

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP  
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO**

**JULIANA NÓBREGA FEITOSA**

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CASA DO POVO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2020**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP  
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

JULIANA NÓBREGA FEITOSA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A CASA DO POVO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestra em Direito, sob a orientação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Silvia Pimentel.

SÃO PAULO  
2020

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Francisco e Carla, e aos meus irmãos, Vitor e Bárbara, pelo alicerce que me deram.

Agradeço à minha professora e orientadora desta pesquisa, Silvia Pimentel, pela atenção durante o desenvolvimento do trabalho e por colaborar, desde à época dos bancos da graduação na PUC-SP, por minha formação, enquanto estudante de Direito e enquanto mulher.

Quero agradecer também, ao Victor. Pelo companheirismo na conclusão deste processo e por contribuir com mais cor e mais sentido nesta etapa.

E, finalmente, agradeço a todos que colaboraram na execução deste trabalho

## DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, pelo apoio irrestrito. Minha retaguarda, minha base e meus valores.*

*À memória de minha avó Ana, que mesmo sem saber, sempre esteve à frente do seu tempo.*

## EPÍGRAFE

*Isso de ser exatamente o que se é ainda vai  
nos levar além.*

*(Leminski)*

## RESUMO

NÓBREGA FEITOSA, Juliana. *Supremo Tribunal Federal: a casa do povo*. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

A interferência do Poder Judiciário na política brasileira tem levantado críticas por supostamente ser uma prática antidemocrática, porquanto conferidos excessivos poderes a juízes não eleitos pelo povo. Ademais, ausente a credencial eleitoral, não se poderia atribuir caráter representativo ao Supremo Tribunal Federal. Esta pesquisa defende que a interferência do Poder Judiciário na política não necessariamente enfraquece a democracia, funcionando, ao contrário, como um reforço. A pesquisa procura demonstrar que as democracias representativas não se esgotam nas regras da maioria, de forma que nada impede que o Poder Judiciário, mais especificamente as cortes constitucionais, configurem-se como mais uma “casa do povo”.

**Palavras-chave:** Cortes Constitucionais; Democracia; Representação.

## ABSTRACT

NÓBREGA, FEITOSA, Juliana Nóbrega Feitosa. *Constitutional Courts: democracy and representation*. 2020. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

The interference of the judiciary in Brazilian politics has been criticized, because it is supposed to be an undemocratic practice, as it conferred excessive powers on judges not elected by the people. Moreover, absent the electoral credential, the Supreme Court could not be represented as representative. This research argues that the interference of the judiciary in politics does not necessarily weaken democracy, but instead, acts as a reinforcement. The paper seeks to demonstrate that representative democracies are not exhausted in the rules of the majority, so that nothing prevents the judiciary, more specifically, the constitutional courts, from being configured as a “house of the people”.

**Keywords:** Constitutional Courts; Democracy; Representation.

## LISTA DE SIGLAS

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF Constituição Federal

NIRA *National Industrial Recovery Act*

STF Supremo Tribunal Federal

UDN União Democrática Nacional

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1 OCARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS</b>	<b>17</b>
<b>1.1 A FAVOR DE JUÍZES E CORTES</b>	<b>18</b>
<b>1.2 CONTRA LEGISLADORES E PARLAMENTARES</b>	<b>19</b>
<b>1.3. A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO JUDICIÁRIO</b>	<b>19</b>
1.3.1 DIMENSIONAMENTO DO FENÔMENO	20
1.3.2 CONDIÇÕES GERAIS FACILITADORAS DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL	21
1.3.2.1. Democracia	21
1.3.2.2. Separação de poderes	21
1.3.2.3 Política de direitos	22
1.3.2.4. Os grupos sociais, a oposição e a inefetividade das instâncias majoritárias	23
1.3.3. PECULIARIDADES DO SISTEMA BRASILEIRO	24
1.3.3.1. A Constituição Federal de 1988	25
1.3.3.2. Fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal	26
1.3.3.3. Neoconstitucionalismo	27
1.3.3.4. Presidencialismo de coalizão	28
1.3.4. ATIVISMO JUDICIAL OU DEFERÊNCIA?	30
<b>2. CAPÍTULO 2 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA</b>	<b>32</b>
<b>2.1. INTERAÇÃO ENTRE OS DEPARTAMENTOS ESTATAIS</b>	<b>32</b>
2.1.1. ATAQUES INSTITUCIONAIS	32

2.1.2. A OPINIÃO PÚBLICA _____	35
<b>2.1.2.1. O STF E A OPINIÃO PÚBLICA _____</b>	<b>38</b>
2.1.2.2. STF e a população: comunicando-se _____	40
<b>2.2. REDIMENSIONANDO A SEPARAÇÃO DE PODERES _____</b>	<b>42</b>
2.2.1. CONSTITUCIONALISMO POPULAR _____	42
2.2.2. DIÁLOGOS E ACCOUNTABILITY _____	44
2.2.2.1. Rodadas procedimentais _____	49
<b>CAPÍTULO 3 -A IDEIA DA REPRESENTAÇÃO. CONCEITO REVISITADO _____</b>	<b>54</b>
<b>3.1 REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA E DEMOCRACIA NA VISÃO DE ROBERT ALEXY _____</b>	<b>55</b>
<b>3.2 O CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA _____</b>	<b>58</b>
3.2.1 INTRODUÇÃO _____	58
3.2.2. HANNA PITKIN _____	59
3.2.3 REPRESENTAÇÃO E AUTORIDADE _____	60
3.2.4 REPRESENTAÇÃO SIMBÓLICA E DESCRITIVA _____	63
3.2.5 REPRESENTAÇÃO COMO ATIVIDADE _____	65
3.2.5.1. MANDATO LIVRE E MANDATO IMPERATIVO. A CONTROVÉRSIA. _____	67
3.2.6. CONCLUSÕES _____	73
<b><u>4. CAPÍTULO 4 – CORTE CONSTITUCIONAL: REPRESENTAÇÃO SEM ELEIÇÃO</u></b>	<b>74</b>
<b>4.1. AFASTANDO O SENSO COMUM _____</b>	<b>74</b>
<b>4.2. APRIMORANDO A DIMENSÃO REPRESENTATIVA DO STF _____</b>	<b>83</b>

**CONCLUSÃO** \_\_\_\_\_ **89**

**REFERÊNCIAS** \_\_\_\_\_ **94**

**PORTAIS ACESSADOS** \_\_\_\_\_ **100**

## INTRODUÇÃO

É notório que nos últimos anos, o Poder Judiciário vem sendo posto no centro dos debates políticos no Brasil. O fenômeno da judicialização da política vem sendo acompanhado com curiosidade por diversos atores, sejam eles cientistas sociais, juristas ou jornalistas. É que a democracia brasileira permitiu que os tribunais e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal realizassem uma guinada institucional, desapegando-se da tradição que os colocava como *“la bouche de la loi”*, porquanto ancorados em uma Constituição extensa e generosa em direitos, bem como na ampliação do acesso à justiça em diversos setores.

Rogério Arantes, no prefácio do livro publicado por Thamy Pogrebinschi (POGREBINSCHI, 2011), aduz que a naturalização da expansão judiciária entre as várias esferas da sociedade, nunca foi bem recebida na Ciência Política. Segundo o professor:

Muitos autores chegam mesmo a se perguntar por que políticos teriam interesse em transferir autoridade para instâncias não parlamentares e não executivas de poder como cortes constitucionais e também em reduzir sua discricionariedade por meio da constitucionalização de direitos. A explicação residiria num movimento estratégico de elites políticas em busca de algum tipo de segurança contra incertezas inerentes à competição política em regimes democráticos.

A crítica, portanto, pode ser sintetizada na máxima de que o Judiciário, ao suprir supostas lacunas deixadas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, aprofundaria, ainda mais, a crise de representatividade que se assenta no sistema majoritário das democracias contemporâneas (GARAPON, 1999).

Ainda que este diagnóstico não seja compartilhado por todos os pesquisadores<sup>1</sup>, fato é que a busca por legitimidade da função contramajoritária exercida pelo Judiciário é incessante. E é no ano de 2005 que um importante jusfilósofo alemão traz uma nova

---

<sup>1</sup> A autora Thamy Pogrebinschi assevera que a atuação do Poder Judiciário brasileiro não atrofia o sistema democrático e este, por sua vez, não se encontra em crise. Neste sentido: “é chegada a hora de identificar algumas premissas que vêm convertendo o silogismo da judicialização em um entimema, a fim de evitar que a democracia brasileira seja enredada pela falácia da crise institucional. Se o Poder Judiciário vem sendo crescentemente procurado pela sociedade, disso não decorre logicamente que o Poder Legislativo, lócus principal da soberania popular, tenha se tornado menos apto a representá-la. Se o número de ADIs impetradas no STF cresceu significativamente desde 1988, disso não decorre logicamente que em nossa corte constitucional tenha se instalado um ativismo, tampouco que este decorra de ‘uma retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade’ (BARROSO, 2010, 35, apud. POGREBINSCHI, 2011, p. 06).

roupagem teórica ao caldo doutrinário. Robert Alexy adiciona a ideia da “representação argumentativa”, em um esforço empregado a fim de conciliar constitucionalismo e democracia. Assim, o jusfilósofo sustenta outro tipo de representação, além da política, oriunda de uma racionalidade discursiva por meio de uma democracia deliberativa.

Ou seja, a proposta do autor é de que a representação exercida pelos tribunais advém de uma prática deliberativa, pela qual o discurso não é regido apenas por interesses e poder, e sim, por argumentos dos participantes que lutam pela decisão correta. No Brasil, não demorou muito para que esta ideia fosse introduzida no discurso judicial e acadêmico, sobretudo em razão da influência exercida por Alexy na teoria constitucional brasileira.

O Supremo Tribunal Federal tem feito uso, em algumas ocasiões, dos lineamentos teóricos mencionados. Na ADI por meio da qual se questionava a possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI Nº3.510). O Ministro Gilmar Mendes expressamente fez uso da expressão *representação argumentativa* em seu voto. O mesmo ministro, à época presidente da Corte, em entrevista concedida ao jornal *Valor Econômico*, em junho de 2008, afirmou que o STF é a *Casa do Povo*, encarregada de suprir as carências dos demais poderes. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso apoia a ideia de que a jurisdição constitucional exerce uma função representativa, além da função contramajoritária:

No universo do oferecimento de razões, merecem destaque os órgãos do Poder Judiciário: a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais. Por isso, não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la (BARROSO, 2019, p.474).

Desta forma, os tribunais constitucionais, na perspectiva de Alexy e, conforme se verifica a partir da postura do STF, representam o povo por meio da argumentação, pois seriam locais de razão pública por excelência. Sempre que a Suprema Corte justifica adequadamente uma decisão, atua com mais seriedade e vigor que os órgãos majoritários<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Essa tendência pode ser apreendida como efeito da conjuntura mais ampla que a cerca. Jane Reis Gonçalves Pereira elenca, de modo geral, três aspectos que favorecem essa percepção: “a) a crescente indefinição da fronteira que separa direito e política, que deflui da progressiva força normativa dada a textos constitucionais que abrigam valores e conceitos abertos e à ascensão institucional do Judiciário; b) a correlata generalização da ideia de que a

Na mesma tendência, Thamy Pogrebinski propõe a ampliação da representação política para instituições não majoritárias, como as cortes constitucionais, sob o argumento de que a democracia demanda uma abordagem realista e não essencialista.

Para a autora (POGREBINSCHI, 2011, p. 175):

O crescimento do papel político das cortes constitucionais consiste em uma oportunidade para a democracia exercer sua vocação experimentalista. Isso implica concebê-lo não como uma usurpação de funções das instituições representativas, mas como uma ampliação daquilo que se considera função representativa. Isso possibilita que se amplie o escopo da representação política e o espaço de sua aplicação, criando-se soluções institucionais que possibilitem fazer das cortes constitucionais instâncias efetivamente representativas, a despeito da inaplicabilidade do dispositivo eleitoral enquanto mecanismo de legitimação e *accountability*.

O objetivo desta pesquisa, portanto, é refletir acerca dos dilemas e dos benefícios que esta teoria encerra. A pesquisa, assim, assume o compromisso de questionar se o Judiciário brasileiro pode, efetivamente, ser ancorado como representante do povo, sob uma perspectiva democrática. Não só isso, pretende-se discutir quais os dilemas, limites e benefícios oriundos do reconhecimento de uma dimensão representativa ao Judiciário.

Registre-se que este trabalho reconhece a existência, por parte de alguns autores, de um tom cético em relação às indagações levantadas, tendo em vista que se considera incongruente que a própria Corte afirme ser representativa. É que este autoengajamento, segundo os pirrônicos, pode mascarar o proferimento de decisões fundamentadas em retórica, além de prejudicar o próprio controle crítico interno. Nesse sentido, asseveram Camargo e Miranda Netto:

Uma coisa é fazer uso da representação argumentativa levando-a a sério no sentido de buscar aprimoramento do discurso em termos de coerência e consistência; outra é a apropriação ideológica desse discurso. Nesse caso, é o discurso institucional que aflora; é a instituição que pretende se fortalecer perante o público, chamando a atenção para a fonte de legitimidade de seu poder (NETTO; CAMARGO, 2010, p.1347).

De toda forma, propõe-se expandir os caminhos para as inúmeras formas e pressupostos pelos quais alguns grupos representam outros na vida social, interpretando e delimitando seus interesses, como é o caso do STF.

---

atividade judicial tem uma dimensão criativa, de que o direito deve ser entendido como uma *empreitada coletiva*, que envolve todos os agentes políticos, o Judiciário e a sociedade (...); c) a constante busca por saídas teóricas que expliquem e justifiquem esses processos, que fundamentem o papel protagonista que as Cortes desempenham nas democracias contemporâneas ao atribuir sentido à Constituição e arbitrar conflitos políticos importantes (Cf. PEREIRA, 2017, p. 361).

Para isso, o primeiro capítulo analisará o caráter contramajoritário das cortes constitucionais. Far-se-á uma breve síntese, com base no estudo de Conrado Hübner Mendes (2008), acerca dos fundamentos que sustentam a jurisdição constitucional. Em seguida, serão levantados os fatores, externos e internos, que favorecem a expansão do Poder Judiciário, a fim de demonstrar que o próprio regime democrático e o desenho institucional contemporâneo contribuem para que as cortes constitucionais e, especificamente, o STF, possa se colocar como mais um jogador na arena da micropolítica.

O segundo capítulo pretende contextualizar a prática da jurisdição constitucional, num exercício que tem por fim superar a ideia de que as cortes constitucionais proferem a última palavra sobre o sentido das normas constitucionais. O objeto é demonstrar que a interação entre os departamentos, afastando argumentos de que o protagonismo judicial possa transformar os cidadãos em clientes da burocracia jurídica.

Em seguida, no terceiro capítulo, será necessário introduzir o embasamento teórico preliminar para a compreensão do tema da representação. Assim, o capítulo buscará analisar o arcabouço teórico de Alexy, a fim de explorar a ideia de representação argumentativa. Registre-se que o objetivo desta pesquisa não é esgotar referida teoria e, sim, analisar o caráter representativo das Cortes Constitucionais no contexto das democracias contemporâneas. As ideias de Alexy, em verdade, são seminais, ao despertarem para o verdadeiro interesse deste trabalho e introduzem as indagações e buscas por conceitos que se seguem.

Desta forma, ainda no terceiro capítulo, busca-se analisar o conceito de representação e suas possíveis dimensões. É que a centralidade da representação na modernidade política leva autores a defini-la com base em modelos diversos. Daí a importância de se voltar à busca da maior compreensão do sentido da própria representação. Deste modo, o capítulo utilizará, como base de estudo, as ideias desenvolvidas pelo trabalho inaugural de Hanna Pitkin sobre o conceito de representação. Em sua obra clássica, *The Concept of Representation*, a autora mostra que não existe um conceito unívoco de representação.

