lhe fosse concedido; poderia, inclusive, admitir que a lei estava politicamente errada quando foi adota, ou que, por razões políticas, deveria ter sido revogada já há muito tempo. Seu direito a um subsídio não mais depende de um argumento de política, pois a lei o transformou em uma questão de princípio (DWORKIN, 2002, p. 131).

Sobre o ponto, explica Motta (2009, p. 117):

A lei – mesmo que tenha a sua edição justificada em argumentos de política, como acontece no caso da concessão de um subsídio a determinado segmento da economia –, ao reconhecer um direito a alguém, faz com que o beneficiário da norma não mais dependa dos originais argumentos de política para a obtenção do benefício (no caso, o tal subsídio): isso porque, nesta hipótese, a lei o terá transformado em uma questão de princípio (MOTTA, 2009, p. 117).

Nessa linha de considerações, a leitura moral da Constituição, tese de Dworkin acerca da interpretação constitucional, explorada também no capítulo 2.1, tem estreita ligação com a promessa feita aos cidadãos de que as questões submetidas ao Judiciário serão vistas como uma questão de princípio. Em outras palavras, o dever de os juízes de se ater aos argumentos de princípio quando revisam constitucionalmente as leis e os atos normativos é a consequência do dever de igual consideração e respeito, visto que “o ideal de integridade determina que o Direito seja aplicado de forma coerente e equânime” (MOTTA, 2014, p. 237).

A aplicação coerente do direito é uma forma de responsabilidade política dos juízes. Essa responsabilidade diz respeito às decisões tomadas de forma coerente em uma esfera mais geral da teoria política e também com as demais decisões a serem adotadas (MOTTA, 2014, p. 237). Nesse sentido, condena-se:

A prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas (DWORKIN, 2002, p. 137).

É justamente em razão disso que a decisão jurídica deve ter como fundamento argumentos de princípios. Se for produzida por argumentos de política, o magistrado “teria liberdade de tomar decisões que não se ajustem com as decisões anteriores, e nem com as hipotéticas decisões futuras” (MOTTA, 2014, p. 237). Portanto, o dever de emitir decisões com base em princípios está interligada com a aplicação coerente do direito.

Além disso, a ideia de democracia com a concepção constitucional de Dworkin, vista no capítulo 2.1 deste trabalho, relaciona-se com esse ponto. Mesmo que as decisões políticas sejam tomadas por agentes eleitos nas eleições populares, em ocasiões especiais, instituições e procedimentos não majoritários devem ser

empregados, porque são “mais eficazes na proteção dos direitos que garantem a igual consideração e respeito por todos os indivíduos” (MELLO, 2004, p. 93).

A objeção às decisões judiciais no sentido de que os juízes não são eleitos é ainda mais latente na hipótese de se admitir a utilização de argumentos de política. Isso porque, ao se definir matérias envolvendo o bem-estar geral, deve-se ter algum processo político que garanta a “expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração” (DWORKIN, 2002, p. 133). Pior seria se os juízes, que não são eleitos, fundamentassem as suas decisões (ou pudessem assim fazê-lo) com base em argumentos de política, à revelia do devido processo eleitoral de escolha dos representantes pela sociedade (MOTTA, 2009, p. 117).

Essa objeção se torna menos relevante quando uma Corte julga com base em princípios, visto que esse tipo de argumento “nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade” (DWORKIN, 2002, p. 134). No argumento de princípio, estipula-se uma vantagem apresentada por aquele que acionou o Poder Judiciário para ver o seu direito reconhecido, o que faz com que seja irrelevante as sutis discriminações dos argumentos de política que pudesse se opor a essa vantagem.

Enfim, de tudo isso, depreende-se que o Supremo não detém legitimidade para ser o representante da maioria. O seu papel fundamental, no exercício da jurisdição constitucional, é assegurar a autoridade da Constituição – e a autoridade da Constituição é ser contramajoritária, protegendo o direito das minorias em defesa das maiorias eventuais. Caso se objetive resolver o problema da crise de representatividade dos Poderes eleitos, deve-se atacar o seu problema, atribuindo maior responsabilidade política aos governantes eleitos, e não simplesmente transferir uma representação disfuncional para outro órgão que não tem essa competência na ordem constitucional brasileira. Isso é reforçado pela ideia de Dworkin de que os Tribunais, e, nisto, está o STF, devem decidir por argumentos de princípios, e não de política (exclusivos dos representantes eleitos).

#### 4.2 UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO: O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E OS MECANISMOS DEMOCRÁTICOS PARA O APRIMORAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ainda que o STF não seja o representante do povo, existem mecanismos para que o Tribunal seja aprimorado e mais democrático, prestando mais contas ao povo (*accountability*). Note-se que essa maior democratização do Supremo não se confunde com um suposto papel representativo, o qual já foi suficientemente rechaçado pelo presente trabalho, mas sim em dar uma maior variedade e eficiência de mecanismos para que o Tribunal exerça o seu papel por excelência – o contramajoritário – de uma forma mais democrática.

Tendo isso em perspectiva, abordar-se-á o constitucionalismo democrático como teoria de base para a ideia de que o STF seja mais democrático. A partir dessa teoria, apresentar-se-ão alguns mecanismos que podem fazer com que a atuação do o Supremo seja aprimorada, a saber, (i) o respeito ao contraditório substantivo nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) a emissão de decisões preferencialmente colegiadas; (iii) o aprimoramento de mecanismos de participação popular em processos constitucionais, como a realização de audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*; e (iv) a interpretação extensiva do rol de legitimados para interpor ação direta de inconstitucionalidade.

O constitucionalismo democrático de Post e Siegel (2007, p. 376, tradução nossa) entende que os cidadãos podem interagir com a Suprema Corte, fazendo reivindicações sobre o significado do texto constitucional, constituído por conceitos abertos. Trata-se de uma negociação entre o Estado de Direito e o autogoverno. Com essa interação, a Corte preserva a integridade da lei, mas não deixa que as demandas da camada minoritária da sociedade sejam deixadas à própria sorte. Veja-se que essa interação não significa atribuir um papel representativo ao Tribunal. Pelo contrário, o que se prega pelo constitucionalismo democrático é que a Corte seja mais aberta à oitiva dos indivíduos que não venceram o processo político majoritário, de sorte que o seu papel contramajoritário é aperfeiçoado.

Segundo Bunchaft (2011, p. 158), Post e Siegel entendem que os princípios constitucionais podem ser utilizados para uma “abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais”. Nesse sentido, a compreensão constitucional é renovada pela atuação dos movimentos sociais, considerando-se, inclusive, a linguagem aberta da Constituição. Os significados do texto constitucional podem ser interpretados a partir da leitura moral da Constituição

de Dworkin, pois, dessa forma, a moralidade crítica romperia com valores sociais preconceituosos (BUNCHAFT, 2011, p. 160).

A ideia central do constitucionalismo democrático, que tem relevância para este trabalho, é a “defesa da abertura da interpretação judicial da Constituição às demandas e expectativas provenientes de atores não institucionais da sociedade civil” (SARMENTO, 2017, p. 389). Assim, a esfera constitucional pode ser “um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento” dos direitos das minorias que perderam o processo político majoritário (BUNCHAFT, 2011, p. 160). Em outras palavras, o Judiciário, por meio de uma leitura substantiva da Constituição, pode proteger os grupos sociais minoritários, no exercício do seu papel contramajoritário, das decisões majoritárias (BUNCHAFT, 2011, p. 163). Nesse viés, o constitucionalismo democrático de Post e Siegel é (BUNCHAFT, 2014, p. 125):

No sentido de que certas formas de judicialização voltadas para a resolução de questões morais controversas relativas a direitos fundamentais de minorias podem assumir uma dimensão positiva para a cultura constitucional, em contraposição a perspectivas minimalistas<sup>64</sup> (BUNCHAFT, 2014, p. 125).

Ao contrário do constitucionalismo popular (POST; SIEGEL, 2007, p. 379, tradução nossa), o constitucionalismo democrático de Post e Siegel não pretende retirar a interpretação constitucional da Corte Constitucional, e nem mesmo atribuir-lhe um papel mínimo. O que se intenta é que o Tribunal seja um parceiro das instituições democráticas, em especial as não majoritárias, na construção do sentido do texto constitucional, de modo que as minorias não fiquem à mercê do entendimento majoritário das políticas eleitorais (BARRON, 2006, online, tradução nossa). Portanto, o constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial do Judiciário na efetivação de direitos (POST; SIEGEL, 2007, p. 379, tradução nossa).