Finalmente, no quarto capítulo, com base nas demonstrações percorridas ao longo do trabalho, defenderá a capacidade do STF em sustentar uma dimensão

representativa, sem que isso exclua as instâncias majoritárias, uma vez que esta credencial funcionaria como mais um reforço à democracia. Esta característica, contudo, demanda algumas reflexões acerca do atual estágio em que se encontra o Supremo Tribunal Federal, das quais o trabalho não se afastará, ainda que transborde as limitações de seu núcleo duro, que é, enfim, reconhecer as cortes constitucionais e, por conseguinte, o STF, como mais um corpo político e intermediário para a concretização da vontade geral. Mais uma casa do povo, portanto.

Assim, entende-se que a pesquisa contribuirá para o desenvolvimento das funções institucionais do Judiciário, as quais, em razão do dinamismo da vida, estão sempre em movimento. Ademais, a importância do estudo normativo acerca do papel conferido à Corte Constitucional é ressaltada por Zaffaroni, o qual assevera que “*nas constituições latino-americanas têm-se dado acentuada atenção à consagração de direitos e garantias, mas pouca às instituições que devem torná-los efetivos e, em particular, ao Poder Judiciário*” (ZAFFARONI, 1995, p.17).

## CAPÍTULO 1 O CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Este capítulo é reservado ao estudo das tensões entre constitucionalismo e democracia, que desaguam, necessariamente, na questão da legitimidade democrática dos órgãos incumbidos do exercício da jurisdição constitucional. O tema pode ser equacionado em dois pontos básicos. O primeiro refere-se à circunstância de que as Cortes Constitucionais, embora compostas por juízes nomeados, não estão sujeitas a controles periódicos eleitorais, característica própria de democracia representativa. O segundo ponto aduz que as decisões das Cortes Constitucionais não são submetidas, em regra, a qualquer regulamentação democrática, salvo respostas legislativas que superem a jurisprudência do Tribunal.

Assim, no desempenho da *judicial review*, ao invalidar um ato aprovado por outro poder, a Corte estaria impondo suas opções políticas em detrimento daquelas valoradas pelas instâncias majoritárias. O desconforto com esta postura, espécie de ativismo judicial, patrocina a crítica formulada por Alexander Bickel, o qual aponta para a *dificuldade contramajoritária* do controle de constitucionalidade (BICKEL, 1986)<sup>3</sup>.

Coloca-se aqui, portanto, o *risco democrático* da jurisdição constitucional (GRIMM, 2006). Este risco já foi levantado pela doutrina brasileira em 1949, por Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, o qual, comentando a doutrina americana que tratava do tema, manifestou no seguinte sentido:

Argui-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição em eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular (BITTENCOURT, 1969, p. 21).

---

<sup>3</sup> “Actualmente, uno de los más importantes críticos del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes es Jeremy Waldron, quien sostiene que el respeto al derecho de las personas de participar en todos los aspectos del gobierno democrático de su comunidad, se pone en riesgo cuando las decisiones más importantes son trasladadas del Pueblo y de sus instituciones representativas ‘a un puñado de hombres y mujeres supuestamente sábios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos en quienes solo se puede confiar, así se piensa, para tomarse en serio las grandes cuestiones que estas decisiones plantean’” (EGUIGUREN; SALOMÉ, 2012, p. 153)

Ocorre que o conceito de democracia não se esgota na regra da maioria<sup>4</sup>. E há respostas, há muito formuladas pela doutrina constitucional, para as críticas acima expostas. Sem pretender exaurir o tema, alguma dessas ideias serão expostas neste capítulo, em um exercício de síntese. Para tanto, os próximos itens tentarão sistematizar os argumentos utilizados ora em favor da revisão judicial, ora contra a absoluta supremacia parlamentar, utilizando-se de minucioso estudo de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 56-80), o qual condensou as ideias abaixo expostas.

O capítulo pretende, ainda, demonstrar que o fenômeno da expansão judicial se deve a fatores que não estão ligados, necessariamente, à ambição do Poder Judiciário em instituir-se uma democracia togada.

### 1.1 A FAVOR DE JUÍZES E CORTES

Como argumentos levantados pelo autor em favor do controle de constitucionalidade do Judiciário, o autor resume posições que esclarecem que a democracia pressupõe cuidados que ultrapassam o critério da representatividade majoritária.

Assim, alguns entendimentos são destacados, uma vez que defendem a revisão judicial como integrante do pacto democrático, bem como porque sustentam que a atuação das Cortes representa expressão da vontade popular na redação do texto constitucional, além de garantir os princípios de justiça. Traz ainda posições que abarcam a proteção das minorias, a subordinação dos Poderes à lei e à ideia de que cabe ao Judiciário garantir a compatibilidade das leis à Constituição em respeito à segurança jurídica.

Considerando a estrutura institucional, a *judicial review* constituiria o próprio conceito de separação de Poderes, tendo em vista que se trata de ferramenta de controle entre os Poderes. Ou seja, “a revisão judicial seria um recurso institucional desejável não pela substância de justiça que supostamente resguardaria, mas sim pelo simples efeito moderador derivado desse processo” (MENDES, 2008, p. 64). No mais, As Cortes não se legitimam pelo critério populista, mas depende de

---

<sup>4</sup> “Atualmente, como ensina Jesse Choper, até mesmo o procedimento interno do poder legislativo pode ser considerado contramajoritário. Os exemplos trazidos pelo autor para atingir tal constatação, além do aqui já referido, se encontra no impedimento – antes de qualquer questionamento judicial – ao trâmite de projetos legislativos; o poder de veto que é detido pelo Presidente da República em sistemas republicanos presidencialistas” (VIEIRA, 2008, p. 21).

fundamentações que reconheçam sua *expertise*. Deste modo, teria maior capacidade institucional de decidir com base em uma racionalidade sedimentada em princípios, mais próxima, portanto, da resposta certa.

Mendes retrata, ainda, a posição que levanta o caráter mais representativo das decisões judiciais, ainda em razão à especial argumentação moral. Ou seja, a revisão judicial propõe debates e é mais sensível a razões e não a desejos majoritários. Ademais, ao promover o debate público, a corte educa.

Por fim, destaca que a Corte é composta por membros indicados por autoridades eleitas, de modo que “não se pode negar que com o tempo uma maioria sólida consegue compor uma corte afinada com seus interesses e posições. Não segue o ritmo eleitoral, mas não foge dele completamente” (MENDES, 2008, p. 70).

## 1.2 CONTRA LEGISLADORES E PARLAMENTARES

Conrado Mendes esclarece que os defensores da revisão judicial não descartam o legislador, apenas não os consideram aptos ao proferimento da última palavra em matéria de direitos fundamentais. Os argumentos contrários a parlamentos são divididos em duas espécies: aqueles que indicam vícios na representação e aqueles que apontam problemas na regra da maioria.

Desta forma, são apontadas questões que remetem à origem oligárquica dos parlamentos e suas decisões baseadas em interesses elitistas. Questiona-se, ainda, a agenda política do legislativo, a qual é determinada pelo imediatismo de caráter eleitoral. A política de negociação e barganha acarreta comportamentos que não necessariamente estão condicionados às proteções de liberdades e direitos. Além disso, esta mesma política atrapalha a racionalidade das decisões.

Registre-se a noção de que a representação eleitoral não é o único tipo possível de representação, resgatando a defesa das Cortes enquanto representantes deliberativos. O argumento tem como pilar a ideia de que, não sendo possível a democracia direta, restam apenas traços de autogoverno.

## 1.3. A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO JUDICIÁRIO

As ideias expostas anteriormente condensam o debate acerca da legitimidade democrática do papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional. Há

razoável consenso, nos dias de hoje, de que o conceito de democracia não se traduz, exclusivamente, em governo da maioria, exigindo a incorporação de valores fundamentais<sup>5</sup>.

No próximo item, e antes de enfrentar o tema da função representativa do Supremo Tribunal Federal, cabe analisar as circunstâncias políticas para a expansão do Judiciário no Brasil, sob perspectiva da Ciência Política contemporânea.

### 1.3.1 Dimensionamento do Fenômeno

A primeira onda de afirmação do judicial review ocorreu logo após a fundação dos Estados Unidos, por meio da decisão referente ao famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), pois se tratou da primeira ocasião em que o órgão de cúpula do Judiciário declarou uma lei federal inconstitucional<sup>6</sup>. A segunda onda chega no segundo pós-guerra, com a redemocratização dos países que vivenciaram o fascismo e o nazismo<sup>7</sup>. Nas duas últimas décadas do século XX, finalmente, pode-se falar em

---

<sup>5</sup> “A concepção fundamentalista de democracia constitucional tem como principal pressuposto a existência de direitos anteriores ao Estado e, portanto, impassíveis à deliberação majoritária (...). São Direitos com maiúscula, anteriores e superiores ao Estado, e não direitos decorrentes das deliberações tomadas pela sociedade política” (VIEIRA, 1993, p. 12).

<sup>6</sup> Importante destacar o contexto político da decisão. O judiciário estadunidense havia sido aparelhado pelos federalistas. Todavia, uma crise institucional iria eclodir com a nomeação dos *juízes da meia noite*. O candidato à presidência de John Adams, Aaron Burr, foi derrotado por Thomas Jefferson. Assim, John Adams aprovou o *Judiciary Act* em 1801. Por meio desta medida, foram criados 18 cargos judiciais e o presidente inicia uma corrida à nomeação dos cargos. Ainda, faltando 15 dias para o término de seu mandato, Adams aprovou a lei de organização do Distrito de Columbia, criando 45 cargos de juiz de paz, também preenchidos por um procedimento relâmpago. Finalmente, John Marshall foi nomeado para a presidência da Suprema Corte. Cite-se que Marshall era secretário de Estado de Adams. Estas medidas irritaram os republicanos, que consideraram ilegítimos os chamados *midnight -judges*. Primeiro, por se tratar de nomeação de presidente derrotado nas urnas. Segundo, porque consideravam que tais indicações tinham o objetivo de perpetuar os ideias federalistas por meio do Judiciário. Desta forma, um dos primeiros atos praticados pelo Congresso Republicano foi a revogação do *Judiciary Act*. Por certo que o conflito se judicializou. No caso *Marbury v. Madison*, William Marbury e outros, embora nomeados pelo governo anterior para o cargo de juiz de paz, não receberam suas investidas, porque Marshall, à época secretário de Estado, não teve tempo de fazê-las. Assim, postulavam a obtenção de ordem judicial que compelisse o novo governo a dar-lhes posse. O ponto central do debate era a possibilidade de lei extinguir cargos judiciais vitalícios. Marshall afirmou que os impetrantes tinham direito à investidura nos cargos, porém, sob o argumento de que as competências originárias da Suprema Corte estão submetidas à reserva constitucional, A Corte reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que lhe concedera competência para julgar o caso, negando-se a ordenar o Presidente a empossar os impetrantes. Nas palavras de Rodrigo Brandão (2017, p. 46), “Marshall conseguiu, em uma só tacada, condenar a conduta dos republicanos para a defesa de seus colegas federalistas, da sua própria nomeação e da sua atuação como Secretário de Estado de Adams; e evitar confronto com o Presidente e o Parlamento, que poderia erodir a independência da Suprema Corte”.

<sup>7</sup> “Após a 2ª Grande Guerra Mundial, um movimento vagaroso, detectado sobretudo na jurisprudência das Cortes Constitucionais, foi dando um novo caráter às ordens jurídicas nacionais. Por esse movimento, as Constituições, outrora observadas como repositórios de divisão de competências e de definição de programas genéricos a entes públicos, foram sendo alçadas a um novo patamar, qual seja, o de documentos vinculantes dos poderes públicos, dotados de efetividade e de aplicabilidade inclusive em relação a particulares. A Constituição, havida como um sistema de princípios e regras aberto aos influxos da realidade, passa a uma situação de *onipresença* na ordem jurídica, evocando um esforço constante dos tribunais para sua concretização. Concebe-se, assim, a chamada filtragem constitucional, segundo a qual todos os setores do ordenamento jurídico devem ser lidos e havidos

terceira onda de expansão do controle de constitucionalidade, em razão da reconstrução constitucional dos países latino-americanos e países ex-comunistas.

Estudos recentes demonstram que a previsão do controle de constitucionalidade nas Constituições da segunda metade do século passado foi acompanhada de uma expansão global do Judiciário (TATE, C. & VALLINDER, T., 1995). A judicialização da política é apontada como um processo que se manifesta pela dominação progressiva dos juízes sobre a tomada de decisões políticas, antes cunhadas por departamentos como o Legislativo e o Executivo.

Há várias teorias que objetivam explicar este fenômeno que, diga-se, é mundial. Assim, nas próximas linhas, serão expostas de maneira sucinta as principais correntes que justificam o agigantamento do Judiciário, as quais foram sistematizadas por Neal Tate (1995), trazendo também as peculiaridades do sistema brasileiro.

### *1.3.2 Condições gerais facilitadoras da expansão do poder judicial*

#### *1.3.2.1. Democracia*

Apesar de muitos ainda considerarem a expansão judicial como uma ameaça ao regime democrático, fato é que é pouco provável que, em um regime autoritário, algum governante admita a independência dos juízes, estimulando-os a participarem de processos decisórios. Portanto, a democracia é condição necessária, apesar de não exclusiva, do ativismo judicial<sup>8</sup>. Não é à toa que o desenho criado pela Constituição Federal de 1988 e a estabilidade democrática que ela garante são circunstâncias que têm estimulado o proferimento de decisões ativistas da Corte brasileira.

#### *1.3.2.2. Separação de poderes*

Em um Estado Democrático de Direito, é de extrema relevância que os poderes estejam harmonicamente estruturados e que suas relações sejam baseadas na paridade e horizontalidade. No que concerne ao Judiciário, fundamental que lhes

---

segundo os princípios, regras e valores aportados à Constituição, fonte de legitimidade de todo o sistema jurídico” (ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JR, V.S., 2018, p.29-30).

<sup>8</sup> Não há consenso sobre o conceito do termo “ativismo judicial”, sendo notória a variedade quanto às formas de abordagem do assunto. Para um estudo aprofundado do tema, ver a análise rebuscada sobre as dimensões do ativismo judicial, de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014).

sejam reservadas determinadas garantias, assegurando-lhe independência diante dos demais poderes.

Assim, a jurisdição constitucional fortalece o Judiciário, porém, ainda que fortalecido, deve ter condições de decidir sem que sofra represálias. Por essa razão, relevante não só que o princípio da separação de poderes esteja expressamente previsto na Constituição como também, na própria dinâmica da relação entre os poderes, se reconheça a real e efetiva independência para julgar, ainda que as decisões desagradem as maiorias transitórias.

Com efeito, a importância da separação de poderes para a expansão do Judiciário pode ser demonstrada por meio da comparação entre os sistemas norte-americano e europeu. Neste sentido:

(...) enquanto na Europa foram construídas burocracias administrativas centralizadas, nos Estados Unidos se optou por uma estrutura altamente descentralizada e fundada em direitos, nos quais os juízes desempenhavam uma função muito mais relevante do que seus colegas europeus na resolução de problemas de coordenação entre as agências reguladoras e na contenção de eventuais atos arbitrários que prejudicassem direitos individuais (BRANDÃO, 2017, p. 95).

### *1.3.2.3 Política de direitos*

Tanto a democracia quanto a separação de poderes podem ser classificadas como elementos procedimentais e orgânicos, uma vez que de ordem estrutural. Somadas a estes, a constitucionalização abrangente e compromissória (SARMENTO, 2010, p. 103), promovida pela Constituição, bem como o amplo catálogo de direitos fundamentais, representam um limite aos órgãos majoritários e fortalece o papel das Cortes como atores políticos no sistema democrático.

Ora, uma das características do constitucionalismo contemporâneo é justamente a convicção de que os direitos fundamentais integram parte substancial das democracias constitucionais. Paralelamente, confia-se aos órgãos judiciais a proteção de tais direitos. Esta equação abranda a regra da maioria, porquanto os direitos fundamentais funcionam como limites aos departamentos majoritários. O resultado é a transformação das Cortes Constitucionais como novo espaço de reivindicação de direitos.

#### 1.3.2.4. Os grupos sociais, a oposição e a inefetividade das instâncias majoritárias

A nova realidade institucional do Poder Judiciário é politicamente construída. O estabelecimento formal de cortes fortes e jurisdição constitucional ampla é uma decisão política, que pode ser flexibilizada. Conforme atesta Glauco Salomão Leite:

(...) o desenvolvimento dos direitos fundamentais e a própria construção de uma *politics of rights* são encarados mais adequadamente como conquistas resultantes de pressões de grupos e movimentos sociais. Logo, a ampliação dos direitos não é produto da devoção de atores políticos que acreditam na real importância dos direitos humanos. Assim, quando tais grupos percebem a potencial utilidade das Cortes na defesa de seus interesses, passam a encaminhar-lhes demandas, utilizando-se da gramática própria dos direitos constitucionalmente reconhecidos (LEITE, 2017, p. 113).

Em verdade, a expansão da atuação das Constitucionais torna-se uma espécie de seguro político, conforme atesta Tom Ginsburg (2003, p. 211-212), segundo o qual os grupos políticos teriam aversão ao risco eleitoral. Com efeito, a constitucionalização configura-se em escudo de proteção aos perdedores no processo político, pois tende a garantir-lhes que as regras básicas do processo democrático não serão alteradas em favor do grupo majoritário.

Por esta lógica:

(...) o fator fundamental para a expansão do Judiciário é a “incerteza política futura”, de modo que, em sistemas políticos nos quais haja um partido dominante que concentre boa parte do poder político a tendência é que se privilegie a flexibilidade constitucional e a restrição à *judicial review*. Caso, ao contrário, se tenha um sistema em que vários grupos competem pela vitória eleitoral, apresentando significativo grau de difusão do poder, a tendência é a opção por um nível maior de rigidez constitucional e a ampliação do *judicial review* (BRANDÃO, 2017, p. 89).

Ou seja, grupos políticos têm finalizado muito de suas lutas político-legislativas fora da arena parlamentar. O foco agora não se coloca mais em uma cultura de direitos ou em um arranjo institucional calcado na separação de poderes. Verifica-se, portanto, a utilização estratégica das Cortes. Dessa maneira, a constitucionalização de direitos, aliada à existência de jurisdição constitucional atuante, permite que as Cortes sejam vistas como um canal institucional alternativo para onde são remetidas controvérsias que os atores políticos não desejam submeter à esfera político-representativa (LEITE, 2017, p. 115).

A inefetividade das instituições majoritárias também se mostra um caminho para a expansão judicial, pois há uma maior propensão para buscar o apoio do Poder Judiciário. Verifica-se, desta forma, um déficit democrático na representação política tradicional, cujas causas são diversas. Primeiro, pode haver uma desconfiança dos processos eleitorais, os quais, apesar de legalmente previstos e organizados, muitas vezes são afetados por critérios econômicos que prejudicam o jogo democrático.

Ademais, está superada a ideia de que os Parlamentos são infalíveis. Há um descrédito generalizado pela política, que é manchada por corrupção e interesses corporativos<sup>9</sup>. A crise da representação política, portanto, ampara a expansão judicial.

No mais, em diversas ocasiões se constata uma inércia dos representantes eleitos para a promoção de medidas efetivas aos problemas sociais emergentes. Por vezes, esta omissão é constatada em razão da dificuldade em se chegar a um consenso sobre determinada questão por meio do fórum deliberativo do Congresso. No entanto, esta inercia também é utilizada de maneira estratégica para evitar a tomada de decisão sobre um tema controvertido na sociedade, o que pode acarretar um alto custo político-eleitoral. Assim, transfere-se a solução do conflito para a arena judicial.

Todos estes fatores são reconhecidos como características comuns das democracias contemporâneas onde se constatou a expansão do poder judicial. A seguir, serão destacadas as peculiaridades da experiência constitucional brasileira.

### *1.3.3. Peculiaridades do sistema brasileiro*

Além das condições demonstradas por *Neal Tate* compondo o cenário favorável à judicialização da política e do ativismo judicial<sup>10</sup>, destacam-se algumas características presentes no cenário brasileiro que, ainda que possam ser

---

<sup>9</sup> Sobre os desafios da nova democracia representativa, v. interessante estudo de Luis Felipe Miguel. O autor destaca que "(...) uma crise disseminada da representação política, em novas e velhas democracias, é de difícil comprovação, mas creio que se sustenta sobre três conjuntos de evidências relativas: (1) ao declínio do comparecimento eleitoral; (2) à ampliação da desconfiança em relação às instituições, medida por *surveys*; e (3) ao esvaziamento dos partidos políticos" (MIGUEL, 2014, p. 98).

<sup>10</sup> "A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes (BARROSO, 2019, p. 435).

encontradas em outro lugar, estão separadas das “condições gerais” apontadas anteriormente.

#### 1.3.3.1. A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, simbolizou a transição de um Estado autoritário, que se prolongou por cerca de vinte anos, para um Estado Democrático de Direito, o qual vem avançando na consolidação da separação de poderes, da democracia e dos direitos fundamentais.

Apesar das inúmeras críticas à Assembleia Nacional Constituinte de 1987, sobretudo por ter facilitado a inclusão de interesses particulares na arena deliberativa, não se pode descartar a intensa mobilização popular no processo constituinte. Uma breve análise de seu texto permite constatar a heterogeneidade dos valores consagrados, bem como evidencia-se o nível detalhado de matérias que foram colocadas no corpo da Constituição.

Neste aspecto, todas as disposições elevadas ao patamar constitucional acabam por ampliar o espaço de atuação do Supremo Tribunal Federal, porquanto, ao menos formalmente, tratam de assunto constitucional. Registre-se que esta característica, por si só, não é capaz de criar uma *juristocracia* no Brasil. Fosse assim, não haveria ativismo nos Estados Unidos, tendo em vista que o país possui um dos textos constitucionais mais concisos do mundo. De toda sorte, ainda que a constitucionalização abrangente não possa ser considerada como fator determinante da expansão da jurisdição constitucional, também não se pode negar que contribua para o alargamento do espaço decisório do STF (LEITE, 2017, p. 120).

Ademais, no intuito de fornecer maior proteção aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 apresenta três preceitos extremamente relevantes. O primeiro está esculpido no artigo quinto, parágrafo primeiro, pelo qual se determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, ações ou omissões do Poder Público que afetem algum direito fundamental são passíveis de controle jurisdicional.

O segundo preceito refere-se ao parágrafo segundo do artigo quinto, pelo qual os direitos e garantias expressos na 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. Desta maneira, a Constituição abre-se para outras fontes normativas, compondo o chamado bloco de constitucionalidade com a natureza de direitos fundamentais.

Finalmente, o parágrafo terceiro do mesmo artigo permite que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ou seja, os tratados referentes a direitos humanos e fundamentais elevam-se a categoria constitucional, atingindo um grau de proteção mais elevado.

Do exposto, nota-se que a Constituição Cidadã não se limitou a traduzir os processos democráticos formais. Trata-se de constituição substantiva, com intensa carga valorativa e traços programáticos, de modo que seu guardião, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, apresenta-se como um dos principais responsáveis por sua consagração, sobretudo diante do descrédito no que toca à política majoritária.

#### *1.3.3.2. Fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal*

A dimensão das competências do Supremo Tribunal Federal constitui outro importante fator para o protagonismo judicial brasileiro. O artigo 102 da Constituição Federal dá conta de inúmeras atribuições, desde foro originário a instancia recursal, bem como guardião da Constituição.

Repassando a história constitucional brasileira, apreende-se que primeiramente foi implantado o controle difuso de constitucionalidade em 1890, consolidando este sistema com a Carta Republicana de 1891. Porém, não havendo a cultura do *stare decisis*, não havia como fazer vincular o precedente às demais instâncias.

Em 1965, introduziu-se o modelo concentrado-abstrato de normas a ser realizado no STF. A prática, contudo, ainda demonstrava a predominância do sistema difuso, uma vez que o único legitimado a instaurar o controle abstrato era o procurador-geral da República.

Diante deste contexto, fica fácil perceber que a Constituição Federal de 1988 propõe uma guinada no cenário da jurisdição constitucional, ao conferir mais ênfase ao modelo concentrado. Esta nova perspectiva pode ser notada diante da ampliação

do rol de legitimados a propor ações diretas. Com efeito, passam a ter acesso ao Supremo não apenas órgãos estatais, mas também entidades da sociedade civil organizada. Pelo menos em termos formais, isto significou uma democratização da jurisdição constitucional.

Também importante apontar a criação de outro instituto, qual seja, a ação declaratória de constitucionalidade, que tem como objeto lei ou ato normativo federal, de modo a engrossar o caldo do controle concentrado-abstrato. Paralelamente, introduziu-se a arguição de preceito fundamental, que tem como escopo tutelar os preceitos fundamentais da Constituição contra eventuais lesões advindas do Poder Público. Destarte, ato judicial tem um conceito amplo, podendo abranger leis, atos normativos, atos infralegais, atos administrativos ou atos políticos, o que por certo também contribui para o fortalecimento da *judicial review*.

Não se pode esquecer, ainda, do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, ao STF cabe fiscalizar não somente as condutas lesivas, porquanto comissivas, mas também a ausência de um agir. Ainda, importa mencionar o mecanismo da repercussão geral, bem como das súmulas vinculantes, aproximando, as segundas, de uma verdadeira função legislativa.

Desta feita, a ampliação das competências do STF e da força de seus arestos não foi resultado de construções ampliativas de seus integrantes. Ela emerge em razão do próprio constituinte originário, que estabeleceu um novo contorno institucional para o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e, em seguida, por emendas constitucionais e leis ordinárias, portanto com a anuência do Congresso Nacional. Ou seja, a maior adjudicação das decisões dos demais poderes por parte do STF é resultado, sobretudo, de sucessivas decisões políticas do Legislativo.

#### 1.3.3.3. *Neoconstitucionalismo*

Hoje, é possível falar na superação da supremacia do Parlamento. Mas o valor normativo da Constituição não é intrínseco, natural. Em verdade, trata-se de um processo histórico de reflexões, a fim de aperfeiçoar os controles de poder. Nesta toada, a superioridade da Constituição vincula todos os poderes por ela constituídos, por meio de ferramentas jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

Outrossim, a Constituição agrega valores morais e políticos, não mais se limitando a organizar a estrutura estatal. Tudo isso atrelado à ideia de que o poder emana do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes (MENDES, 2018, P. 53). Ou seja, enquanto resposta aos regimes autoritários e totalitários que resultaram do holocausto, o neoconstitucionalismo peculiariza-se por fornecer um conjunto de mecanismos de interpretação e aplicação do direito, o qual apresenta-se, agora, repleto de questões ético-morais, relegadas pela tradição clássica a um segundo plano.

Com efeito, por meio desta teoria normativa, os valores e princípios esculpidos na Lei Maior irradiam-se por todo o direito ordinário. Vale dizer: os preceitos constitucionais possuem um efeito expansivo, do que decorre que, na prática, não há mais uma questão de legitimidade constitucional que se possa dizer que seja apenas uma questão de política<sup>11</sup>. Nota-se, portanto, que o neoconstitucionalismo aposta na jurisdição constitucional para dar efetividade ao Estado Constitucional.

#### *1.3.3.4. Presidencialismo de coalizão<sup>12</sup>*

Quando mais fragmentado for o poder político, maior o grau de independência judicial e, conseqüentemente, maior a possibilidade de condutas ativistas do STF. Ou seja, a distribuição do poder pode interferir na conduta de um Tribunal Constitucional.

Havendo uma diluição de forças no interior do sistema político, há também suporte para qualquer decisão judicial. Isso porque, diante dos variados atores sociais, natural que a Corte seja demandada pela oposição, de modo a operar como um árbitro na disputa pelo poder (LEITE, 2017, p. 134).

Porém, se o custo político de uma decisão se reduz quando as forças são difusas, o contrário também é verdadeiro. Assim, quando há um ator hegemônico, a

---

<sup>11</sup> Campilongo aduz que afirmar direitos em documentos constitucionais não é uma questão exclusivamente jurídica: é também política (CAMPILONGO, 2000, p. 109).

<sup>12</sup> “O fato de nosso presidencialismo ser de coalização nasce da nossa diversidade social, das disparidades regionais e das assimetrias de nosso federalismo, que são mais bem acomodadas pelo multipartidarismo proporcional. O presidente é, ao mesmo tempo, meio de campo e atacante. Ele precisa organizar as jogadas, a partir do meio campo. Isso, no jogo político, significa organizar a coalização majoritária pelo centro para poder governar. Ele forma e articula a coalizão. Mas, uma vez obtido esse apoio político, precisa manter a ofensiva e mostrar quem é o capitão do time. Comando e iniciativa. Isso é coisa de presidente. É o que requer o presidencialismo. Ao mesmo tempo, precisa ter flexibilidade e habilidade para negociar com o Congresso, encontrar o ponto de entendimento comum em cada matéria. Coisa de político. É o que requer a coalização” (ABRANCHES, 2018, p. 14).

tendência seria uma atuação mais acanhada do Tribunal. E é assim, porque o risco de uma decisão contrária a este ator político em uma questão relevante é muito alto. De pronto, existe o ímpeto do descumprimento da decisão, desmoralizando o papel da Corte. Paralelamente, não se descarta a hipótese de eventuais retaliações, comprometendo a estrutura e funcionamento do Tribunal.

O contexto brasileiro conta com duas maiorias “contra” as quais o STF teria que se insurgir quando de seu papel contramajoritário: o Legislativo e o Executivo. É que o Presidente da República desponta como o principal ator político, agregando diversas competências. No entanto, o presidencialismo de coalização, associado ao pluripartidarismo, exige com que o Presidente da República busque parcerias entre as várias vertentes políticas, a fim de garantir a governabilidade. Nesse sentido, criticando o protagonismo judicial, porém reconhecendo não se tratar de voluntarismo ambicioso dos juízes, Streck argumenta:

(...) os desvios institucionais praticados pelo Poder Judiciário – entendidos aqui como a prática de ativismo judicial – têm relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil. As constantes dificuldades encontradas pelo governo, para constituir uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, reforçam a instabilidade política no país e fazem com que o mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acabe desaguando no Judiciário. As mesmas coalizões, que atuam no âmbito do governo, também procuram concretizar suas reivindicações por meio do Judiciário (...) (STRECK, 2014, p. 83).

Assim, apesar do Presidente constituir-se como o principal ator político, ainda não se consegue dizer que se trata de uma força hegemônica, pois depende do suporte de outras bases. Com essa fórmula política competitiva, o STF consegue atuar com maior liberdade e sem constrangimentos dos outros poderes, que, aliás, podem se utilizar desta estrutura. Para Ginsburg (2003, p. 22), esse quadro contemporâneo de fragmentação de poder político, multipartidarismo e alternância de titularidade do governo podem explicar o porquê dos poderes decisórios das Cortes não serem restringidos pela política ordinária e, ao contrário, serem fortalecidos por ela. Para o autor, a *incerteza eleitoral* é a razão para que o controle de constitucionalidade esteja estruturado nas constituições, uma vez que, se dado grupo político não se sente seguro quanto à posse do governo, ao menos terá a certeza de que poderá se utilizar da jurisdição constitucional como uma forma de *seguro*

*político*<sup>13</sup>. Ou seja, as Cortes têm atuado como *veto points*<sup>14</sup>. Portanto, o ambiente favorável à ascensão do Supremo é politicamente construído<sup>15</sup>.

#### 1.3.4. *Ativismo judicial ou deferência?*

É, de fato, um fenômeno mundial. O Poder Judiciário se agigantou. Ele está mais aparente, mais atuante, mais conhecido. Esta realidade também atracou no Brasil e há diversos estudos sugerindo que este dado possa levar a uma juristocracia, a um *governo de juízes*. Apesar das angústias e de vários apontamentos quanto ao avanço do Poder Judiciário, uma pesquisa empírica teve por objetivo demonstrar que a democracia brasileira não está ameaçada pela Corte.

Assim, Thamy Pogrebinski (2011) analisou decisões proferidas entre 1988 e 2009 e detectou que a doutrina tem contribuído para propagar a ideia de que o STF tem avançado em detrimento da política, em desfavor do Congresso Nacional. A autora propôs, então, afastar o que ela designou de “silogismo da judicialização” (2011, p. 3).