Considerando o constitucionalismo democrático de Post e Siegel, passa-se ao STF. Algumas das atuais condições do Supremo incentivam que “mesmo os mais bem-intencionados e competentes ministros prestem um desserviço ao sistema jurídico e político da nação” (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 194). Em decorrência

---

<sup>64</sup> O minimalismo judicial é defendido por Cass Sunstein (1999, p. 5-6, tradução nossa) para que a deliberação democrática seja potencializada, garantindo-se que decisões importantes e controversas sejam definidas pelos atores democraticamente eleitos. Conforme Bunchaft, Limberger e Cristianetti (2016, P. 992), “o juiz minimalista zela pelos atributos da estreiteza e superficialidade”, de modo que o “judiciário deve se abster de utilizar regras amplas e teorias abstratas, atendendo-se ao que é estritamente necessário para o julgamento do caso concreto”.

disso, o presente trabalho propõe alguns mecanismos democráticos para que a prestação da jurisdição constitucional pelo STF possa ser aprimorada.

O primeiro mecanismo proposto é a observância do contraditório substancial no controle concentrado de constitucionalidade do STF. O contraditório é um reflexo do princípio democrático e pode ser dividido em duas garantias: a participação e a possibilidade de influenciar na decisão judicial. A primeira garantia, referente ao direito de ser ouvido, é a dimensão formal do contraditório, ou seja, o seu conteúdo mínimo. A segunda garantia reflete a dimensão substancial do contraditório. Nesse sentido, “não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. [...] É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional” (DIDIER JR., 2019, p. 107). A dimensão substancial faz com que toda questão que influencie no julgamento passe pelo contraditório.

Em complemento, Theodoro Júnior e Nunes (2009, p. 2) afirmam que não é mais possível analisar o contraditório apenas como garantia formal de bilateralidade de audiência. Em um Estado Democrático de Direito, é preciso “perceber novas perspectivas de análise de processo” (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 1). Nesse sentido, o contraditório deve ser visto, também, como uma possibilidade de influência “sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa” (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 2).

Nessa toada, o Código de Processo Civil prevê, nos artigos 9º e 10 (BRASIL, 2015), o princípio da não surpresa e do contraditório substancial, segundo o qual é defeso ao juízo decidir com base em fundamento de fato ou de direito ao qual as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar. A finalidade é resguardar o direito das partes de influenciar nas decisões. O código processual, ainda, no artigo 489, § 1º (BRASIL, 2015), dispõe sobre o princípio da motivação específica, constando expressamente o que não se considera uma decisão fundamentada.

Inobstante a positivação do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), entende-se que essas previsões não se aplicam aos processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Isso porque, nessas hipóteses, não se está diante de uma decisão que afetaria direta e imediatamente a esfera subjetiva do indivíduo, visto que não há “interesses em disputa ou uma lide a ser decidida”



(BARCELLOS, 2019, p. 124). Nesse ponto, importante a observação de Streck (2019, online):

Uma garantia constitucional, um direito fundamental não pode ser aplicado mediante oração adversativa, com um rotundo “mas” ou um “porém”, [...] Lembro aqui do “filósofo” Ned Stark, personagem de *Game of Thrones*, quem dizia: tudo que vem antes da palavra “mas” não importa. *Nothing someone says before the word but really counts*.

Pensando bem, de que adianta dizer que fulano tem a seu favor todas as garantias, mas, neste caso, não. Ora, seria mais fácil e rápido dizer: não tem direito algum (STRECK, 2019, online).

Outrossim, para o Supremo<sup>65</sup>, as causas julgadas pelo controle de constitucionalidade têm causa de pedir aberta, de modo que a Corte apenas está limitada ao pedido formulado na petição inicial, podendo decidir a ação por meio de fundamentos não apresentados pelo peticionante. Nas palavras de Barcellos (2019, p. 127):

Esse quadro não parece o ideal por ao menos duas razões, que se passa a expor. Em primeiro lugar, porque a natureza objetiva do processo de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que verdadeira em alguma medida, não afasta a realidade dos interesses em disputa e dos impactos que as decisões nessa espécie de processo produzem sobre a sociedade em geral, e sobre grupos dentro dela em particular, dependendo do tema em debate. Em segundo lugar, porque as garantias do contraditório e da motivação no âmbito dos processos de controle concentrado de constitucionalidade devem ser compreendidas à luz dos princípios republicano e democrático, que conduzem justamente o tema a soluções muito próximas daquelas adotadas pelo NCP (BARCELLOS, 2019, p. 127).

Em que pese o contraditório poder ser exercido de diversas maneiras, uma exigência básica é a de que os interessados, com posições antagônicas, possam se manifestar e influenciar a decisão. Todavia, o Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade, decide, muitas vezes, sem sequer citar ou considerar “os argumentos suscitados pelos *amici curiae* ou em audiências públicas” por exemplo (BARCELLOS, 2019, p. 130).

Barcellos (2019, p. 131) defende que o STF deveria examinar, para definir se acolhe ou não, os fatos e as razões apresentadas pelos participantes nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, pois, caso contrário, “qual seria o sentido do processo em si? E do contraditório?” E da possibilidade de os participantes do processo se manifestarem? Portanto, a primeira forma de aprimorar os julgamentos

---

<sup>65</sup> ADI 5749 AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

da Corte é a efetiva análise dos argumentos trazidos pelos participantes nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, o que beneficiaria os grupos minoritários, que já não foram atendidos (e muitas vezes nem ouvidos) no processo político majoritário.

Caso isso não aconteça, ao menos, o Supremo deve associar a causa de pedir aberta ao dever de ouvir os participantes do processo sempre que necessário, mesmo quando surja um novo fundamento. Assim, os participantes devem ter a possibilidade de se manifestar acerca de novos fatos e razões apresentadas ao Supremo, além de que o próprio relator, se pretender decidir a causa com base em novo fundamento, tem de fraquear a oportunidade de manifestação aos indivíduos integrantes da ação (BARCELLOS, 2019, p. 131).

O segundo mecanismo diz respeito às audiências públicas e aos *amici curiae*, os quais, embora independentes, serão abordados de forma relacionada. A existência das audiências públicas e a admissão dos *amici curiae* “costumam ser apontados – e invocados pelos próprios juízes – como elementos que pluralizam o acesso à jurisdição constitucional” (PEREIRA, 2017, p. 376). Entretanto, a existência desses mecanismos não é, em si mesma, uma garantia de que o Supremo atue de forma mais atenta à pluralidade.

As audiências públicas estão previstas nos artigos 9º, § 1º, e 20, § 1º, ambos da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999a), no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 (BRASIL, 1999b), e no artigo 13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF. Podem ser realizadas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF quando o relator entender pertinente em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante. Portanto, as audiências públicas realizadas no Supremo servem para que os Ministros consultem a especialistas acerca de determinadas matérias ou circunstâncias de fato. (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 332).

Por seu turno, o *amicus curiae*, expressão latina que significa ‘amigo da corte’, está disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999a), e no artigo 138 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), e é um “representante da sociedade civil, interveniente no processo” (MARONA; ROCHA, 2017, p. 138). Ele defende interesses dos grupos que representa e oferece à Corte a sua perspectiva sobre a matéria controvertida ou informações técnicas (LEITE, 2014, p. 133) “importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa” (BUENO, 2012, p. 143). O

*amicus curiae* pode atuar no processo de modo espontâneo ou provocado pelo juízo (COUTINHO NETO; MARINHO, 2019, online).

Não há qualquer critério objetivo e controlável no Supremo para a realização das audiências públicas e a aceitação do *amicus curiae*. Com isso, há uma considerável margem para a discricionariedade<sup>66</sup> do relator (PEREIRA, 2017, p. 378).

Nesse sentido:

Muitos estudos<sup>67</sup> realizados nos últimos anos demonstram a seletividade e a ausência de transparência e objetividade no uso desses instrumentos pelo STF, o que compromete a leitura de que possam ser entendidos como autênticas ferramentas de democratização (PEREIRA, 2017, p. 378).

Da decisão discricionária que admite a realização das audiências públicas e do *amicus curiae*, não cabe recurso (BARCELLOS, 2019, p. 126), o que exaspera a problemática da discricionariedade do relator. Então, inicialmente, para aprimorar a realização das audiências públicas e a admissão dos *amici curiae*, seria prudente que o STF adotasse algum critério objetivo mais suscetível de controle pela sociedade.

Especificamente sobre as audiências públicas, alguns pontos merecem maior ênfase. Inicialmente, percebe-se que as audiências públicas acontecem excepcionalmente (MARONA; ROCHA, 2017, p. 141). Apesar de a primeira audiência pública no STF ter sido realizada em 2007, até novembro de 2021, 35 audiências públicas foram realizadas no total<sup>68</sup>. Além disso, há “a diminuta presença dos outros ministros, além do presidente da sessão, à audiência pública” (ALMEIDA, 2013, p. 63). A média de Ministros presentes nas audiências, considerando aqueles que não eram os relatores e nem tinham convocado a audiência, é menor que dois para cada audiência, “variável capaz de explicar a parca citação das informações colhidas nas audiências pelos demais ministros” (SOMBRA, 2017, p. 245).

Isso leva a outro problema percebido por Lunardi (2020, p. 159): além do baixo índice de comparecimento dos Ministros às audiências convocadas, também se verifica que os argumentos trazidos às audiências pouco influenciam na argumentação dos Ministros. Exemplificativamente, Rocha e Marona (2014, p. 78-79),

<sup>66</sup> Ressalvados aqueles casos em que a realização das audiências públicas está prevista em lei como obrigatória, como na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 10.257/2001, entre outros.

<sup>67</sup> Nesse sentido, veja-se: MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte?; CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: o exemplo da ADPF 54.

<sup>68</sup> As referidas audiências públicas podem ser encontradas no site do STF a seguir: <http://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>.

a partir da análise da ADI nº 3510<sup>69</sup>, perceberam que houve um subaproveitamento do conteúdo da audiência pública realizada para a decisão emitida. E isso não aconteceu apenas nesse caso. A maioria dos Ministros, ao julgarem um processo, nem mesmo mencionam nos seus votos as audiências públicas realizadas (SOMBRA, 2016, p. 675, tradução nossa). Outrossim, nas audiências públicas, constata-se “a ausência de interação entre os seus participantes e os ministros” (ALMEIDA, 2013, p. 63).

Devido a esses problemas, as audiências públicas, no STF, estão sendo aproveitadas em um nível abaixo do seu potencial (LUNARDI, 2019, p. 159). Inobstante, continuam sendo importantes instrumentos informativos para os Ministros, visto que fornecem subsídios técnicos necessários para o julgamento dos casos. Assim, as audiências públicas formam um relevante mecanismo constitucional para o Supremo, pois, com isso, “os diversos membros da esfera pública pluralista e os agentes institucionais fornecem alternativas de interpretação constitucional” (ALMEIDA, 2013, p. 61).

Enfim, para que as audiências públicas sejam utilizadas pelo STF para aprimorar as suas decisões, devem participar “todos os membros da esfera pública pluralista e agentes institucionais interessados na discussão dos temas envolvidos” (ALMEIDA, 2013, p. 64). Ademais, caso mais Ministros participassem das audiências, efetivamente considerassem os argumentos trazidos quando da prolação das decisões (ALMEIDA, 2013, p. 64) e houvesse uma interação entre os sujeitos, ter-se-ia um debate mais amplo e aberto, portanto mais enriquecedor para a decisão judicial a ser proferida posteriormente.

Sobre o *amicus curiae*, o STF “não oferece incentivos para que os argumentos veiculados nos memoriais e nas sustentações orais do amigo da corte sejam considerados” (LEITE, 2014, p. 137). A intervenção do *amicus curiae* de nada adianta

---

<sup>69</sup> ADI 3510, Min. Ayres Britto. O caso é sobre a realização das pesquisas com células-troncos. Conforme análise feita por Rocha e Marona (2014, p. 78-79), “considerando, [...], os argumentos-chave, mobilizados na audiência pública (princípio da vida humana, potencialidades, limites e alternativas à pesquisa com células-tronco embrionárias) [...] pelo menos três ministros não recorreram de forma expressa às exposições da audiência pública para fundamentar seu voto, isto é, não relacionaram nenhum dos argumentos que utilizaram em seus votos com o conteúdo dos depoimentos prestados no evento”. Além disso, aqueles Ministros “que se posicionaram, em audiência, pela liberação das pesquisas, anteciparam esse argumento, sustentando a inconveniência e a impossibilidade da escolha de um marco único para o início da vida humana”, de modo que os argumentos dispendidos na audiência pública não influenciaram nas suas decisões (ROCHA; MARONA, 2014, p. 79).

se o Supremo não se sentir na obrigação de arcar com o ônus de considerar e apreciar os argumentos dos amigos da corte (NETTO; CAMARGO, 2010, p. 1351).

Outrossim, apesar de não haver “limitação legal à fase processual em que pode ser admitido” (COUTINHO NETO; MARINHO, 2019, online), normalmente, o Supremo apenas permite o ingresso do *amicus curiae* antes do início do julgamento do processo, mesmo que o julgamento “se prolongue por muitos meses por conta de pedidos de vista e que questões novas sejam suscitadas pelos Ministros ao longo do caminho” (BARCELLOS, 2019, p. 126). Aliado a isso, o STF, na análise criteriosa do artigo 138 do CPC (2015), exige que haja “utilidade e necessidade”<sup>70</sup> da intervenção do *amicus curiae*. Dessa forma:

Apesar de reconhecer a importância dialógica fruto da pluralidade de visões resultante da participação dos postulantes a amigos da corte, o tribunal restringe a admissão à premissa de efetiva utilidade e necessidade dessa intervenção.

Em outras palavras, mesmo considerando que a participação dos que se apresentem como amigos da corte tem um potencial de mostrar diferentes pontos de vista e aspectos, os postulantes devem apontar de plano como sua intervenção será útil (COUTINHO NETO; MARINHO, 2019, online).

Para que a intervenção dos *amici curiae* seja mais bem aproveitada, o Supremo deve considerar os argumentos sustentados. Além disso, seria interessante que os critérios de admissão da sua intervenção fossem mais flexíveis, e não somente a partir da análise prévia da utilidade e necessidade da intervenção e nem apenas antes do início do julgamento do processo, favorecendo o enriquecimento do debate.

O terceiro mecanismo proposto é o aumento de prolação de decisões colegiadas. Esse tema já foi abordado no capítulo 3.2, não merecendo maiores digressões neste momento. Apenas pontua-se, novamente, que a colegialidade permite que as discussões e, por consequência, as próprias decisões sejam lapidadas. Ao se propiciar que mais discussões aconteçam para a prolação de decisões colegiadas, estar-se-ia prestigiando o próprio entendimento dos grupos minoritários acerca do que está sendo decidido, o que está em consonância com o constitucionalismo democrático.

Por fim, o quarto mecanismo diz respeito à reinterpretação por parte do STF do rol de legitimados para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. O rol extenso de legitimados para provocar o STF a se manifestar em ações diretas de

---

<sup>70</sup> AgR ARE 1013138; 0512740-49.2015.4.05.8400, Min. Ricardo Lewandowski.

inconstitucionalidade costuma ser apontado como um forte indício de que o acesso à jurisdição constitucional foi pluralizado (PEREIRA, 2017, p. 376). Contudo, a existência desse rol não garante, por si próprio, o acesso dos mais variados grupos da sociedade civil.

As Cortes utilizam, corriqueiramente, uma “jurisprudência defensiva” para evitar o excessivo volume de trabalho ou para se evadir de se pronunciar sobre casos delicados e que não se coadunam com os interesses dos Ministros (SARMENTO, 2017, p. 391). A jurisprudência defensiva é a prática do STF (e também do Superior Tribunal de Justiça) de se valer “de interpretações extremamente restritivas, por meio de óbices jurisprudenciais” (FREIRE; CASTRO, 2013, p. 13). Porém, a jurisprudência defensiva impacta de forma desproporcional os grupos mais vulneráveis, porque esses grupos não têm condições de arcar com o valor cobrado pelos serviços de advocacia especializados na atuação perante os Tribunais Superiores, de modo que não conseguem acessar as Cortes mesmo que no controle difuso de constitucionalidade (PEREIRA, 2017, p. 376).