Os dados coletados por Thamy dão conta de que em apenas 13,32% do total das ações julgadas de controle concentrado tiveram resultado total ou parcialmente favorável ao pleito. Este elemento permitiu evidenciar que, ao contrário do discurso prevalecente na doutrina, a Corte brasileira exerce sua função contramajoritária de maneira muito cautelosa.

A autora também sustentou que as técnicas de interpretação utilizadas pelas decisões que deram provimento (total ou parcial), quais sejam, interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos, constituir-se-iam em estratégias para fortalecer a vontade majoritária.

---

<sup>13</sup> Conforme Mark Tushnet (2010, p.97), políticos suportam a *judicial review* porque eles a julgam politicamente útil.

<sup>14</sup> A Ciência Política procurou definir as duas vertentes da fragmentação do poder político. Assim, distingue-se entre *veto players* e *veto points*. Os primeiros são os atores políticos com diferentes poderes de veto sobre opções político-legislativa. Os segundos são oportunidades institucionais que os primeiros possuem para a implementação daqueles vetos (TAYLOR, 2008, p.75-76).

<sup>15</sup> “A Corte tem desenvolvido sua jurisprudência assertiva em ambiente político sem resistências sistêmicas que representem ameaças à sua independência ou identidade institucionais. Mesmo o Executivo federal, que ainda é a maior força política do país, tem respeitado o protagonismo do Supremo em diversas áreas. Por tudo isso, nosso sistema político fragmentado e competitivo vem atuando de modo a permitir o avanço do poder decisório do Supremo, principalmente porque -e enquanto - o Executivo tem contribuído para esse avanço (CAMPOS, 2014, p. 269).

A pesquisa veio suprir grave lacuna na literatura jurídica e respondeu às críticas fundamentadas em alguns poucos casos específicos e sem fundamento empírico, rebatendo os argumentos de que o Poder Judiciário aprofunda a crise de representação.

## 2. CAPÍTULO 2 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

### 2.1. INTERAÇÃO ENTRE OS DEPARTAMENTOS ESTATAIS

O fenômeno da expansão judicial inspira inúmeros debates acerca das capacidades do Judiciário em prolatar a última palavra em matéria de interpretação constitucional. Passa-se, então, a propagar o medo. O medo da jurisdição constitucional. O medo do governo dos juízes. O medo da juristocracia. Porém, exames empíricos sustentam que a prática da interação entre os poderes e entre eles e a opinião pública, revelam que o Judiciário não tem, de fato, o monopólio da última palavra.

Estas análises trazem um novo olhar sobre a dinâmica entre os departamentos estatais e não estatais, de maneira a identificar a vontade de cada instituição em manter ou promover conduta ativista e expansiva, bem como a reconhecer que estes intercâmbios trabalham como verdadeiras limitações à jurisprudência as Cortes Constitucionais.

A seguir, passa-se à análise do fecundo estudo realizado nos Estados Unidos, em 1988, por Louis Fischer (1988), o qual identificou vários constrangimentos institucionais à tarefa da Suprema Corte em interpretar a Constituição<sup>16</sup>.

#### 2.1.1. Ataques institucionais

Há vários exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte, podendo-se citar a alteração do número de seus componentes, a manobra de suas competências e o *impeachment* de juízes com fundamentos não disciplinares.

Conforme já se mencionou, a Suprema Corte do Estados Unidos sofreu alterações no número de seus membros em diversas ocasiões. O importante e sempre lembrado caso *Marbury v. Madison* dá conta de que manobrar a quantidade

---

<sup>16</sup> “A partir da década de 1980, foi construída uma nova proposta (...). Refere-se ao neoinstitucionalismo, que busca examinar como fatores institucionais delimitam a atuação de agentes públicos (...). Tal concepção tem a vantagem de analisar não apenas o comportamento individuais de juízes e legisladores (como os modelos atitudinal e legalista), mas, ao contrário, dá especial atenção às interações travadas entre os ‘poderes’. Portanto, a ação concreta de agentes públicos é limitada não só pela própria instituição, mas também pela dinâmica de sua interação com outros ‘poderes’” (BRANDÃO, 2017, p. 280).

de integrantes da Corte pode ser uma boa estratégia quando se pretende manter simpatizantes da oposição no Judiciário. No mais, sabe-se que a contenda entre federalistas e não federalistas culminou na rejeição do *impeachment* do Justice Chase quando da Fundação dos Estados Unidos. A garantia da utilização deste mecanismo apenas para fins políticos foi de suma importância à manutenção da independência judicial no país.

O embate entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte é outro emblemático caso sobre tentativa de empacotamento da Corte. Na década de 1930, Roosevelt propôs diversas medidas destinadas a retirar os Estados Unidos da depressão econômica que se seguiu após a quebra da Bolsa de Nova York de 1929. Os projetos do presidente foram rejeitados pela Corte, que era composta por uma maioria esmagadora de juízes conservadores. Apesar do intenso apoio popular que recebia, a Corte desafiara o presidente, declarando a inconstitucionalidade do *National Industrial Recovery Act (NIRA)*, bem como de normas de abrandavam débitos de produtores rurais e a imposição de restrições ao Presidente quanto ao poder de destituição de dirigentes de agências reguladoras<sup>17</sup>.

Roosevelt, então, reagiu e apresentou ao Congresso um projeto de lei que lhe autorizava nomear um novo juiz para cada *Justice* da Suprema Corte que contasse com mais de 70 anos no momento da reforma e que não tivesse a intenção de se aposentar<sup>18</sup>. Quando a proposta foi encaminhada, no ano de 1937, o presidente poderia nomear seis novos juízes que garantiram a superação da jurisprudência anterior.

O Senado, porém, rejeitou a medida. Mas a ameaça presidencial surtiu efeito. Assim, o Justice Roberts abandonou a jurisprudência conservadora e se uniu aos liberais, de modo a viabilizar a manutenção das medidas sociais que integravam o *New Deal* (FISHER, 1988, p. 215).

O artigo terceiro da Constituição norte-americana permite que o Legislativo regule e crie exceções à competência recursal da Corte. Em 1869, analisava-se a constitucionalidade da lei que retirava da Suprema Corte a competência para julgar recursos contra decisões proferidas por tribunais inferiores em sede de *habeas*

---

<sup>17</sup> Tratam-se dos casos *Schechter Corp v. United States* 295, US 495 (1935); *Louisville Bank v. Radford*, 295 US 555 (1935) e *Humprey's Executor v. United States* 295 US 602 (1935).

<sup>18</sup> Os juízes que compõem a Suprema Corte dos Estados Unidos contam com a garantia da vitaliciedade.

*corpus*<sup>19</sup>. O objetivo da lei, em verdade, era privar a Suprema Corte da apreciação de normas referentes à reconstrução do Sul, após o fim da Guerra Civil. No entanto, a Corte considerou que a restrição à sua competência era constitucional.

No Brasil, há inúmeros exemplos de ataques institucionais ao Supremo Tribunal Federal. Rodrigo Brandão (2017, p. 312) destaca que:

Só no governo Floriano Peixoto (1891 a 1894) houve pelo menos quatro casos relevantes. Cite-se, inicialmente, a ameaça de descumprimento e mesmo de prisão formulado pelo Presidente em face dos ministros do STF, caso eles deferissem habeas corpus em favor dos indivíduos que participaram de protestos pelo fato de Floriano Peixoto ter assumido a presidência com a renúncia de Deodoro da Fonseca, ao invés de convocar novas eleições. Vale lembrar, os ofícios do ministro da Guerra publicados em Diário Oficial comunicando ao STF a sua discordância quanto às razões jurídicas empregadas pelo STF, ou mesmo o seu descumprimento a decisão judicial, no habeas corpus relativos à Revolução Federalista do Rio Grande do Sul. Por sua vez, diante do deferimento pelo STF de salvo-conduto em favor de estrangeiros envolvidos na Revolta Armada para impedir que eles fossem expulsos do Brasil, o governo Floriano Peixoto usou de expediente ardiloso: expedição de Decreto de expulsão com data retroativa. Por fim, destaca-se o não preenchimento por longo espaço de tempo das cadeiras vagas no STF, o que dificultou bastante o seu funcionamento, e posteriormente, a indicação pelo Presidente de um médico e de dois generais para os cargos vagos.

Também é possível citar exemplo de redução das competências do STF: a extinção do *habeas corpus* na Reforma Constitucional de 1926. A alteração do número de seus integrantes também foi efetivada por atos do Governo Provisório de 1930, reduzindo de 15 para 11 o número de ministros, havendo ainda aposentadoria compulsória de seis ministros. O Ato Institucional n 02, por sua vez, alterou novamente a composição da Corte, aumentando para 16 ministros, ligados à UDN, além de suspender garantias dos magistrados. Finalmente, a Carta de 1937 previu a possibilidade de se negar aplicação às decisões do Supremo.

A Constituição de 1988 apresenta condições favoráveis à expansão judicial, conforme já mencionado. Há garantias e princípios constitucionais que favorecem a democracia brasileira e o apoio popular à independência judicial impede o uso frequente de ataques institucionais ao Judiciário. Porém, importa mencionar que cabe ao Parlamento, segundo a Constituição brasileira, a aprovação do orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes. Embora os Tribunais possam elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente entre os

---

<sup>19</sup> 75 US (6Wall), 250, 254 (1866).

demais poderes (artigo 99, parágrafo primeiro, da CF/88), o Congresso Nacional não fica vinculado à proposta (artigo 165 da CF/88).

Com efeito, “não se pode ser ingênuo a ponto de não se reconhecer a possibilidade do uso do poder do Congresso sobre o orçamento dos Tribunais e sobre os salários dos juízes como instrumentos de retaliação ao Judiciário ou de pressão (...)” (BRANDÃO, 2017, p. 325)<sup>20</sup>.

Verifica-se, portanto, que qualquer medida que tente reorientar a jurisprudência das Cortes Constitucionais por meio de expedientes como *impeachment*, empacotamento ou redução de competências, esbarram na independência judicial, que deve ser garantida, pois reflete no controle dos abusos do governo. De toda forma, apesar destes ataques institucionais afrontarem a Constituição, fato é que eles existem.

Partindo, então, deste pressuposto, é possível reconhecer que a Corte Constitucional dificilmente interpretará a Constituição de forma absurdamente desviante da visão do povo e de seus representantes eleitos em questões de grande relevo. Isso porque sempre haverá uma maneira de evitar ou reverter determinada decisão judicial. “Ademais, se os poderes políticos resolverem promover ataques institucionais à Suprema Corte, e tiverem amplo apoio popular, não se pode ser ingênuo em desconhecer que pouco poderá o Tribunal fazer a respeito (Ibidem, p. 286).

### 2.1.2. A opinião pública

O longo debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional assenta-se justamente no fato de que uma instituição não eleita pelo povo tem o poder de anular leis promulgadas pelos representantes daquele mesmo povo. Já se salientou que maiorias eventuais não constituem, necessariamente, o interesse comum. Assim, ainda que ausente mecanismo de responsabilização popular, as Cortes poderiam afastar decisões tomadas por maiorias políticas momentâneas. No entanto, quando se fala em vontade popular, importa aferir-se o conteúdo desta vontade (Ibidem, p.

---

<sup>20</sup> Aliás, a garantia de irredutibilidade de vencimentos ou de subsídios esbarra no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o agente público está protegido apenas da irredutibilidade nominal de sua remuneração, sem garantia à reposição inflacionária. Neste sentido, v. STF, RE 37593 AgR, j. 23.05.2006.

309). Com efeito, em muitas situações, o Judiciário está muito mais sintonizado com a opinião pública do que autoridades eleitas.

Dworkin assim se manifesta:

Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente. Se ele não abomina as decisões conservadoras do início da década de 30, que ameaçaram bloquear o *New Deal*, é provável que abomine as decisões liberais da última década. Não precisamos exagerar o perigo. As decisões realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante, como ocorreu no caso das orações nas escolas públicas, e porque juízes mais velhos irão morrer ou se aposentar, e serão substituídos por novos juízes, indicados por estarem de acordo com um presidente que foi eleito pelo povo (DWORKIN, 2002, p. 232).

Estudos empíricos comprovam que as decisões contramajoritárias são exceção na Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo dados levantados por Thomas Marshall, nos períodos de 1935 a 1986 e 1986 a 2005, as decisões da Corte mostravam-se convergentes às pesquisas de opinião (MARSHALL, 1989).

No Brasil, isso ocorreu, por exemplo, quando o STF afirmou que o nepotismo violaria os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas, enquanto há inúmeras resistências do Executivo e do Legislativo em implementar este entendimento já sumulado (Súmula vinculante n. 13).

Robert Dahl sustenta que, um dos fatores que induzem a Suprema Corte a uma conduta que caminha na mesma direção das convicções da maioria advém da maneira com que são selecionados. Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, tais magistrados são indicados pelo Presidente e submetidos à aprovação do Senado. Se há, portanto, polarização política, é de se supor que o Presidente não nomeará um candidato que não esteja alinhado às suas posições ideológicas (DAHL, 1957, p. 570 e ss).

Contudo, esta tese pode ser rebatida, uma vez que não há garantia de que aquele candidato, então nomeado pelo Presidente, venha a decidir de acordo com suas convicções. Pode haver surpresas e, não raro, há. No entanto, estudos demonstram que a Suprema Corte é sensível a alterações ideológicas da sociedade, havendo ou não alteração em sua composição. Os juízes da Corte alteram seus entendimentos e se alinham à opinião pública, o que “indicaria a existência de um vínculo direto entre o sentimento popular e as decisões da Suprema Corte” (MELLO, 2015, p. 312).

Verifica-se, assim, que não só a ideologia ou o Direito sujeitam o comportamento judicial. Pesquisas empíricas têm demonstrado que as principais Supremas Cortes têm mantido forte congruência com a opinião pública em questões relevantes<sup>21</sup>. Com efeito, os Tribunais atuam de maneira estratégica, visando à autopreservação. Assim, “a melhor proteção de que a Suprema Corte dispõe contra os representantes do povo é o próprio povo” (LAIN, 2013 *apud* MELLO, 2015, p. 314).

Neste sentido, Cass Sunstein argumenta que razões de ordem epistêmicas e consequencialistas também podem favorecer um entendimento em prol da maioria. É que a maior ou menor convicção da coletividade acerca de determinada questão configura-se como guia da correção ou da incorreção do julgado pela Suprema Corte: deve, ao menos, despertar prudência em considerar seriamente aqueles argumentos. Ainda, sob a perspectiva das consequências da decisão, a Corte analisa as possíveis reações que possam atingir a credibilidade da instituição, porque, se tamanha a impopularidade, a decisão sequer seria cumprida, não resultando em nenhum benefício efetivo para a Corte ou para a comunidade em geral (SUNSTEIN, 2009, p. 159)

É claro que este enquadramento não afasta decisões contrárias às maiorias. Conforme já exposto, as Cortes Constitucionais desempenham um papel contramajoritário, necessário à proteção dos direitos fundamentais, o que pressupõe a tomada de decisões impopulares. Indaga-se, no entanto, como estas decisões podem ser prolatadas sem que a estabilidade das Supremas Cortes seja afetada.

A doutrina costuma vislumbrar duas modalidades de apoio popular. O “apoio popular específico” (*specific support*) e o “apoio popular difuso” (*diffuse support*). O primeiro refere-se à aprovação de uma decisão determinada da Suprema Corte pela sociedade. A segunda leva em conta a credibilidade que possui a Corte perante a comunidade. Assim:

A Suprema Corte profere, ao longo do tempo, muitas decisões populares e algumas impopulares. As decisões populares geram uma espécie de “reserva de credibilidade”, de “apoio difuso”, que constitui o “capital” político da Corte. Quanto maior for tal “reserva”, maior será a sua liberdade para tomar decisões contramajoritárias, que não gozarão do apoio específico da população (...). Tal “capital político” é finito e deve ser utilizado com parcimônia. (MELLO, 2015, p. 315).

---

<sup>21</sup> Neste sentido, v. FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

Ainda, a opinião pública pode fomentar o diálogo social também depois do proferimento da decisão pela Corte. Sendo assim, na hipótese de a Suprema Corte proferir decisão contramajoritária, esta não necessariamente será definitiva. Um julgado, portanto, ainda que venha a ser cumprido, pode levantar discussões na sociedade e gerar uma intensa discordância acerca do entendimento esposado pela Corte.