Um exemplo de jurisprudência defensiva é a necessidade de que as entidades de classe de âmbito nacional, previstas no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, sejam de caráter econômico ou profissional<sup>71</sup>. Trata-se de um bloqueio processual criado pelo próprio Supremo, que não está previsto na Constituição. Não pode se tratar, além disso, de entidade de classe com membros de diversas categorias profissionais, pois a composição heterogênea descaracterizaria a condição de representatividade de classe<sup>72</sup> (BRASIL, 2007). Portanto, estão excluídas do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, todas as entidades de classe de âmbito nacional “que não representam categorias profissionais e econômicas hegemônicas” (SARMENTO, 2017, p. 391).

Esse desenho jurisprudencial torna mais difícil o acesso da sociedade civil à Corte para proteger os seus direitos existenciais (PEREIRA, 2017, p. 378), em especial os movimentos sociais e os grupos vulneráveis. No que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, o acesso popular ao Supremo é praticamente impedido, e o trâmite processual do controle difuso de

---

<sup>71</sup> O *leading case* foi a ADI nº 42 do STF, julgada em 1992, “em que a Corte assentou, por maioria, que entidade de classe é a que reúne pessoas que exerçam a mesma atividade profissional ou econômica” (SARMENTO, 2017, p. 394).

<sup>72</sup> ADI nº 3.850-AgR, Relator Min. Eros Grau.

constitucionalidade, até que a ação chegue à cúpula do Judiciário brasileiro, é custoso e demorado (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 206).

Focando no controle concentrado de constitucionalidade, a título ilustrativo, um grupo de mulheres não consegue questionar uma lei sexista<sup>73</sup>. Da mesma forma, uma entidade envolvendo pessoas de religiões afro-brasileiras não pode impugnar normativas discriminatórias que favoreçam as religiões cristãs. Dessa maneira, há um hiato entre o discurso que legitima a jurisdição constitucional, envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais, a defesa das minorias, a garantia da democracia etc., e a prática institucional do Tribunal (SARMENTO, 2017, p. 391-392).

Esse déficit “poderia ser contrabalançado com uma interpretação mais elástica quanto aos legitimados para deflagrar a jurisdição abstrata” (PEREIRA, 2017, p. 377). Não existe nenhuma razão legítima para justificar a interpretação restritiva do Supremo sobre quais grupos comporiam as ‘entidades de classe de âmbito nacional’. ‘Classe’ é uma palavra extremamente vaga, podendo-se dar interpretações mais abertas e generosas. Além disso, a interpretação restritiva do STF (SARMENTO, 2017, p. 395):

Não se concilia com a interpretação teleológica da Constituição, pois [...] frustra o objetivo do texto magno, que foi democratizar o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Pior, ela colide frontalmente com a interpretação sistemática da Carta, afrontando o postulado de unidade da Constituição (SARMENTO, 2017, p. 395).

Essa noção de maior democratização do acesso ao controle concentrado de constitucionalidade foi trazida pela Constituição Federal de 1988 ao expandir o rol de legitimados para a proposição de ações no controle concentrado de constitucionalidade (SARMENTO, 2017, p. 389). Ademais, o aumento da participação social no Supremo é reforçado pela ideia de Barcellos (2017, p. 263):

De uma determinada perspectiva, a maior participação no âmbito dos processos judiciais é necessária a fim de assegurar legitimidade para que um órgão não eleito profira decisões com efeitos *quasi*-normativos, que afetam a todos (e não apenas às partes formais do processo). Ou seja: a legitimidade aqui está associada à ampliação dos efeitos subjetivos da decisão. De outra perspectiva, porém, e independentemente da ampliação dos efeitos subjetivos de suas decisões, a maior participação da sociedade nos processos judiciais conferiria aos tribunais maior legitimidade no que diz

---

<sup>73</sup> Aliás, para embasar o constitucionalismo democrático, “Siegel e Post exemplificam as lutas feministas nos EUA como exemplos valiosos da contestação política dos movimentos sociais como fatores de mudança de sentidos constitucionais” (BUNCHAFT, 2011, p. 159).

respeito ao conteúdo das decisões que estariam autorizados a tomar (BARCELLOS, 2017, p. 263).

A Constituição não prioriza os direitos e interesses das classes econômicas e profissionais. Há, na verdade, “preocupação no mínimo equivalente com a garantia de outros direitos fundamentais” (SARMENTO, 2017, p. 395). E não só isso: a Carta Magna previu os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, como afrodescendentes, indígenas, pessoas com deficiências, mulheres e a comunidade LGBTQIA+, os quais compartilham interesses no que tange ao seu grupo social, apesar de não ter relação com a profissão ou a economia (SARMENTO, 2017, p. 395).

Ademais, a ordem constitucional brasileira tem uma lógica voltada às “múltiplas demandas por justiça”, visto que admite que práticas preconceituosas, estigmatizantes e opressivas contra “os grupos portadores de identidades não hegemônicas” acarretem violação à dignidade humana dos indivíduos (SARMENTO, 2017, p. 395). Essas questões, normalmente, não estão ligadas às categorias profissionais ou econômicas.

Assim, a assimetria existente ao se assegurar a legitimidade para acessar o STF de classes exclusivamente econômicas e profissionais, e não para outras classes unidas por outros direitos e interesses igualmente garantidos pela Constituição Federal, é absolutamente injustificada e injustificável. A persistência no posicionamento restritivo do Supremo “desprotege direitos básicos, ao dificultar sua garantia pela jurisdição constitucional”, “empobrece a agenda do STF” e “mina sua legitimidade democrática” (SARMENTO, 2017, p. 396). Nesse sentido, inclusive, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2015, p. 8), em decisão proferida nos autos da ADI nº 5.291<sup>74</sup>, afirmou:

Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais (BRASIL, 2015, p. 8).

Diante desse cenário, resta claro que a mudança do entendimento jurisprudencial do STF para abarcar as demais classes de pessoas, e não só aquelas unidas por uma questão profissional e econômica, no inciso IX do artigo 103 da

---

<sup>74</sup> ADI nº 5291/DF, Min. Marco Aurélio.



Constituição Federal seria um mecanismo democrático importante para que grupos vulneráveis conseguissem acessar à Corte.

Duas possíveis objeções a essa ideia merecem ser refutadas: (i) a desnecessidade da alteração, haja vista que os grupos que não conseguem acessar diretamente ao Supremo podem se valer de outros legitimados para verem suas questões discutidas e decididas, bem como podem atuar como *amici curiae* nos processos deflagrados; e (ii) a inviabilidade dessa alteração, tendo em vista o consequente aumento do volume de trabalho do Supremo (SARMENTO, 2017, p. 396).

Em relação à desnecessidade, uma pesquisa da Universidade de Brasília (UnB) (COSTA; BENVINDO, 2014, online) constatou que a maioria das ações no controle abstrato de constitucionalidade são sobre questões econômicas ou corporativas, ou sobre temas atinentes aos entes federais. Ou seja, as ações constitucionais que tratam de direitos fundamentais dos grupos sociais mais vulneráveis são excepcionais. Mesmo que assim não fosse, “não seria legítimo privar de voz ativa na jurisdição constitucional algumas classes sociais, sob o argumento de que podem ser protegidas por terceiros”, e, de outro lado, dar poder a outras classes sociais para que deflagrem o controle concentrado de constitucionalidade sem necessidade de intervenção de terceiros (SARMENTO, 2017, p. 397). Isso viola a isonomia e a autonomia reconhecida pela Constituição às entidades da sociedade civil, que dependem da vontade e da escolha de terceiros. Outrossim, a atuação enquanto *amici curiae* não supre o déficit existente. Os *amici curiae* não detêm legitimidade para provocar a Corte e sequer podem fazer pedidos nas ações em que participam (SARMENTO, 2017, p. 397).