Este debate estabelecer-se-á por diversos canais, como a imprensa e movimentos sociais, culminando nos espaços representativos e possivelmente provocando reações legislativas. Estas poderão novamente desembocar na Corte, a qual terá outra oportunidade de se manifestar sobre a matéria, até que se encontre um ponto de equilíbrio<sup>22</sup>. Reforçando esta tese, Marshall (1989, p. 151-152) demonstra que os precedentes impopulares são menos estáveis, porquanto superados mais rapidamente.

#### *2.1.2.1. O STF e a opinião pública*

A sensibilidade para o sentimento popular e o encargo de pronunciar decisões contramajoritárias compõem os dois aspectos do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. O ministro aposentado Joaquim Barbosa já se pronunciou, quando indagado acerca do público que lhe ouvia por meio da TV Justiça, que seu público era a nação, não eram os advogados nem a academia<sup>23</sup>: O Ministro Menezes Direito, por sua vez, já observou que, embora o Tribunal não deva se curvar a um “tribunal da opinião pública”, também não pode desconsiderar a “cultura de seu tempo”, para que suas decisões sejam instrumentos de justiça<sup>24</sup>.

Estas declarações dão conta de que a opinião pública não é um “sujeito” sem voz. Trata-se de referência na formação da convicção de alguns ministros, ainda que mitigada por aspectos jurídicos amplamente reconhecidos. Aliás, em casos de grande

---

<sup>22</sup> Situação emblemática que pode exemplificar esta interação, no Brasil, refere-se às recentes decisões do STF acerca da (não) possibilidade de cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, exigindo-se o efetivo trânsito em julgado. A discordância, em essência, centra-se no debate acerca do princípio da presunção de inocência. Isso, para os juristas. Para a sociedade em geral, impera a eficiência do sistema penal brasileiro.

<sup>23</sup> Entrevista concedida a BRIGIDO, Carolina; GODOY, Fernanda; LEALI, Francisco; FADU, Sérgio. O Globo, Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/Joaquim Barbosa/Entrevistas/2007\\_set\\_02\\_005.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/Joaquim%20Barbosa/Entrevistas/2007_set_02_005.pdf)>. Acesso em 18/11/2019.

<sup>24</sup> MS 26.602, p. 240.

repercussão, a opinião pública pode guiar os votos dos juízes da Corte, com o objetivo de neutralizar possíveis reações negativas da sociedade.

Patrícia Mello cita que os ministros Menezes Direito, Eros Grau e Ricardo Lewandowski, na ação que discutiu a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, eram muito resistentes à aprovação das pesquisas. Porém, quando do julgamento da referida temática, pesquisas davam conta de que a maioria da sociedade era favorável ao uso das células-tronco para estudos científicos e terapêuticos. Prossegue a autora relatando que, eventual voto que declarasse a inconstitucionalidade das pesquisas seria extremamente impopular. Desta forma, os votos dos referidos ministros, em que pese não declarassem a inconstitucionalidade da lei, estabeleceram condições são peculiares para o desenvolvimento dos estudos que, na prática, restariam inviabilizadas. Portanto, segundo a autora, talvez em virtude da opinião pública, os ministros tenham optado por uma atuação estratégica (MELLO, 2015, p. 336).

Destarte, verifica-se que existe uma interação entre vários elementos no STF, podendo-se destacar também a opinião pública, e os ministros atuarão de acordo com as suas preferências ou, estrategicamente, administrando seus votos, a fim de captar a aceitação da decisão pela sociedade<sup>25</sup>.

Emerge, contudo, uma contradição. Se o fundamento do constitucionalismo é afastar a influência do poder político e econômico e, constatando-se que a jurisdição constitucional se flexibiliza quando há pressão dos mesmos grupos, pode-se falar em falência deste sistema?

Não. As pesquisas empíricas apenas dão conta de que o Supremo Tribunal Federal não tem capacidade de adotar uma postura messiânica na guarda da Constituição. E é bom que seja assim, porque a redução das expectativas sobre suas atividades impede a chamada juristocracia. Tão falada e tão falaciosa, conforme se verificou até aqui. De toda forma, o papel desempenhado pela Corte ainda é relevante. O apoio difuso às suas funções sustenta eventuais decisões

---

<sup>25</sup> Em importante trabalho, Eskridge demonstrou que existe uma dinâmica quanto à aplicação do Direito pelo Judiciário, o qual não aplica suas preferências, submetendo-as, em verdade, a um jogo político sequencial. Segundo o autor, trata-se de um aspecto da separação de poderes. Com efeito, antes do início do jogo, cada agente (jogador) tem uma preferência, a qual não será exposta aos demais de maneira crua, pois há o risco de ser afastada pelos demais jogadores. Desta forma, cada um deles atuará estrategicamente para que o resultado desta interação seja o mais próximo possível da sua preferência inicial. V. ESKRIDGE Jr. William N. Overriding Supreme Court Statutory Decision. *Yale Law Journal*, 1991, v. 101, n.2, p. 331-417.

contramajoritárias. Assim, a opinião pública influencia a jurisdição constitucional, estimulando a aplicação de sua cota de decisões impopulares. É um novo arranjo de democracia constitucional. Neste sentido:

(...) a percepção de que o Judiciário não é uma instituição superpoderosa que dá a última palavra sobre os mais diversos conflitos constitucionais acima da política e da opinião pública, nem um “tigre de papel” que se limita a carimbar preferências de maiorias políticas transitórias ou os resultados da última pesquisa de opinião, permite que se construa uma teoria normativa sobre o papel do controle de constitucionalidade na democracia constitucional brasileira que tenha o mínimo de conexão com a realidade, e que, portanto, tenha aplicabilidade fora dos bancos acadêmicos (BRANDÃO, 2017, p. 321).

O que se pretende ilustrar ao longo deste trabalho, portanto, é que as intervenções jurisdicionais se inserem em um contexto democrático dilatado, marcado por rodadas procedimentais e, dentro desta dinâmica, um tribunal deverá graduar seus aportes possíveis e indispensáveis<sup>26</sup>.

#### 2.1.2.2. STF e a população: comunicando-se

O Supremo Tribunal Federal possui diversos mecanismos de comunicação com a população. De saída, importa mencionar a transmissão ao vivo dos julgamentos realizados pela sessão plenária do tribunal. Esta é uma peculiaridade brasileira e, ainda que haja diversas críticas a seu respeito, algumas relacionadas ao impacto da imprensa e da opinião pública nas decisões, fato é que este recurso democratizou o conhecimento. Hoje, os cidadãos conhecem os seus ministros e procuram debater os assuntos que estão na agenda da Corte.

Além de televisioná-los, a TV Justiça possui programações que procuram explicar os principais julgamentos realizados pelo STF, aproximando o Judiciário do cidadão. A Corte também deu início às transmissões da Radio Justiça em 2004. Em maio de 2010, instituiu-se a Central do Cidadão, possibilitando o acesso do jurisdicionado ao Tribunal, por meio de e-mail, telefone ou carta, a fim de aprimorar a

---

<sup>26</sup> “Em verdade, a jurisdição constitucional estabelece e deve mesmo estabelecer uma interação permanente com o sistema político e com a opinião pública. No âmbito dessa relação, é necessário que seja capaz de impor determinações sensíveis ou impopulares em uma ampla variedade de situações. Apesar disso, é natural que os juízes busquem antecipar as reações prováveis a suas decisões e levem esse fator em consideração para avaliar o grau de ativismo possível ou adequado em cada contexto, seja evitando ou retardando a apreciação de determinadas matérias, seja adotando maior ou menor ousadia na atribuição de sentido a normas de conteúdo aberto. Não se pode tachar essas escolhas, para um lado ou para o outro, como intrinsecamente boas ou ruins. (MENDONÇA, Eduardo. *A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas: um outro olhar sobre a Dificuldade Contramajoritária*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 129).

prestação de seus serviços. Registre-se, ainda, uma conta no *Twitter*<sup>27</sup> e no *Youtube*<sup>28</sup>.

Processualmente, há dois importantes institutos que podem ser arrolados como canais de comunicação com a sociedade: o *amicus curiae* e as audiências públicas. O primeiro tem previsão no artigo sétimo, parágrafo segundo da Lei n. 9.868/1999. Destina-se a dar voz às entidades representativas que podem trazer diversos pontos de vista ao Tribunal. As audiências públicas, por sua vez, têm previsão no artigo nono, parágrafo primeiro da Lei n. 9.869/1999 e artigo sexto, parágrafo primeiro da Lei n. 9.882/1999. Estes dispositivos estabelecem que o Presidente do STF ou o relator poderão convocar audiências públicas para ouvir depoimentos de pessoas com experiência na matéria. É um ambiente mais amplo que a figura proposta pelo *amicus curiae*.

Há, é bem verdade, vários estudos que criticam a implementação das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal. Em regra, as pesquisas dão conta de que elas são utilizadas de maneira exclusivamente formal, pois os argumentos levantados pelos depoentes sequer são considerados pelos votos dos Ministros. Aduzem ainda, os críticos, que apenas o relator participa dos debates e, ainda que eles sejam gravados, não se sabe ao certo se, de fato, foram acessados pelos demais juízes. O ajuste destes pontos levaria a uma implementação fática do instituto, conferindo verdadeira abertura democrática do Tribunal<sup>29</sup>.

Sem prejuízo das adequações que ainda são necessárias, os instrumentos expostos possibilitam o ingresso dos diversos pontos de vista da sociedade no espaço público do Judiciário, permitindo uma avaliação mais ajustada, pela Corte, das consequências de sua decisão. Ainda, fornece elementos para que atribua a relevância do tema para a sociedade e de que maneira as opiniões estão divididas,

---

<sup>27</sup> STF. Disponível em: <[https://twitter.com/stf\\_oficial](https://twitter.com/stf_oficial)>. Acesso 19/11/ 2019.

<sup>28</sup> STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/STF>>. Acesso 19/11/ 2019.

<sup>29</sup> Para uma análise sobre o tema, v. FILHO, Roberto, F. *Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso*. Direito & Práxis. Rio de Janeiro, v. 06, n. 12, 2015, p. 504.-535.; GUIMARÃES, Lívia, G. *Audiências públicas no Supremo merecem aperfeiçoamento e inovação*. JOTA: opinião e análise. Julho de 2018. Disponível em:<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/audiencias-publicas-no-supremo-merecem-perfeicoamento-e-inovacao-16072018>; LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 05, n.1, p. 331-372, jan/abr.2018; LIRA, Daiane Nogueira. *A audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional: uma análise a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. Direito e Justiça, Ano 3, n. 32. 2012, p. 63-79; MACHADO, Marta, R. de A.; BRACARENSE, Ana, C. *O caso do feto anencefálico: direitos sexuais e reprodutivos, confronto e negociação argumentativa no Supremo Tribunal Federal*. Direito & Práxis. Rio de Janeiro, v. 07, n.15, 2016, p. 677-714.

por quais grupos e por conta de quais interesses. Ou seja, são mecanismos que conferem abertura à participação da sociedade na definição do conteúdo constitucional.

## 2.2. REDIMENSIONANDO A SEPARAÇÃO DE PODERES

Os tópicos anteriores demonstraram que a jurisdição constitucional tem um caráter contramajoritário, ainda que relativo. A discussão sobre este caráter e a legitimidade do controle de constitucionalidade das leis não é recente, mas é periodicamente revistada pela doutrina e grupos insatisfeitos com o conteúdo das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais<sup>30</sup>. Neste sentido, teóricos norte-americanos, reagindo ao conservadorismo da Suprema Corte, defendem a adoção de um “constitucionalismo popular”.

### 2.2.1. *Constitucionalismo Popular*

Contra o modelo da jurisdição constitucional e, levantando os prejuízos de uma supremacia judicial, tem-se insurgido o chamado constitucionalismo popular (*popular constitutionalism*). Esta corrente reúne juristas que desconfiam da excessiva atuação das Cortes Constitucionais em matéria de interpretação constitucional. Embora com algumas distinções, em linhas gerais, autores como Mark Tushnet (1999) e Larry Kramer (2004) sustentam que a Lei Fundamental deve ser retirada do domínio do Judiciário e devolvida ao povo. Ou seja, o governo deve ser protagonizado pelo povo por meio de seus representantes.

Segundo esta teoria, a entrega da última palavra à Suprema Corte revela uma desconfiança quanto à capacidade dos cidadãos comuns de se autogovernarem. No entanto, o governo só pode ser caracterizado como republicano se se submeter à opinião pública. Kramer defende que a história constitucional americana apresenta elementos mais favoráveis a correntes departamentalistas, por meio das quais nenhum dos órgãos estatais pode se assentar na condição de intérprete último da Constituição. Tushnet converge e sustenta que a interpretação realizada por uma Corte não tem mais qualidade ou não deve ter primazia sobre aquelas interpretações realizadas pelos demais poderes. Estes autores ainda defendem a incapacidade

---

<sup>30</sup> Segundo Patrícia Mello (2015, p. 294), em interessante estudo sobre os “bastidores do STF”: “em tempos de Cortes Constitucionais progressistas, o caráter ‘antidemocrático’ de suas decisões é apontado por pensadores conservadores. Em épocas de julgados conservadores, alegação semelhante é invocada pelos progressistas”.

institucional do Judiciário para a defesa dos direitos fundamentais. Segundo eles, nenhuma Corte Constitucional poderia, por exemplo, evitar o Holocausto.

Para Kramer, portanto, líderes políticos devem educar o povo para que este participe da coisa pública, de modo a fomentar a deliberação, mediante a troca de diferentes pontos de vista. Esta mente pública, consequência da deliberação, orientaria os representantes eleitos às tomadas de decisão (KRAMER, 2004). Assim, o engajamento do povo é fundamental à democracia participativa e a interpretação da Constituição deveria observar o mesmo processo de participação e deliberação.

Esta corrente doutrinária reconhece que existe uma desconfiança em relação às instâncias políticas, levando ao agigantamento de espaços contramajoritários. Asseveram, contudo, que estes locais são elitistas e estão alheios às expressões concretas da sociedade, estabelecendo-se enorme abismos entre Cortes e sociedade. Atribuir a tarefa de garantir direitos fundamentais e dar a última palavra às Supremas Cortes é conferir-lhes supremacia, conferindo um papel superior a poucos juízes frente a uma comunidade inteira. Daí sustentar-se a necessidade de interpretações externas da Constituição.

Nestes termos, “o constitucionalismo popular vê o protagonismo judicial como seu maior inimigo e atribui pouca importância à contribuição da jurisdição constitucional, enquanto instituição capaz de assegurar direitos fundamentais” (LEITE, 2017, p. 208). Assim, apesar da virtude de reafirmar a importância da comunidade e de seu engajamento acerca da definição do conteúdo da Constituição, o constitucionalismo popular idealiza a representação popular.

Ora, a existência da jurisdição constitucional não é sinônimo de juristocracia. Até agora, procurou-se demonstrar-se que o Judiciário, sem a chave do cofre e sem a espada<sup>31</sup>, dificilmente encontrará espaço para impor-se sobre os demais poderes. Ademais, o Estado Constitucional deve harmonizar a função legítima da política, preservando os direitos fundamentais por meio dos Tribunais. Em verdade, a função da jurisdição não é inviabilizar o regime democrático, senão justamente impedir que se transforme em autocracia.

---

<sup>31</sup> HAMILTON, Alexander. O Federalista 78 – O Departamento Judicial. In: *O Federalista*. Hamilton, Madison e Jay. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 683.

Ademais, sem dúvida que a cidadania, consistente na expressão dos direitos de participação política, é uma conquista relevante. Porém, os constitucionalistas populares conferem extrema importância a este conceito, desconsiderando que a democracia participativa é um processo em andamento e sofreu mutações ao longo do século. Dessa maneira, “ao lado da tradicional concepção de cidadania política, pode-se falar também em uma cidadania *jurídica*, que se expressa por meio de ações judiciais individuais ou coletivas para a tutela efetiva de direitos” (Ibidem, p. 209).

É, então, necessário destrinchar como funciona o atual modelo de democracia constitucional e isso aponta para as tentativas de colóquios e interações institucionais, os quais pressupõem a superação de mecanismos de legitimação política já consolidados nos regimes democráticos na segunda metade do século XX. É o que se verá a seguir.

### 2.2.2. DIÁLOGOS E ACCOUNTABILITY

As democracias constitucionais contemporâneas atuam por meio de duas pontes principais, autogoverno do povo e direitos fundamentais. Assim, a participação dos cidadãos nos fóruns públicos é condição essencial para a implementação adequada do regime democrático. Por outro lado, sabe-se que a regra da maioria, por si só, não sustenta o mesmo regime, porque são necessárias condições que mantenham a igualdade entre todos os indivíduos, sob pena de se degenerar em tirania da maioria.

Democracia, então, é uma ideia quase unânime. Quase, porque ainda persistem desacordos quanto à sua efetiva realização. Procura-se encontrar mecanismos que superem o esgotamento relativo de determinadas instituições democráticas em suas formas atuais e, em busca de ferramentas que possam revigorá-las, realiza-se um balanço de inovações institucionais.

Ademais, as sociedades complexas contemporâneas, regidas pelo pluralismo<sup>32</sup>, constituem-se pelo contínuo desacordo moral, que deve ser absorvido pelo acordo quanto ao reconhecimento das divergências (NEVES, 2008, p. 144). Assim é que a democracia deliberativa busca trazer o arcabouço teórico para

---

<sup>32</sup> “(...) pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (WOLKMER, Antonio, C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 185).

equilibrar o desacordo e a estabilidade social<sup>33</sup>. Esta dimensão deliberativa da democracia parte da ideia de que democracia não se restringe à prerrogativa popular de eleger representantes e emerge como alternativa às teorias agregativas, as quais se reduzem a um processo de agregação de interesses particulares.

Entende-se a democracia deliberativa como modelo de gestão política de interesses comuns fundada na possibilidade de participação social. Suas origens teóricas estão localizadas na Europa, na década de 1960, quando os movimentos operário e estudantil passaram a exigir voz nas decisões sobre temas que lhes interessavam. Por meio da democracia deliberativa, preferências cruas de majorias ocasionais são transformadas por um julgamento refletido da comunidade.

Conceituando a teoria, trata-se de uma forma de governo na qual,

cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitem discussão futura (GUTMANN; THOMPSON, 2007 *apud* BRANDÃO, 2015, p. 261).

Com efeito, a democracia deliberativa exige que as decisões sejam fundamentadas pela razão, sob a égide de princípios que são acolhidos por cidadãos dispostos a descobrir condições justas de cooperação. E isso baseia-se na autonomia do cidadão, que deixa de ser mero destinatário das decisões. Assim, a motivação das decisões deve encontrar fundamento em circunstâncias genericamente aceitas por todos e não, por exemplo, em barganhas ou pela força<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Sobre o tema, v. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1 e v. 2.; MENDONÇA, Ricardo, F. Antes de Habermas, para além de Habermas: uma abordagem pragmatista da democracia deliberativa. *Revista Sociedade e Estado*. v. n, n. 3. Setembro/dezembro, 2016, p.741-768.; COELHO, MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Antes de Habermas, para além de Habermas: uma abordagem pragmatista da democracia deliberativa. *Revista Sociedade e Estado*. v. n, n. 3. Setembro/dezembro, 2016, p.741-768.; COELHO, Vera, S. P. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*/Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre, organizadores – São Paulo: Ed. 34, 2004.

<sup>34</sup> “(...) o bem comum na democracia tem a ver com o fato de os cidadãos compartilharem um campo de justificação que aceitam como razões para autorizar o uso do poder estatal. Os cidadãos podem discordar até mesmo de uma específica justificativa para uma decisão, mas compartilham o que pensam ser o *leque de razões apropriadas* para a justificação. Este é o modelo pelo qual, no campo do deliberacionismo, se tenta harmonizar a ideia de consenso com o fato de que, assim mesmo, as pessoas discordam e votam. V. ARAÚJO, Cícero. *Razão Pública, bem comum e decisão democrática*. In: *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (orgs). São Paulo: Editora 34, 2004, p. 163. No mesmo sentido: “é o que ocorre, p. ex., na interrupção da gestação de feto anencefálico. Se a vida do feto é apreciada sob o prisma das teorias científicas incontroversas, e não sob o prisma religioso, a colisão se esvai. No tocante a esse caso, a noção de razão pública é suficiente para superar o dilema, a ponto de permitir que se conclua pela própria inexistência do delito de aborto. Mas mesmo quando a argumentação a partir de

Assim, se parlamentos e cortes adotarem uma atitude deliberativa e levarem em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando considerarem que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial (MENDES, 2008, p. 212).

As decisões, por sua vez, vinculam apenas por um certo período, pois não se tem a pretensão de que o processo conduza a uma decisão definitiva. E é sob a perspectiva da provisoriedade que se pode mencionar a teoria dialógica, a qual permite explorar as contínuas comunicações entre as Cortes, sociedades e instituições majoritárias, sem reconhecer a quaisquer delas um papel hegemônico na engenharia constitucional.

Por isso, é incompatível, sob essa ótica, qualquer corrente a favor da supremacia parlamentar ou judicial. De fato, em uma sociedade plural e complexa, a interpretação constitucional não deve ficar entrincheirada nas Cortes, de modo que outros setores da sociedade possam participar deste processo, a fim da concretização constitucional<sup>35</sup>.

Se não existe monopólio da última palavra pelo Poder Judiciário, então as demais instituições políticas não só podem como devem participar do processo constitucional. Por este viés, deve-se reconhecer a possibilidade da interpretação constitucional levada a cabo pelas Cortes ser superada por outra corrente defendida pelo Parlamento. Isto não significa que a jurisdição constitucional não cumpriu o seu papel. Ao contrário, “as decisões judiciais podem deflagrar uma ampla e democrática deliberação sobre temas relevantes para a sociedade, em vez de encerrá-la” (LEITE, 2017, p. 236).

Há duas concepções acerca da maneira como se promovem os diálogos. A primeira, conforme já exposta, retrata a situação em que o Parlamento supera a

---

princípios que possam ser chancelados pela razão pública não é capaz de superar a colisão, certamente torna, em todas as hipóteses, o conflito menos radical, e contribui para que a decisão não comprometa a predisposição para a cooperação democrática (...). SOUZA NETO, Cláudio, P. de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 107.

<sup>35</sup> Peter Häberle defende que todos aqueles que vivem em um contexto regido por uma constituição são interpretas da mesma constituição. Assim, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérprete da Constituição. V. Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, 2002, p. 13.

decisão proferida pela Corte. A segunda, em sentido mais amplo, não exige uma atuação adversária do Congresso, porquanto sua inércia pressupõe aceitação. E acordo também configura o diálogo (ROACH, 2004, p. 90). A anuência consiste em diálogo principalmente quando a decisão advinda do Judiciário se refere a tema de elevado custo político às instâncias majoritárias<sup>36</sup>.

Retomando, se a razão pública é um padrão de argumentação desejável, a fim de implementar a deliberação política, às Cortes atribui-se a função educativa. É que o Judiciário é a única instituição que decide obrigatoriamente nesse tipo de razão. Neste sentido, Conrado Hübner Mendes explica que:

Se a razão pública é uma linguagem necessária da democracia, ao menos para seus elementos essenciais, a corte contribui enormemente ao não deixar que esse código moral saia da agenda. Confere-lhe “vivacidade e vitalidade”. Cidadãos se beneficiam da prática da corte ao aprenderem um modo particular de discutir os elementos essenciais da constituição (MENDES, 2008, p. 198).

Se Cass Sustain fala em “república das razões”, na qual os agentes estatais têm o dever de prestar contas à sociedade por meio de razões consistentes que embasaram suas escolhas (SUNSTEIN, 1993, p. 20), a exigência para que fundamentem suas decisões em razões pode ser traduzida como uma espécie de responsividade judicial (*accountability*).

Verifica-se que a democracia deliberativa e a interdependência entre as instituições configuram um novo desenho constitucional. As democracias contemporâneas caracterizam-se a partir do redimensionamento do princípio da separação de poderes, harmonizando a expansão do poder político judicial, sua independência e sua responsividade.

Assim, o modelo tradicional de separação de poderes tinha como principais bases a supremacia do Legislativo sobre os demais poderes, de forma a demarcar um espaço restritivo à atuação do Judiciário, bem como uma distinção radical de funções, pela qual caberia ao Legislativo a criação das normas, enquanto ao Judiciário restaria sua aplicação. A ideia aqui concentra-se em uma legitimidade

---

<sup>36</sup>Por exemplo, a decisão da Suprema Corte norte-americana sobre aborto, no caso *Roe vs Wade*, por muito tempo não recebeu uma resposta legislativa em sentido contrário. Embora alguns segmentos condenassem a decisão judicial, a aprovação de uma medida legislativa numa tentativa de *override* poderia ter um impacto negativo perante o eleitorado que apoia a interpretação da Corte, produzindo reflexo em futuras eleições (LEITE, 2017, p. 237).

democrática pertencente aos órgãos majoritários, em uma visão mitificada acerca de suas capacidades institucionais.

Esta legitimidade democrática conferida de saída ao Legislativo, em razão da conexão eleitoral, pode explicar muitas de suas práticas. Assim, apesar de se constituir em um espaço mais aberto, não se restringindo à natureza adversarial do processo e a despeito de sua maior liberdade de agenda, não se guiando por prazos razoáveis e prazos processuais, a supremacia parlamentar peca na persuasão.

É que, apoiadas pelo voto, as instâncias majoritárias flexibilizam o seu dever de fundamentar toda e qualquer decisão política. Guiados pelas chances de reeleição, muitos projetos podem ser aprovados por argumentos de eficiência, ainda que desponham inconstitucionalidades. Por outro lado,

o relativo insulamento político do Judiciário, o treinamento em matéria jurídica, o *ethos* da imparcialidade, o dever de fundamentação das suas decisões e o fato de examinar a constitucionalidade de lei após a sua edição e, via de regra, com maior acervo de informações sobre os efeitos concretos da aplicação da lei do que o legislador no momento da sua edição, dão-lhe uma condição privilegiada para aferir a aplicação de direitos moralmente controversos em contextos particulares, mediante um juízo de razão pública (BRANDÃO, 2017, p. 274).

Desse modo, ao estabelecer-se mediante razões públicas<sup>37</sup>, a Corte poderá interagir com o legislativo, que deverá levá-las em conta e, na tentativa de superá-las, deverá fazer uso de argumentos mais qualificados. Assim, práticas ativistas não representam, em verdade, um mal à democracia. Elas têm o condão de incluir temas como aborto e direitos homoafetivos na pauta legislativa, desencadeando um debate público, ressaltando a importância da deliberação democrática.

Assim, a perspectiva adotada por este trabalho é a de que todas as instituições são igualmente falíveis, não se podendo falar em legitimidade democrática *ex ante*, vinculando-a genericamente ao voto popular. Mais importante é encontrar critérios que permitam avaliar a legitimidade de cada instituição. Além disso, conforme se procurou demonstrar, rebate-se o argumento de que o Judiciário se tornou

---

<sup>37</sup> John Rawls destaca que as Cortes constitucionais teriam melhores condições para produzir sentenças baseadas em razões. Neste sentido: “é o único ramo dos poderes do Estado que se apresenta, de forma visível, como uma criatura dessa razão e somente dela. Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em jogo. Não é preciso que justifiquem, recorrendo à razão pública, por que votam e como o fazem, nem que suas razões tenham coerência, de modo que seja possível integrá-las a uma visão constitucional coerente, que abranja toda a gama de suas decisões. O papel dos juízes é precisamente isso”. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 278.

hegemônico, de modo a debilitar o regime democrático. Verificou-se que a ideia de última palavra, sobretudo a judicial, encontra limites internos e externos à instituição.

Nota-se que as democracias contemporâneas incorporam a noção de soberania e a transferem ao povo. Na prática, a organização política das sociedades complexas denota que elas funcionam por meio de freios e contrapesos, característica clássica da separação de poderes. E onde se localiza o povo?

Pode-se estabelecer que o “povo” localiza-se dentro de uma instituição específica. E qualquer decisão tomada fora daquele âmbito será tida como antidemocrática<sup>38</sup>. E aí é uma questão de escolha institucional. Mas esta configuração apresenta problemas, porque as comunidades atuais redimensionaram o conceito de separação de poderes, sendo que há diversos espaços e, dentre eles, há o espaço das Cortes Constitucionais, por onde também flui o conceito de soberania.

Assim, se a representação, conforme Hanna Pitkin (2003), demanda substância, importa que a legitimidade democrática também seja substantiva. Legitimidade política, portanto, é um conceito volátil, sujeito a resultados e não somente às credenciais prévias. Parlamentos possuem responsabilidades deliberativas. As Cortes também. E é por isso que podem ser representativas.

#### *2.2.2.1. Rodadas procedimentais*

Jeremy Waldron é um dos expoentes que se levantam quando se trata de suscitar dúvidas sobre a jurisdição constitucional. O argumento central do autor é de que a palavra final sobre questões moralmente sensíveis e controvertidas deverá ser necessariamente dos agentes eleitos.

Assim, ele considera que os juízes, por mais comprometidos que estejam com os direitos fundamentais, também discordam sobre o alcance e o sentido dos direitos e garantias e o método de decisão utilizado por eles é a maioria simples daquele grupo. Portanto, se existe um desacordo também entre os juízes, e se o consenso é atingido apenas pela maioria simples, evidente que o foro mais adequado para enfrentar tais dissensos seria o parlamento (WALDRON, 2006).

---

<sup>38</sup> Esta é a tese de Jeremy Waldron, para quem o Legislativo seria o espaço ideal para deflagrar o processo decisório, devendo prevalecer mesmo quando se trata de definir o sentido das normas constitucionais que comportem variações interpretativas. V. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

Ocorre que a tese estabelecida peca pela generalização. Se dada sociedade escolher um único ambiente para que as matérias controversas sejam enfrentadas, sem dúvida que a opção pelos órgãos classicamente majoritários se mostra mais defensável. A transferência de toda e qualquer decisão para o Poder Judiciário viola frontalmente o princípio democrático. De toda forma, o que se verifica nas sociedades atuais é que o exercício da jurisdição constitucional é limitado, porquanto condicionado às reações das majorias, as quais mantêm o poder de alterar as decisões, seja pela modificação do próprio sistema, seja pela superação pontual de uma determinada decisão judicial.

A primeira forma de condicionar o exercício da jurisdição constitucional é por meio da crítica informal. Pode parecer singela a conduta, porém o esforço conjunto da mídia e de movimentos organizados podem pressionar o órgão jurisdicional. E, ainda que esta exposição não seja capaz de alterar o que já foi decidido, fato é que pode induzir a uma postura de parcimônia quanto a um próximo tema semelhante, sobretudo quando as contestações estejam amparadas pela opinião pública.

Os órgãos eleitos também podem superar determinada orientação jurisprudencial. Uma nova lei pode ser aprovada, ocupando o lugar do dispositivo declarado inválido pelo tribunal. Ou, de maneira menos ostensiva, possível que a ação legislativa implemente as premissas fixadas na decisão, de modo a corrigir os erros anteriores. Há, ainda, a possibilidade de reagir-se a uma decisão judicial por meio de aprovação de uma Emenda Constitucional<sup>39</sup>.

É claro que a superação do entendimento jurisprudencial pela via da emenda à constituição fica a salvo do controle jurisdicional, exceto quando se tratar de matéria

---

<sup>39</sup> “No Brasil, é possível retomar o caso da contribuição de iluminação pública, criada para substituir as taxas municipais de igual destinação cuja invalidade foi declarada pelo STF. Outros exemplos envolveram a Emenda Constitucional n. 29/2000, que veio permitir a progressividade das alíquotas de IPTU em função do valor dos imóveis, transpondo vedação constitucional identificada, pelo STF, na redação anterior; a Emenda Constitucional n.41/2003, que admitiu expressamente a cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados, superando a declaração da inconstitucionalidade de lei anterior com o mesmo objeto; e a Emenda Constitucional n. 58/2009, que alterou o artigo 29, IV e respondeu à decisão do Tribunal acerca da quantidade de vereadores em cada Município. Esse terceiro caso ilustra de forma particularmente expressiva a dinâmica do diálogo constitucional, na medida em que o novo regime incorporou, de forma atenuada, a diretriz ditada pela Corte no sentido de se observar proporção matemática rígida entre as populações municipais e o total de cadeiras” (MENDONÇA, Eduardo. *A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas: um outro olhar sobre a Dificuldade Contramajoritária*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, P. 141-142).

protegida pelas cláusulas pétreas e, ainda assim, desde que atinja o núcleo essencial daquele direito. Ou seja, a regra é a da estrita autocontenção<sup>40</sup>.