Quanto à inviabilidade pelo número de processos que o STF tem de julgar, também não se sustenta a restrição jurisprudencial. Como visto no subcapítulo 3.2, o Supremo tem uma carga excessiva de processos. Entretanto, essa sobrecarga não se deve às ações constitucionais, mas sim à competência recursal do Supremo (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 22). Acontece que a guarda da Constituição através da jurisdição constitucional é a função precípua do Supremo, por isso “eventuais restrições à competência da Corte, erigidas em razão da necessidade de viabilizar seu adequado funcionamento, não devem recair sobre esse domínio” (SARMENTO, 2017, p. 398).

Em suma, o STF, mesmo não sendo o representante da sociedade, nem tendo legitimidade democrática para tanto, pode ser mais democrático e ter mais *accountability* a partir do aprimoramento de alguns mecanismos já existentes. Assim, com a devida observância do contraditório substancial no controle concentrado de constitucionalidade, o aumento das decisões colegiadas, o aperfeiçoamento das audiências públicas e dos *amici curiae* e a reinterpretação do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, o Supremo pode melhorar a prestação da jurisdição constitucional, atendendo às demandas dos grupos minoritários, no exercício do papel contramajoritário.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a ser um importante intérprete da ordem constitucional e ter o papel fundamental de proteger e efetivar os direitos fundamentais, especialmente os das minorias derrotadas no embate político. A partir disso, tornou-se relevante a discussão acadêmica sobre os limites da atuação do Supremo, tendo em vista que, em uma democracia, um Poder não pode (ou não deveria) se sobrepor aos demais. Nessa toada, a pesquisa analisou criticamente a legitimidade democrática do STF para exercer o papel representativo do povo, o qual lhe foi atribuído, em particular, por Luís Roberto Barroso.

A discussão empreendida neste trabalho iniciou com a caracterização do neoconstitucionalismo, novo direito constitucional instaurado no Brasil com a Constituição Cidadã, a partir dos seus três marcos: o filosófico, o teórico e o histórico. No marco filosófico, enfatizou-se o pós-positivismo e a necessidade de ser realizada uma leitura moral da ordem constitucional. No marco teórico, discorreu-se sobre a força normativa da Carta Magna, com a conseqüente constitucionalização do direito, a expansão da jurisdição constitucional e a nova dogmática da interpretação constitucional. No marco histórico, caracterizou-se o Estado Constitucional de Direito, bem como as dimensões da democracia (formal, substantiva e deliberativa).

Em seguida, abordou-se a tensão existente entre o (neo)constitucionalismo e a democracia, e o papel das Cortes Constitucionais de assegurar a integridade do arranjo institucional nessa tensão. Então, apresentou-se o Tribunal Constitucional como fórum do princípio.

Com base nessa conjuntura, descreveu-se, de forma particularizada, o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal com a previsão constitucional da sua competência para ser o guardião da Constituição. Além disso, salientou-se a ascensão institucional e política do Poder Judiciário como um todo, bem como o fenômeno da judicialização da política. Decorrente dessa viragem institucional, abordou-se a jurisdição constitucional do STF e foram citados os seus três papéis: contramajoritário, representativo e iluminista.

Posteriormente, desenvolveu-se a crise de representatividade dos representantes eleitos pelo povo, baseada no distanciamento dos governantes dos governados. Em razão dessa crise, verificou-se que outras instâncias passaram a

exercer ou a ter a pretensão de exercer o papel de representante do povo, como o Supremo. Nessa toada, caracterizou-se o papel representativo do STF. Para isso, explanou-se os motivos pelos quais o Judiciário poderia ser o melhor intérprete do sentimento majoritário em certas ocasiões e as razões pelas quais as cortes decidiriam em conformidade com a opinião pública. Ainda, explorou-se a tese da representação argumentativa, que considera o fundamento da representação do Tribunal os argumentos utilizados, descrevendo-se os conceitos de aceitabilidade racional das decisões e de auditório.

Em um segundo momento, abordou-se as críticas ao papel representativo do STF. Inicialmente, discorreu-se sobre a teoria da separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos a partir das contribuições europeias e norte-americanas. Verificou-se que essas teorias continuam sendo importantes nos dias atuais, mesmo que interpretadas de uma forma mais flexível, para evitar os excessos cometidos pelos Poderes. Então, passou-se à análise da situação do Supremo na divisão das funções estatais no Brasil. Devido à concentração de poderes na Corte, caracterizou-se o fenômeno da supremocracia.

Dessa caracterização, passou-se à incompatibilidade do papel representativo do Supremo com a teoria da separação dos Poderes. Nesse sentido, salientou-se a assimetria em reconhecer essa atribuição ao STF, ao passo que o Legislativo apenas pode agir de forma majoritária. Além disso, pontuou-se que a atividade de legislar não se confunde com a de julgar, e, ao se atribuir a primeira ao Judiciário, extrapola-se a judicialização da vida. Ainda, destacou-se os riscos democráticos advindos da suposta representatividade do Supremo, porque, assim, não há distinção entre o político e o jurídico, o que enfraquece o regime democrático.

Ato contínuo, apresentou-se o argumento do diálogo institucional ou constitucional, o qual, em tese, mitigaria a concentração de poderes no STF. Nesse ponto, sustentou-se a inexistência de um diálogo, de fato, entre os Poderes, haja vista competência do Supremo de dar a última palavra sobre a ordem constitucional brasileira, o que coloca o Legislativo em uma posição de desigualdade. Portanto, o argumento do diálogo não suaviza a problemática envolvendo o papel representativo do Supremo.

Ainda no contexto das críticas, abordou-se a ausência de qualidade das decisões do Tribunal. Nesse viés, expôs-se a demanda de processos extremamente alta da Corte, o que faz com que os Ministros julguem de maneira apressada e pouco

fundamentada, sendo difícil, em muitos casos, até mesmo saber qual a interpretação prevalecente. Aliado a isso, ressaltou-se a prevalência de decisões monocráticas emitidas pelo STF a partir de dados numéricos, configurando-se o fenômeno da ministocracia. Ademais, sustentou-se que, mesmo quando são proferidas decisões colegiadas, há a mera somatória de votos. Diante desses apontamentos, entendeu-se que o Supremo não profere decisões com qualidade suficiente para ser o representante do povo.

Em complemento, abordou-se o *timing* das decisões emitidas pela Corte, comparando-se esse tempo com o lapso temporal que os representantes eleitos tem para responder aos anseios populares. Depois, relacionou-se o *timing* das decisões judiciais com a construção discricionária da pauta de julgamento. Constatou-se que o STF não consegue decidir em um tempo razoável para representar o povo, assim como as disfuncionalidades existentes no que concerne a arbitrariedade dos Ministros para levar os processos a julgamento.

Diante dessas constatações, construiu-se o argumento de que a crise de representatividade da classe política não será resolvida com a substituição do órgão competente para exercer o papel representativo. A solução está em atribuir mais responsabilidade política aos governantes através do voto popular. Associado a isso, explorou-se o papel por excelência do STF, o contramajoritário, como o fundamento da legitimação da sua atuação na ordem constitucional brasileira. Ainda, discorreu-se sobre os argumentos de princípio, que constituem a argumentação que deve ser utilizada pela Corte, em contraponto aos argumentos de política, utilizados apenas nos espaços de política eleitoral.

À guisa de conclusão do presente estudo, pretendeu-se demonstrar que o Supremo não detém legitimidade democrática para exercer o papel representativo do povo. Essa atribuição fere a separação dos Poderes, porquanto concentra demasiados poderes na Corte e usurpa competências legislativas. Ademais, ante a emissão de decisões com baixa qualidade, o Tribunal sequer tem condições práticas de representar a vontade popular. Ainda, o mais importante é que o Supremo tem a função precípua de guarda da Constituição, e a Constituição é contramajoritária. Logo, o papel primordial do STF é ser contramajoritário, protegendo e efetivando os direitos fundamentais das minorias políticas, o que é o oposto de uma pretensa representatividade por parte da Corte. Além do mais, o Tribunal nem mesmo pode transportar argumentos de política para a seara judicial, já que, quando uma matéria

é judicializada, uma questão política se torna uma questão de princípio, e os argumentos de princípio são aqueles que devem ser utilizados pelas Cortes Constitucionais. Assim, mesmo com a tentativa de Barroso de atribuir um papel representativo para o Supremo, a sua tese padece de obstáculos insuperáveis.