Desta forma, não se pode falar de forma generalizada que a última palavra é da jurisdição constitucional. Os temas que lhes são submetidos passam por rodadas procedimentais, sofrendo influências diversas. Portanto, a decisão é apenas *provisoriamente final*, tendo em vista que a mudança de entendimento é sempre possível. E isso não significa uma derrota da Corte. Trata-se, em verdade, de um ciclo institucional democrático.

Por outro lado, a ausência de reações institucionais sugere certa acomodação dos agentes eleitos ao que foi decidido pelo tribunal. É certo que há inúmeros custos políticos que devem ser levados em conta quando se fala em superação de jurisprudência. Uma proposta de emenda que viesse restringir o direito de uniões homoafetivas, por exemplo, seria recebida como retrocesso social e acenderia um fogaréu de insatisfação. Porém, ainda que possa haver dificuldades políticas para a reversão do entendimento jurisprudencial, não se pode supor que este agravamento seja ilegítimo. É que cabe ao tribunal constitucional a proteção do pacto constituinte. Então, é razoável que o enfrentamento da Corte pelos órgãos majoritários ocorra quando haja o mínimo de apoio da população.

É este o arranjo institucional permitido e requerido pela comunidade que institui a jurisdição constitucional. Nesse sentido, Eduardo Mendonça:

Mesmo quando não seja possível identificar um efetivo alinhamento entre a atuação judicial e a vontade popular, a falta de respostas institucionais relevantes pode ser entendida como uma sinalização de que, pelo menos, as Cortes não teriam adotado posição grosseiramente conflitante com o sentimento social. Com isso não se está sugerindo que o fundamento de validade da jurisdição constitucional seja a sua capacidade de realizar ou a sua prudência de não afrontar a vontade majoritária – até por conta das

---

<sup>40</sup> O STF, por meio da ADI n. 5.105/DF, proferiu precedente sobre a superação de jurisprudência por órgãos majoritários, de modo a fixar parâmetros acerca da validade das leis que revertam interpretações constitucionais do Supremo Tribunal Federal. Brandão esquematiza o enfrentamento desta questão pelo Ministro Luiz Fux, nos seguintes termos: “neste particular, o Ministro Luiz Fux, também em sintonia às teses aqui defendidas, asseverou que: (i) as emendas constitucionais alteram o próprio texto constitucional interpretado pelo STF, de modo que a invalidação judicial de ‘emenda constitucional superadora’ somente será possível caso sejam violados os limites ao poder de reforma constitucional, os quais não devem ser interpretados de modo expansivo; (ii) já as ‘leis ordinárias superadoras’ mantêm incólume o texto constitucional, incorporando uma interpretação constitucional diversa da anteriormente adotada pelo STF. Desse modo, nascem com uma ‘presunção relativa de inconstitucionalidade’, na medida em que pesa sobre os ombros do Legislador o ônus de demonstrar que há boas razões para o STF alterar a sua interpretação constitucional (e.g. fatos novos ou mesmo pretéritos que não foram devidamente considerados). Caso o STF anua às razões trazidas pelo Legislador, e assim julgue constitucional lei que revertera a sua interpretação da Constituição, operar-se-á mutação constitucional por iniciativa do Legislador”. V. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.382).

limitações inerentes a esse conceito, já analisadas. Afirma-se apenas que o ato jurisdicional deve ser visto como parte de um ciclo institucional de decisão democrática, o qual abre espaço para atuações mais ou menos impopulares por parte dos três Poderes, bem como para mecanismos de reação que podem ou não prosperar (MENDONÇA, 2014, p. 150).

A carência de reações significativas às decisões da corte pode provocar a crítica, no sentido de que não se trata de acomodação democrática ou manutenção de entendimentos razoavelmente admissíveis. Certamente que o tribunal trabalha dentro de um quadro de aceitabilidade social e cultural, inclusive como método de autopreservação. Porém, é de se esperar argumentos que levistem o excesso de passividade dos cidadãos e dos agentes eleitos.

Existe, sem dúvida, o receio de que o acatamento irrestrito às decisões da corte constitucional acabe por desestimular a participação e o engajamento políticos. Não é desejável que se produza uma cultura jurídica centrada exclusivamente no “guardião da constituição”, sob pena de se converter o Poder Judiciário em *superego da sociedade*<sup>41</sup>.

Porém, não há dúvida de que o *design* institucional esculpido pela democracia constitucional confere autoridade à corte, que é aceita e não imposta. O rigor com que parcela da doutrina trata os avanços judiciais, relacionando-os com o esfacelamento da democracia, revela, muitas vezes, um preconceito velado a uma realidade institucional. É que a austeridade com que é tratada a corte constitucional quase nunca vem acompanhada de propostas para revigorar os canais majoritários de representação, cujos espaços também são desconhecidos de boa parte da população. Aliás, é muito mais provável que uma decisão judicial seja alvo da atenção popular do que a atuação do Legislativo<sup>42</sup>.

Portanto, não se defende que as cortes constitucionais e, no caso brasileiro, o STF, possuam autorização *ex ante* para o processamento da vontade popular. Não se pretende transformar o Judiciário em um canal de política majoritária por

---

<sup>41</sup> V. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: *o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*, 2000. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-UPEREGO-DA-OCIEDADE.pdf>>. Acesso em 23/04/ 2019

<sup>42</sup> Pode-se citar, no Brasil, a ADPF 54/DF, que tratava da constitucionalidade da antecipação de fetos anencefálicos ou a análise da Lei de Biossegurança, ADI 3.510/DF, sendo declarada constitucional pelo STF. Pode-se destacar ainda casos campeões de audiência, como a “Lei de Anistia” (ADPF 153/DF) e “caso Mensalão” (AP 470/MG). E, mais recentemente, o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, nas quais se discutia a possibilidade de início do cumprimento da pena antes de serem esgotadas todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado).

excelência. Argumenta-se, por outro lado, que a jurisdição constitucional se insere em um sistema democrático complexo, não se podendo falar em intérpretes autênticos e exclusivos da razão e da virtude.

### CAPÍTULO 3 -A IDEIA DA REPRESENTAÇÃO. CONCEITO REVISITADO

O presente capítulo é inaugurado com as ideias de Robert Alexy acerca da representação argumentativa. Importa esclarecer que escapa das pretensões desta pesquisa o esgotamento da referida teoria. De toda forma, o pincelamento sobre suas proposições são importantes na medida em que aquelas despertaram para o verdadeiro interesse deste trabalho, qual seja, a análise da possível dimensão representativa da Corte Constitucional brasileira.

E, assim, a fim de debater essa possibilidade, passa-se a discutir o conceito de representação. Especifica-se representação política para advertir que não se trata de representação jurídica, isto é, de uma relação que pode configurar-se ao instituto privado do mandato.

Nas palavras de Sartori (1962, p. 12-13):

Para estabelecer uma verdadeira relação de representação – resumiu concisamente Kelsen – não basta que o representante seja nomeado ou eleito pelo representado. É necessário que o representante esteja juridicamente obrigado a executar a vontade do representado, e que o cumprimento dessa obrigação seja garantido juridicamente. Ora, quanto ao primeiro ponto, os parlamentares não são vinculados por nenhum mandato, não têm de cumprir nenhuma instrução do corpo ou colégio eleitoral. Quanto ao segundo ponto, a representação política exclui a típica garantia que tutela o mandante com relação ao mandatário: o poder de revogá-lo. Em suma, na representação política não há *contemplativo domini*: mesmo porque, além do mais, o *dominus* da questão não se sabe bem, concretamente, se existe, quem é e o que quer. Mas, sem *contemplativo domini*, o que resta da obrigação que pesa sobre o representante de cuidar dos interesses do representado, daquele sobre o qual deveriam recair os efeitos jurídicos da atividade do representante?

O ponto central é verificar que, subjacente a quaisquer debates acerca da maior ou menor representatividade de um corpo legislativo, associativo ou de um regime, existem diferentes imagens que correspondem a diferentes entendimentos do verbo representar. E esta afirmação tem consequências amplas, sobretudo no que toca ao ponto de que o conceito de representação não deve confinar-se ao âmbito do Estado burguês ou Estado liberal-representativo. Neste tipo de Estado a representação é imperativa, é bem verdade, diante da impossibilidade do governo direto das massas. Mas há diferentes metáforas que corporificam os diversos significados da palavra representação. O estudo parte, portanto, da inevitabilidade da

representação e da necessidade de repensá-la, a fim de torná-la compatível com o ideal democrático.

### 3.1 REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA E DEMOCRACIA NA VISÃO DE ROBERT ALEXY

Segundo Alexy, a jurisdição constitucional só pode ser legítima se ela é compatível com a democracia (ALEXY, 2015, p.162-165). Desta feita, para o jusfilósofo, referida conciliação somente se daria, por meio de juízes não eleitos, se estes forem concebidos como representantes argumentativos da sociedade.

Em instâncias originariamente majoritárias, o vínculo entre representantes e representados é determinado, essencialmente, por meio do voto, da deliberação e da reeleição. De acordo com sua tese, todavia, as cortes constitucionais, conquanto não sejam compostas por membros eleitos pelo povo, exercem representação argumentativa, regulada no convencimento e correção dos argumentos utilizados pelos magistrados.

Para o autor, os direitos fundamentais não podem ser protegidos por uma maioria parlamentar simples, uma vez que o pluralismo, ou seja, as diversas concepções morais e de mundo, levaria a diferentes conclusões daquilo que seriam os direitos mais importantes. Assim, a composição entre democracia e direitos fundamentais deveria basear-se em uma concepção moral pública, a qual parte da ideia de consenso de John Rawls<sup>43</sup>.

Isso significa dizer que, para Alexy, a existência de bons argumentos não basta à representação. É necessário que o tribunal promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão. Mas não só isso. Também

---

<sup>43</sup> No núcleo da teoria de Rawls estão as ideias de posição original e véu da ignorância. “Rawls parte de uma situação hipotética em que todos os indivíduos estariam reunidos em pé de igualdade, todos eles cobertos por um véu de ignorância. A ideia de véu da ignorância é uma inovação de Rawls em relação às concepções contratualistas tradicionais; consiste na presunção de que todos os indivíduos na ‘posição original’ (portanto anterior à organização social) desconhecem em que posições estarão situados na sociedade (...). Do que Rawls conclui que ninguém correrá o risco de nesta situação de ignorância (incerteza sobre em que posição se encontrará na sociedade) escolher, por exemplo, uma lei que beneficie um grupo em prejuízo de outro, porque poderá tanto estar no grupo beneficiado quanto no grupo prejudicado, o que levará a fixação de regras que sejam racionais e razoáveis, no sentido de não prejudicar ninguém, a menos que um prejuízo isolado seja um benefício maior”. Desta forma, “estando na posição original, os indivíduos estarão aptos para decidir pelo consenso os termos do contrato” (Cf. MATOS, 2002, p.88-89)

importa demonstrar que um número razoável de cidadãos aceita tais argumentos como corretos (Ibidem, p.572-581).

Neste sentido, Fernando Gama de Miranda Netto e Margarida Maria Lacombe Camargo explicam que:

De acordo com Alexy, argumentos bons ou plausíveis bastam para a deliberação, mas não para a representação. O autor enfatiza que o primeiro pressuposto para que a representação argumentativa seja legítima é a existência de argumentos válidos. Argumento válido é o argumento correto, ou seja, aquele que atende à pretensão de correção, e que também abarca um número significado de cidadãos que acreditam que o argumento possua esta qualidade. O segundo pressuposto é a existência de pessoas racionais, capazes e dispostas a aceitar os argumentos apresentados no discurso, porque eles são válidos ou corretos, de forma que os argumentos utilizados pelo Tribunal devem ter um respaldo imediato do povo. Nesse sentido, a estruturação válida dos argumentos leva a Corte Constitucional a atuar como instância de reflexão do processo político, envolvendo representantes e representados e, desta forma, institucionaliza os direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático (NETTO; CAMARGO, 2010, p.1345-1354).

A tese do autor, portanto, baseia-se no fato de que os magistrados se encontram vinculados às regras da argumentação jurídica, da motivação e da fundamentação das decisões, fatores decisivos para a distinção entre representação política e debate judicial, uma vez que a primeira é marcada por interesses, negociações e barganhas. E, sendo assim, Alexy busca evidenciar que o Tribunal, ao apresentar suas razões de decidir, pela lógica da argumentação, procura a concordância das pessoas; dos cidadãos em geral, mas principalmente daqueles direta ou indiretamente atingidos pela decisão (Ibidem).

O autor conclui que a representação argumentativa dá resultado quando o Judiciário, encarnado pelas Cortes Constitucionais, é aceito como instância de reflexão do processo político. Com suas palavras (ALEXY, 2015, p. 54):

Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão, então, reconciliados.

É evidente, portanto, que as ideias neoconstitucionalistas apoiam-se nas leituras de Robert Alexy para a legitimação da jurisdição constitucional. A tese da representação argumentativa foi recentemente recepcionada por alguns membros do

Supremo Tribunal Federal como uma estratégia para a legitimação e expansão da competência institucional do tribunal como um contraponto à política majoritária.

Em entrevista, o Ministro Gilmar Mendes expressamente citou as ideias do jusfilósofo alemão, declarando que o STF é um espaço democrático aberto à argumentação jurídica e moral, com repercussão na coletividade e nas instituições democráticas<sup>44</sup>. Segundo o Ministro, nas decisões do poder político existiria um déficit de argumentação, pois as instancias majoritárias não estariam sujeitas ao dever expresso de fundamentação discursiva de suas decisões, ao contrário dos tribunais.

Esta ideia é retomada por Gilmar Mendes quando de sua argumentação na ADI 3.510, pois refere-se à Corte, no início de seu voto, como um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas<sup>45</sup>. Na mesma linha teórica, aduz que:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, 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 (ADI. 3.510. Voto do min. MENDES, Gilmar, p. 03-04).

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, não escapou da mesma abordagem técnica do tema e traz o filósofo Alexy quando sustenta que:

Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma *legitimação eleitoral* do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Aliás, por este último critério, até mesmo o período Médici, no Brasil, passaria no teste. Não é uma boa tese. Além do momento da investidura, o poder se legitima, também, por suas ações e pelos fins visados. (...). Por isso se ter afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos (BARROSO, 2015, p. 57).

Daí que emerge a questão central deste trabalho: é, a Corte Constitucional brasileira, a Casa do Povo?

---

<sup>44</sup> *Jornal O Valor Econômico*, 09.06.2008. Disponível em:<<http://www.valor.com.br>>. Acesso em 12/12/2019.

<sup>45</sup> Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI n. 3510-0, p.01. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 12/12/2019.

## 3.2 O CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

### 3.2.1 *Introdução*

As democracias eleitorais vivem uma crise de representação (MIGUEL, 2003, p. 126). É notório que as eleições não conferem caráter democrático a nenhum sistema político, sem que estejam aliadas a outros fatores de legitimação<sup>46</sup>. A influência do poder econômico, a corrupção, o esvaziamento dos partidos políticos, entre outros, colocam em xeque a noção de que os parlamentos seriam os espaços de representação por excelência. Com efeito, as eleições se tornam instrumentos insuficientes de expressão da soberania popular.

É por isso que as pesquisas mais recentes ultrapassam os estudos acerca dos partidos, parlamentos e regras eleitorais, dirigindo-se às transformações da representação, tanto sob a perspectiva das instituições tradicionais, quanto das novas instituições e práticas de representação que unem Estado e sociedade na deliberação de políticas públicas.