Todavia, ainda que o STF não seja o representante do povo, alguns mecanismos foram abordados a fim de que a jurisdição constitucional prestada pelo Tribunal, em especial no exercício do papel contramajoritário, seja mais democrática e com mais *accountability*. Para tanto, discorreu-se sobre a teoria do constitucionalismo democrático, que defende a abertura da Corte à oitiva dos indivíduos que compõem a minoria política.

Passou-se ao primeiro mecanismo, consistente na observância do contraditório substancial no controle concentrado de constitucionalidade. Propõe-se que o Supremo examine os fatos e os fundamentos alegados pelos participantes nos processos. Isso beneficiaria os grupos minoritários no sentido de que as suas pretensões seriam consideradas em alguma instância de poder, já que não foram atendidas no processo eleitoral majoritário. Se isso não for possível, sugere-se que o STF, pelo menos, escute os participantes processuais sempre que se mostrar necessário.

O segundo mecanismo abordado foi referente às audiências públicas e aos *amici curiae*. Nesse sentido, sugestiona-se a adoção de um critério objetivo pelo STF para, respectivamente, as suas realizações e as suas admissões. Ademais, foi mencionada a importância de que mais Ministros compareçam às audiências e considerem os argumentos trazidos nos seus julgamentos, bem como a relevância da interação entre os sujeitos presentes. Ainda, sobre os *amici curiae*, salientou-se a necessidade de serem adotados critérios mais brandos para a sua admissão.

O terceiro mecanismo abordado foi o aumento da emissão de decisões colegiadas, em consonância à crítica tecida nesse sentido. Discussões colegiadas permitem que as decisões sejam lapidadas e mais bem fundamentadas.

O último mecanismo foi a interpretação extensiva do rol de legitimados para interpor ação direta de inconstitucionalidade. Propõe-se que o artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, seja reinterpretado a fim de que sejam legitimadas para propor ADI quaisquer entidades de classe de âmbito nacional, e não apenas aquelas de caráter econômico ou profissional, critério adotado pela jurisprudência defensiva do STF. Dessa forma, grupos minoritários que compõem entidades de classe também

poderiam questionar uma lei ou um ato normativo diretamente perante o Supremo. Assim, apesar de o STF não ser o representante do povo, nem deter competência para tanto, existem mecanismos democráticos que podem ser incorporados ou desenvolvidos pela Corte para que a prestação da jurisdição constitucional seja aprimorada, com mais qualidade e *accountability*.

Em uma perspectiva futura, a pesquisa tem a possibilidade de ser ampliada para fins de serem analisados, de modo mais pormenorizado e criticamente, outras questões, além da opinião pública, apontadas pela doutrina como capazes de influenciar as decisões judiciais, tendo como ponto de observação a pretensão de ser assegurada a autoridade do Direito. Ademais, é possível que se investigue e proponha, a partir dos resultados obtidos, reformas mais contundentes no design institucional do Supremo para que alguns de seus problemas, como a alta demanda processual e a construção discricionária da pauta, sejam suavizados.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Lima: Palestra, 2016.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Barueri, SP: Manoele, 2010.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>. Acesso em: 24 dez. 2020.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/0>. Acesso em: 23 maio 2021.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

ALMEIDA, Leonardo Souza Santana. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal como instrumento apto a promover a democratização da interpretação constitucional e a integração da Constituição com a realidade constitucional. **Revista da EJUSE**, n. 19, p. 29-70, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16754328.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 81-107.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 23 ago. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ltda., 2004.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey e Oxfordshire: Princeton University Press, 2006.



BARCELLOS, Ana Paula de. O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e o princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 121-136, set.-dez. 2019. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v21\\_n3/tomo1/revista\\_v21\\_n3\\_tomo1\\_121.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_121.pdf). Acesso em: 24 out. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. STF como fomentador, no ambiente majoritário, do voto com razões. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 259-279.

BARRON, David J. What's wrong with conservative constitutionalism? Two styles of progressive constitutional critique and the choice they present. **Harvard Law & Policy Review**, set. 2006. Disponível em: <https://harvardlpr.com/online-articles/whats-wrong-with-conservative-constitutionalism-two-styles-of-progressive-constitutional-critique-and-the-choice-they-present/>. Acesso em: 24 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 517-546, 2016. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/396991118/BARROSO-Luis-Roberto-a-Razao-Sem-Voto>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2813>. Acesso em: 27 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 565-571.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível

em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf). Acesso em: 22 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 1-42, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 22 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 39-62, jan./abr. 2018b. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v20\\_n1/revista\\_v20\\_n1\\_39.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_39.pdf). Acesso em: 29 dez. 2020.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Second edition. New Haven: Yale University Press, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 241-258.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm). Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm). Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 20/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Legitimidade ativa. Entidade de classe de âmbito nacional. Caracterização. Art. 103, IX, CF. Associação que reúne empresas, sociedades de companhias abertas, pessoas jurídicas de direito privado, não caracteriza entidade de classe de âmbito nacional legitimada para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. Necessidade de unidade, em caráter permanente, de interesse daqueles que empreendem atividade profissional idênticas. Ação não conhecida. Ilegitimidade ativa "ad causam". Relator Min. Paulo Brossard. Julgado em: 24/09/1992. DJ: 02/04/1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur36184/false>. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1157 MC/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO - HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato - foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa "ad causam" para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Precedentes. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 01/12/1994. DJ: 17/11/2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7654/false>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.850-AgR**. ADIn - Ação direta de inconstitucionalidade: ilegitimidade ativa ad causam da ABRESI - Associação Brasileira de Gastronomia, Hospitalidade e Turismo, que não constitui entidade de classe de âmbito nacional, segundo os critérios jurisprudenciais de sua caracterização para os fins do art.103, IX, da Constituição. Relator Min. Eros Grau. Julgado em: 01/08/2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5425/false>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/AM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.** 1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. 3. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente. 4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. 5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que “O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias”. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista,

sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes.” (In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285) 6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998). 7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. 8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos ex tunc. 9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada pure prospectivity, técnica de superação da jurisprudência em que “o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011). 10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente. 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em: 08/03/2012. DJe: 27/06/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur211240/false>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA) . PESQUISAS COM CÉLULASTRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em: 29/05/2008. DJe: 28/05/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF**. 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência

deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Argüição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em: 13/04/2005. DJe: 22/09/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260590>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638/DF**. PROCESSO OBJETIVO – LIMINAR – ATUAÇÃO DO RELATOR – REFERENDO PARCIAL. Atuando o relator em período no qual o Colegiado não esteja reunido, cumpre submeter a cautelar na abertura dos trabalhos. Referendo parcial implementado pela ilustrada maioria nos termos da ata de julgamento. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em: 08/02/2012. DJe: 30/10/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4125637>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5291/DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Decisão Monocrática. Julgado em: 06/05/2015. DJe: 11/05/2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho518715/false>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5749 AgR/DF**. Ementa: constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Objeto abrangido por ação anterior intentada pela mesma

parte. Causa de pedir aberta das ações de controle concentrado. Desnecessidade de nova impugnação ao mesmo ato normativo quando possível declinar os mesmos fundamentos em ação já em curso no supremo tribunal federal. Litispendência parcial. 1. A causa de pedir aberta das ações do controle concentrado de constitucionalidade torna desnecessário o ajuizamento de nova ação direta para a impugnação de norma cuja constitucionalidade já é discutida em ação direta em trâmite perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proposta pelo mesma parte processual. 2. Verificada a identidade entre as partes, o pedido e a causa de pedir, no tocante à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, impõe-se a extinção sem resolução do mérito da segunda ação direta proposta. 3. Agravo Regimental conhecido e desprovido. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado em: 09/02/2018. DJe: 26/02/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur380762/false>. Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 193/ES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 130, PAR. 1. DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO. VINCULAÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES AOS DOS MILITARES DO EXERCITO NACIONAL, A TÍTULO DE ISONOMIA. 'PERICULUM IN MORA', EM FACE DO PRAZO ESTABELECIDO NO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITORIAS DA CARTA ESTADUAL. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA.** Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em: 23/08/2001. DJ: 09/03/1990. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1494219>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.698/MA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALTERAÇÃO DO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO QUE ELEVAM A IDADE PARA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DOS MAGISTRADOS E SERVIDORES PÚBLICOS PARA 75 ANOS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 24, XII; 40, § 1º, II; E 93, VI, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMAS GERAIS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS. EXTRAPOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA. PRECEDENTES.** 1. A alteração substancial do parâmetro constitucional utilizado para aferição de eventual inconstitucionalidade não enseja, automaticamente, prejuízo da respectiva ação direta. No presente caso, não obstante o advento da Emenda Constitucional nº 88/2015, persiste a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, não se verificando qualquer possibilidade de convalidação superveniente. 2. Os arts. 22, II, e 72, VIII, ambos da Constituição do Estado do Maranhão, na redação conferida pela Emenda Constitucional estadual nº 64/2011, que elevam a idade da aposentadoria compulsória dos servidores públicos e magistrados para 75 anos, violam os arts. 24, XII; 40, § 1º, II; e 93, VI, todos da Constituição Federal, haja vista a clara ausência de competência do Estado-membro para dispor sobre o aludido limite de idade, estando este já fixado categoricamente no próprio texto constitucional. 3. Por se tratar de norma geral de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é



vedado ao constituinte estadual estabelecer limite de idade para aposentadoria compulsória diverso do fixado pela Constituição Federal. Nesse sentido: ADI nº 4696 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, j. em 01.12.2011, DJe 16.03.2012; e ADI nº 4696, Rel. Ministro Edson Fachin, Plenário, j. em 30.06.2017, DJe 14.09.2017. 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em: 28/09/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur390493/false>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 10113138/RN**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Decisão Monocrática. Julgado em: 09/10/2017. DJe: 16/10/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho794858/false>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A

FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo

Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6.

INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em: 05/05/2011. DJe: 14/10/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal De Informações Gerais:** decisões no Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em:

<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=1f9aa2cf-d569-4e98-bd2a-a9dac4e79a69&sheet=3490ef1f-f90e-4b51-9b93-b578efd54efd&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do STF. **Diário de Justiça**, ano LV, n. 205, Brasília, 1980. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_1980.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf). Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de Atividades:** Biênio 2006-2008. Brasília, 2008. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Relatorio\\_de\\_Atividades\\_2006\\_a\\_2008.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/Relatorio_de_Atividades_2006_a_2008.pdf). Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13.** Sessão plenária de 21/08/2008. DJe nº 162 de 29/08/2008, p. 1. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula761/false>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Plataforma Minha Biblioteca.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2011;1000955765>. Acesso em: 21 out. 2021.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis; CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em *Roe versus Wade*: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3899>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, v. 19, n. 1, p. 122-156, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>. Acesso em: 24 out. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. *In*: OMMATI, José Emilio Medauar (org.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 4-22. Disponível em: [https://www.academia.edu/44327825/A\\_Triste\\_Hist%C3%B3ria\\_do\\_Juiz\\_que\\_Acreditava\\_Ser\\_H%C3%A9rcules](https://www.academia.edu/44327825/A_Triste_Hist%C3%B3ria_do_Juiz_que_Acreditava_Ser_H%C3%A9rcules). Acesso em: 21 ago. 2021.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**, v. 1, n. 21, p. 209-220, 1998. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10389>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. (11. reimpressão). Coimbra: Almedina, 1941.

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo em su labirinto. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12. Disponível em: [https://issuu.com/karlaramos7/docs/carbonell\\_\\_miguel.\\_el\\_neoconstituci](https://issuu.com/karlaramos7/docs/carbonell__miguel._el_neoconstituci). Acesso em: 20 jan. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratamento social de transexuais não gera desacordo moral razoável. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 12 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-12/observatorio-constitucional-tratamento-social-transexuais-nao-gera-desacordo-moral-razoavel#:~:text=Desacordos%20morais%20razo%C3%A1veis%20s%C3%A3o%20constitu%C3%ADdos,coexistem%20no%20seio%20da%20sociedade>. Acesso em: 02 jun. 2021.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Working Paper. Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541). Acesso em: 02 nov. 2021.

COUTINHO, Elvis Gibson Leite. Princípio da Responsabilidade Política. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 2, n. 8, p. 8075-8117, 2013, Lisboa. Disponível

em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013\\_08\\_08075\\_08117.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08075_08117.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.

COUTINHO NETO, Francisco Leocádio Ribeiro; MARINHO, Natália de Moraes. O papel do *amicus curiae* no sistema jurídico brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 23 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/opiniao-papel-amicus-curiae-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em: 02 nov. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 468-519.

DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 6, n. 1, p. 13-21, 2000. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/569>. Acesso em: 28 set. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Editora Juspodim, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 197-223.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O Poder Judiciário no Brasil**: estrutura, críticas e controle. 2006. 107f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, CE, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, v. 1, n. 3, p. 2-11, abr. 1995. Disponível em:

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/161/217>. Acesso em: 21 jul. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. New Jersey and Oxfordshire: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 5, p. 1639-1690, 2003.

Disponível em:

[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3222&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3222&context=penn_law_review). Acesso em: 17 ago. 2021.

FADEL, Fábio A.; CUNHA, Nilton P. **A crise de representatividade e a judicialização política no Estado pós-intervencionista**. São Paulo: K.M.LAW do Brasil, 2015.

FALCÃO, Joaquim. A razão sem voto e um constitucionalismo de realidade. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 224-238.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o plenário. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**, Belo Horizonte: FGV Rio, 2017, p. 20-28.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <https://editora.fgv.br/produto/i-relatorio-supremo-em-numeros-o-multiplo-supremo-2446>. Acesso em: 02 nov. 2021.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>. Acesso em: 24 jan. 2021.

FARIA, Adriana Ancona de; DIAS, Roberto. O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 280-308.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **Possibilidade de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no ordenamento brasileiro**: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. 2014. 260f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13232/1/PossibilidadeAplicacaoTeoria s.pdf](https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13232/1/PossibilidadeAplicacaoTeoria%20s.pdf). Acesso em: 18 set. 2021.

FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e os demais poderes do Estado: perspectivas brasileira e latino-americana. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 441-467.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; CASTRO, Marcello Soares. O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, MS, v. 15, n. 29, p. 11-27, jan./jun. 2013. Disponível em: [https://www.unigran.br/dourados/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/29/artigos/artigo01.pdf](https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/29/artigos/artigo01.pdf). Acesso em: 02 nov. 2021.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Algumas considerações sobre a necessária reformulação da concepção geracional dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, n. 8, p. 206-223, 2013. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/9>. Acesso em: 06 nov. 2021.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 9. ed. Barueri: Manole, 2015. Plataforma Minha Biblioteca.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. 387f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/88482>. Acesso em: 21 maio 2021.

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

GRABER, Mark A. The Countermajoritarian Difficulty: from Courts to Congress to Constitutional Order. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 4, p. 361-384, 2008. Disponível em: [https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/760/](https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/760/). Acesso em: 29 maio 2021.

GRANT, Ruth W.; KEOHANE, Robert O. Accountability and Abuses of Power in World Politics. **American Political Science Review**, v. 99, n. 1, p. 29-43, fev. 2005. Disponível em:

[https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/rkeohane/files/apsr\\_abuses.pdf](https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/rkeohane/files/apsr_abuses.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Oxford University Press, 2008.

HARTMANN, Ivar A.; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 169-198.

HILLS JR., Roderick M. Are Judges Really More Principled than Voters? **University of San Francisco Law Review**, v. 37, p. 37-62, 2002. Disponível em: <https://repository.usfca.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1211&context=usflawreview>. Acesso em: 13 set. 2021.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1612&context=ohlj#:~:text=Charter%20cases%20cause%20a%20public,dialo%22%20between%20courts%20and%20legislatures>. Acesso em: 18 set. 2021.

KLARMAN, Michael J. Majoritarian judicial review: the entrenchment problem. **Georgetown Law Journal**, v. 85, n. 3, 491-554, 1997. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 29 maio 2021.

KOLLER, Carlos Eduardo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. O papel contramajoritário do julgador e o embate entre constitucionalismo e democracia. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, n. 5, p. 501-522, 2018. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018\\_05\\_0501\\_0522.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0501_0522.pdf). Acesso em: 30 set. 2021.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. **The Georgetown Law Review**, v. 101, p. 113-183, 2012. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/law-faculty-publications/46/>. Acesso em: 30 maio 2021.

LEAL, Fernando. A dança da pauta no Supremo. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos**: o Supremo em 2016, Belo Horizonte: FGV Rio, 2017a, p. 57-59.

LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de "A razão sem voto". *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017b, p. 108-139.



LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56328/35017>. Acesso em: 28 ago. 2021.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. **Os diálogos sociais no STF: as audiências públicas, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional brasileira**. 2014. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9400#preview-link0>. Acesso em: 26 out. 2021.

LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDirUFRGS**, Porto Alegre, v. X, n. 3, p. 90-111, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328/36253>. Acesso em: 18 set. 2021.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. **Representação e responsabilidade política: accountability na democracia**. 2014. 177f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06112015-155005/pt-br.php>. Acesso em: 29 set. 2021.

MANFREDI, Christopher P.; KELLY, James B. Six Degrees of Dialogue: a response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, n. 37, v. 3, p. 513-527, 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1520&context=ohlj>. Acesso em: 03 ago. 2021.

MANN, Thomas E.; ORNSTEIN, Norman J. **The broken branch: how Congress is failing America and how get it back on track**. New York: Oxford University Press, 2006.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. As audiências públicas do Supremo Tribunal Federal: ampliando sua legitimidade democrática? **Revista Teoria & Sociedade**, v. 22, n. 1, p. 53-86, jan./jun. 2014. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/331314449\\_As\\_Audiencias\\_Publicas\\_do\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_ampliando\\_a\\_legitimidade\\_democratica](https://www.researchgate.net/publication/331314449_As_Audiencias_Publicas_do_Supremo_Tribunal_Federal_ampliando_a_legitimidade_democratica). Acesso em: 26 out. 2021.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**, v. 25, n. 62, p. 131-156, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/bL9YJLVrx7qNQKBfKTXzD9S/?lang=pt#>. Acesso em: 26 out. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. Fifth Edition. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2010.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 177f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo 2008. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf). Acesso em: 19 ago. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Plataforma Minha Biblioteca.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, p. 1-46, abr. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1362>. Acesso em: 15 maio 2021.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 520-547.

MENDONÇA, Eduardo. O juiz deve, sim, ser permeável à opinião pública. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 11 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-11/eduardo-mendonca-juiz-sim-permeavel-opinio-publica>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O Juiz Constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 104, p. 1-21, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/XVsvWQHJXRSQpVDQfTH8nXc/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. New Haven and London: Yale University Press 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**: coleção fora de série. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: Minha Biblioteca.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes.** Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva: 2008. Plataforma Minha Biblioteca.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro.** 2009. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2447>. Acesso em: 10 maio 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática.** 2014. 292f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>. Acesso em: 24 jan. 2021.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. O âmbito material da representação discursivo pela jurisdição constitucional: um diálogo com Luís Roberto Barroso. *In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 548-562.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Representação argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal? **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, jun. 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

OLSEN, Johan P. **Accountability democrática, ordem política e mudança: explorando processos de accountability em uma era de transformação europeia.** Tradução de Eliane Rio Branco. Brasília: Enap, 2018. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3451/1/Accountability%20democr%C3%A1tica%20-%20Johan%20P%20Olsen.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário pode ser entendido como um representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. *In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 357-383.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica.** Tradução de Maria Emantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation.** Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 1972.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, Direito e Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, Konrad Adenauer Stiftung, 2012. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/269275690\\_Judicializacao\\_ou\\_Representacao\\_Politica\\_Direito\\_e\\_Democracia\\_no\\_Brasil](https://www.researchgate.net/publication/269275690_Judicializacao_ou_Representacao_Politica_Direito_e_Democracia_no_Brasil). Acesso em: 29 maio 2021.

POPULAÇÃO confia mais no STF que no Congresso Nacional, **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 24 dez. 2012. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>. Acesso em: 24 jan. 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash.* **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-434, 2007. HeinOnline.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.** Barueri, SP: Manole, 2013.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 34, n. 135, p. 185-190, jul./set. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/269/r135-21.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 19 maio 2021.

ROSO, Ana. Da representação política à responsabilidade política. **Iurisprudencia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes, Juína/MT**, ano 4, n. 8, p. 169-181, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revista.ajes.edu.br/index.php/iurisprudencia/article/view/165>. Acesso em: 28 set. 2021.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises.** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROESLER, Claudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, Número Especial, p. 2517-2531, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20940>. Acesso em: 11 jan. 2021.

ROSEN, Jeffrey. **The most democratic branch: how the courts serve America.** New York: Oxford University Press, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Usos e abusos em matéria de direitos sociais ou a jurisdição constitucional na esfera do controle de políticas públicas e na

(des?) construção do estado democrático de direito. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 309-354.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Impeachment. *In*: **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/103/edicao-1/impeachment>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SINGER, André; ARAUJO, Cicero; BELINELLI, Leonardo. **Estado e democracia**: uma introdução ao estudo da política. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

SLONIEC, Andressa; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Traços caracterizadores do constitucionalismo contemporâneo: um debate sobre neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n. 1, Salvador, p. 20-37, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/4371>. Acesso em: 12 nov. 2021.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e democracia**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917>. Acesso em: 02 nov. 2021.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Why should public hearings in the Brazilian Supreme Court be understood as an innovative democratic tool in constitutional adjudication? **German Law Journal**, Frankfurt, v. 17, n. 4, p. 657-690, aug. 2016. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/why-should-public-hearings-in-the-brazilian-supreme-court-be-understood-as-an-innovative-democratic-tool-in-constitutional-adjudication/6B02BB2C9ED6D030DBA68EAA755524C3>. Acesso em: 02 nov. 2021.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e democracia**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais e seus métodos de interpretação (da tópica jurídica de Theodor Viehweg ao método concretizador de Peter Häberle). **Direito em debate**, ano X, nº 15, p. 107-133, jan./jun. 2001. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/796>. Acesso em: 07 nov. 2021.

STRECK, Luiz Lenio. Garantia de falar por último é para todos. STF não pode restringir! **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 28 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-28/streck-supremo-nao-restringir-garantia-falar-ultimo>. Acesso em: 07 nov. 2021.

STRECK, Luiz Lenio. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar**, v. 25, n. 4, p. 1-12, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11284>. Acesso em: 01 jun. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=npY0aMUOacUC&oi=fnd&pg=PR9&dq=One+case+at+a+time:+judicial+minimalism+on+the++Supreme+Court&ots=EIVSzaRXuT&sig=Q2xxbsWPfAEHuzCXB5j4k\\_En0fk#v=onepage&q=One%20case%20at%20a%20time%3A%20judicial%20minimalism%20on%20the%20%20Supreme%20Court&f=true](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=npY0aMUOacUC&oi=fnd&pg=PR9&dq=One+case+at+a+time:+judicial+minimalism+on+the++Supreme+Court&ots=EIVSzaRXuT&sig=Q2xxbsWPfAEHuzCXB5j4k_En0fk#v=onepage&q=One%20case%20at%20a%20time%3A%20judicial%20minimalism%20on%20the%20%20Supreme%20Court&f=true). Acesso em: 02 nov. 2021.

TAMANHAHA, Brian Z. **On the rule of law**: history, politics, theory. New York: Cambridge University Press, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3522>. Acesso em: 22 jan. 2021.

TAVARES, André Ramos Tavares. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, v. 168, p. 107-141, fev. 2009. Revista dos Tribunais Online.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. 416f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) e Universidade de Alicante (UA), Brasília-Alicante, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>. Acesso em: 23 maio 2021.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QBYtQGn7fb3PHQP3jbpPmZM/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 ago. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Diálogo constitucional. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 11-24.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Da ‘supremocracia’ à ‘ministrocracia’. **Os constitucionalistas**, [S.l.], 2018. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/da-supremocracia-a-ministrocracia>. Acesso em: 24 ago. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 jul. 2021.

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

WALDRON, Jeremy. Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts? **The Yale Law Journal**, v. 123, p. 1692-1730, 2014a. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5631&context=yjlj>. Acesso em: 13 set. 2021.

WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Judicial Supremacy. **New York University School of Law**, v. 14, n. 57, p. 1-43, 2014b. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2510550](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2510550). Acesso em: 18 set. 2021.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>. Acesso em: 18 set. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: Crise, Acertos e Desacertos. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.