E é forçoso revisitar o debate sobre a representação política. Nas palavras de Maria Rita Loureiro:

(...) em primeiro lugar, há uma clara insuficiência da compreensão dessa categoria. Como afirmou Hanna Pitkin na introdução de seu livro, aprender o que significa a representação é condição para aprender como representar. Por outro lado, os estudos recentes apontam novas perspectivas analíticas que superam a oposição entre representação e de suas potencialidades frente à chamada democracia direta, sem cair nos argumentos da teoria minimalista ou procedimental, nem tampouco se reduzir à tese da inevitabilidade prática do governo representativo nas sociedades contemporâneas.

Pretende-se, portanto, averiguar as alterações conceituais da representação, a fim de compreendê-la na contemporaneidade. Deste modo, sistematizar-se-á, seguindo o caminho sugerido por Hanna Pitkin (2003), as três posturas que focalizam a representação, quais sejam, a concepção da autoridade, a descritiva e aquela que define a representação sob o viés da atividade do representante.

---

<sup>46</sup> Registre-se, aliás, que a ideia de democracia representativa, focada no processo eleitoral, é bastante recente. Segundo Luis Felipe Miguel (2003, p. 130), “(...) até Montesquieu, Rousseau e os federalistas, no século XVIII - , democracia e eleições não se confundiam. Enquanto democracia se apoia na premissa da igualdade fundamental entre todos os cidadãos, a eleição contempla uma seleção: implicitamente, postula a existência de indivíduos melhor preparados para ocupar cargos públicos e, é, portanto, um mecanismo aristocrático”.

### 3.2.2. Hanna Pitkin

O conceito de *representação*, livro publicado por Hanna Pitkin em 1967 nos Estados Unidos, teve forte impacto nos meios acadêmicos, mas também exerceu grande influência àquela época, em razão dos acontecimentos políticos contemporâneos à publicação, uma vez que o movimento negro vinha questionando as instituições representativas no país. Qualquer pesquisa que esbarre no conceito de representação passa pelo trabalho de Hanna Pitkin. Ela sustenta, em seu livro, que para se entender o conceito de representação política, devem ser considerados os diferentes modos como o termo é usado.

Pitkin recusa as compreensões mais tradicionais e sugere uma mudança radical na concepção de representação centrada em intenções e atos de indivíduos. Sua ideia traduz um deslocamento da relação entre o corpo dos representantes e o universo dos representados e da visão do representante como um delegado ou advogado para uma abordagem da representação como um arranjo institucional público (LOUREIRO, p. 66), apontando para um caminho pelo qual se pretende preservar a possibilidade da representação.

Com efeito, Hanna propõe duas condições para que o conceito de representação seja adequado: a representação deve ser uma *atividade* e o conceito deve ser *substantivo*. Ou seja, mais do que uma relação entre duas pessoas, o representante firma compromissos que o representante é forçado a honrar. E ainda: a representação não se limita ao direito de agir em nome do principal. Ao contrário, refere-se à substância do que é feito, de modo que se deve revelar como a atividade de representar difere-se de demais situações pelas quais uma pessoa age no lugar de outra.

Desta forma, a autora:

Distingue quatro visões de representação: formalista, descritiva, simbólica e substantiva. Na visão formalista, inclui-se tanto a representação por autorização prévia, originária de Hobbes (para quem o representante é aquele que recebeu uma autorização para agir por outro) quanto a representação por responsabilização *a posteriori* (originária do pensamento liberal), na qual a essência da representação é a *accountability* ou responsividade do representante. Enquanto a representação descritiva é a correspondência ou semelhança acurada com o que é representado, um espelho ou reflexo dele, a representação simbólica implicar usar símbolos para fazer presente alguma coisa que, de fato, não está presente (Ibidem, p. 67).

### 3.2.3 Representação e autoridade

Seguindo os passos de Pitkin (2003, p. 14-15), haveria um primeiro sentido de representação no pensamento político moderno, o sentido formalista, centrado na ideia de autoridade. O conceito de representação formalista está vinculado a arranjos institucionais anteriores que autorizam esta relação, além do controle posterior, que se refere à responsividade. Por este conceito, não se analisa como o representante se comporta, mas é possível perquirir como ele se investe na função, se de forma ou não legítima. Entre os formalistas, uma primeira concepção de representação é reconhecida pela autora na obra “O Leviatã”, de Thomas Hobbes.

Os axiomas hobbesianos, de fato, merecem destaque. Para montar o poder absoluto, Hobbes concebe um contrato *sui generis*, porquanto o soberano não assina o acordo, o qual é firmado apenas por aqueles que vão se tornar súditos. E a razão é simples: no momento do contrato, não existe ainda soberano, o qual emerge em razão daquele. E, assim, conserva-se fora dos compromissos, isento de qualquer obrigação.

Com efeito:

Num contexto em que o poder absoluto do monarca se achava desfeito pela guerra civil na Inglaterra, ao longo da década de 40 do século XVII, Hobbes, antevendo a insustentabilidade da soberania absoluta do monarca nos argumentos patriarcais de Robert Filmer, desenvolve inovadora argumentação política na qual, a um só tempo, reconhece a persistência do poder soberano, a sua localização democrática no povo, e – aí sua inovação estratégica – a transferência desse poder para o representante legítimo do povo: o monarca mais uma vez (CORVAL, 2015, p. 247).

Partindo da ideia de estado de natureza, onde os desejos conflitantes impossibilitariam a convivência harmoniosa entre homens e mulheres, Hobbes propõe o pacto social, a fim de resguardar a vida destes indivíduos, criando uma união duradoura entre eles. E é devido a esta necessidade que os homens criam o Estado, autorizando um entre eles a representá-los:

A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comunheiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente (...). Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar (HOBBS, 2007, p. 130).

Está aí, sintetizado, o estratagema hobbesiano de aprisionamento do poder soberano da multidão e conseqüente garantia do poder absoluto do monarca em meio à revolução na Inglaterra. Ao tempo em que cede aos críticos do poder monárquico para reconhecer no povo a origem do supremo poder político, Hobbes anula a titularidade do supremo poder pelo mecanismo formal da representação (CORVEL, 2015).

Hobbes parte da premissa de que, tendo um homem o direito de executar uma ação, ou seja, a propriedade da ação (“autor”), este homem pode executá-la ele mesmo ou pode autorizar alguém a fazê-lo. A pessoa que age em nome do “autor”, a quem ele denomina de “ator”, tem autoridade para agir. Nestes termos:

O direito de posse se chama domínio e o direito de fazer qualquer ação se chama autoridade. Por autoridade se entende sempre o direito de praticar qualquer ação. Efeito por autoridade significa sempre feito por comissão ou licença daquele a quem pertence o direito (HOBBS, p. 123).

Desta forma, se uma pessoa age em nome de outra, segue-se que esta pessoa personifica o outro. E personificar é representar. Portanto, representar é ter autoridade para agir e ter autoridade é ter recebido o direito do outro de agir em seu nome.

Registre-se que a ideia de representação para Hobbes implica em consentimento de uma multidão de homens que participam de uma comunidade política. Porém, trata-se de consentimento para toda e qualquer ação do soberano, de modo que sua autoridade é ilimitada a ponto de não ter obrigação de prestar conta sobre seus atos. E daí, se se define a representação como autoridade ilimitada, duas conclusões podem ser depreendidas:

Primeiro, o critério definidor implícito nesta formulação do conceito é externo e anterior à própria atividade de representar: o ter autoridade é a condição prévia para a existência da representação. Naquele sentido, não cabe falar em ato representativo, mas apenas em ação por autoridade ou ato autorizado. Segundo o produto final desta definição é a legitimação do poder de um soberano absoluto, de um regime de força. Como salienta Pennock, os principais argumentos dos quais ditadores e monarcas lançam mão na tentativa de provar sua legitimidade são, por um lado, a afirmação de que eles representam, dão expressão e sustentam os interesses de seu povo e, por outro lado, argumento de que eles estão, de algum modo, autorizados a agir em seu benefício (KINZO, 1996, p. 23).

Verifica-se que, embora tenha sido Hobbes o primeiro a pensar a representação como uma questão de autoridade, não foi o único a defendê-la. Max

Weber foi o mais conhecido entre os teóricos que desenvolveu concepção semelhante. Hanna Pitkin sintetiza:

*Weber says that a social relationship may be such that each member's action is ascribed to all the other members, or that the action of certain specified members is ascribed to the rest (...). When each member's actions are ascribed to all, we have not representation but "solidarity", as exemplified in vendettas, blood feuds, or reprisals. True representation exists only where certain select members have authority to act for the group, but other members do not (PITKIN, p. 40)<sup>47</sup>.*

O problema que emerge deste modo de conceber a representação é que não se faz nenhuma distinção entre cargos eletivos e não eletivos. Pitkin assevera que *conceived in this way, all government officials, all organs of the state, are representatives, and representation is necessary in any complex society* (2003, p. 40). Considera-se representativo todo aquele que execute uma função pelo grupo, pois suas ações são atribuídas a eles por se fundarem numa relação de autoridade. Assim, não há qualquer mecanismo de controle sobre a ação dos representantes.

Para suprir esta lacuna conceitual, alguns teóricos da democracia representativa aduzem que o critério crucial que dá a autoridade para se agir em nome de alguém são as eleições. E, por ser um mecanismo que se realiza em períodos determinados, a autoridade estaria limitada no tempo. Mas as eleições, por si só, não dizem nada a respeito da prática da representação, o que acontece durante a atividade de um representante, de modo que qualquer ação praticada no curso do mandato, em razão da autorização eleitoral, será tida como legítima.

Censurando esta abordagem, desenvolve-se a noção de responsabilidade dos representantes, que emerge como um corretivo à teoria da representação. *Assim, um homem eleito é um representante tão somente porque sujeito à reeleição ou à remoção no fim de seu mandato* (KINZO, 1996, p. 25). Segundo Sartori, a eleição não é um ato de nomeação e sim um poder. Ainda, segundo o autor, o consentimento não é dado em função do que vem e sim do que se passou (1962, p. 53). Mas este posicionamento não responde àquelas situações em que se trata de um primeiro mandato.

---

<sup>47</sup> Weber diz que um relacionamento social pode ser tal que a ação de cada membro seja atribuída a todos os outros membros, ou que a ação de determinados membros especificados seja atribuída ao restante (...). Quando as ações de cada membro são atribuídas a todos, não temos representação, mas "solidariedade", como exemplificado em vendetas, brigas de sangue ou represálias. A representação verdadeira existe apenas quando determinados membros selecionados têm autoridade para agir pelo grupo, mas outros membros não. (Tradução livre).

Do exposto, verifica-se que a noção de representação supõe a ideia de autoridade, no sentido de autoridade consentida. Mas não pode ser reduzida a isto. As visões do conceito discutidas até aqui pecam por seu caráter formalístico, ausente análise da substância do ato de representar:

*Where the one sees representation as initiated in a certain way, the other sees it as terminated in a certain way. Neither can tell us anything about what goes on during representation, how a representative ought to act or what he is expected to do, how to tell whether he has represented well or badly. Such questions do not even make sense in terms of formalistic definitions like the authorization and accountability views (PITKIN, 2003, p. 58)<sup>48</sup>.*

### 3.2.4 Representação simbólica e descritiva

A segunda abordagem acerca do conceito de representação circunda a ideia do espelho, dos reflexos. Se representar é tornar presente um ausente, então representação significa espelhar de algum modo alguma coisa que de fato não esteja presente. Pode-se refletir de forma acurada, e aí se está diante da representação descritiva. Ou, por outro lado, pode-se pensar a representação como uma forma abstrata ou arbitrária de espelhar, de refletir. E aí tem-se a noção de representatividade simbólica.

A representação simbólica fundamenta-se na crença. Como a própria classificação já indica, este conceito pensa em um símbolo que possa representar a totalidade dos cidadãos. Ora, sendo os símbolos uma abstração da realidade, este somente pode ser designado como representante, porque assim convencionalmente, o que equivale a dizer que a representação simbólica existe se alguém acredita nela.

Ou seja, leva-se em conta, como método de avaliação da representação, a aceitação popular que os avaliados (representantes) conquistaram. As expectativas do representado ganham relevância. Isto é, importa o significado que o representante tem para aqueles que estão sendo representados. A representação simbólica, em geral, baseia-se em um componente afetivo, emocional, psicológico ou irracional.

Loureiro (2009, p. 69) aduz que:

Com relação à representação simbólica, esta produz uma das condições da representação requeridas por Pitkin: a atividade. A representação simbólica se funda em um “estado da mente” de satisfação ou crença dos governados

---

<sup>48</sup> Onde um vê a representação como iniciada de uma certa maneira, o outro a vê como terminada de uma certa maneira. Também não pode nos dizer nada sobre o que acontece durante a representação - como um representante deve agir ou o que se espera que ele faça, como saber se ele representou bem ou mal. Tais questões nem fazem sentido em termos de definições formalistas, como as visões de autorização e prestação de contas (Tradução livre).

na pessoa do líder e, nela se efetuam a identificação e o alinhamento de vontades entre governante e governado. O representante é ativo como produtor de símbolos, fazendo-se um líder aceito. Todavia, Pitkin rapidamente percebe que isso não pode ser representação e afirma que a representação simbólica tem pouco a ver com um “adequado reflexo da vontade popular” e, no limite, pode se transformar em uma teoria fascista de representação – “a representação pelo Führer” (Idem, 1967, p. 106-7).

Portanto, representar é simbolizar uma abstração como a nação, na medida em que o povo acredita nela, mediante uma conexão entre símbolo e referente, que é convencional e arbitrária. Por este ângulo, a representação política é concebida como uma atividade apenas no sentido estrito da própria atividade de se fazer legítimo mediante crenças. Ou seja, a atividade limita-se a buscar aceitação dos seguidores por meio de técnicas que explorem mecanismos irracionais ou emotivos<sup>49</sup>. Neste sentido, Pitkin assevera que:

Representation is a power relation, that of the leader’s power over his followers; Hitler claimed that he had greater right to say that he represented his people than did any other statesman. Representation may be a matter of consent, but this consent is created by the leader’s energy, intelligence, and masterful personality (PITKIN, 2003, p, 108).

Pitkin distingue outro tipo formal de representação: a representação como sintonia ou semelhança entre representante e representado (representação descritiva). Este conceito relaciona-se com a ideia de que as instituições devem refletir a composição da sociedade. Assim, ainda que não prescindam do critério da maioria para a decisão coletiva, a representação do tipo descritivo demanda uma proporcionalidade dos representantes do ponto de vista de sua segmentação (ALKMIM, 2013, p. 61). Ganham relevância, portanto, traços identitários como raça, gênero, orientação sexual, religião ou origem. Assim:

*This approach to the concept of representation is very diferente from the formalistic authorization and accountability views. For these writers, representing is not acting with authority, ou acting before being held to account, or any kind of acting at all. Rather, it depends on the representative’s characteristics, on what he is or is like, on being something rather than doing something. The representative does not act for others; he “stands for” them, by virtue of a correspondence or connection between them, a resemblance*

---

<sup>49</sup> Weber tratou do líder carismático. Segundo o pensador, quando as instituições entrarem em crise, é necessária a figura de um líder ou profeta portador do carisma, qualidade não acessível a qualquer pessoa. Assim, Weber abre espaço para um tipo de liderança capaz de produzir mudanças significativas nas relações sociais marcadas pela racionalidade, numa dominação tradicional ou burocrática.

or reflection. In political terms, what seems important is less what legislature does than how it is composed (Ibidem., 2003, p. 61)<sup>50</sup>.

### 3.2.5 Representação como atividade

*(...) political representation is, in fact, representation, particularly in the sense of “acting for”, and that this must be understood at the public level. The representative system must look after the public interest and be responsive to public opinion, except insofar as non-responsiveness can be justified in terms of public interest. At both ends, the process is public and institutional. The individual legislator does not act alone, but as a member of a representative body. Hence his pursuit of the public opinion need not always be conscious and deliberate, any more than the individual voter’s role. Representation may emerge from a political system in which many individuals, both voters and legislators, are pursuing quite other goals. I am not suggesting that it must emerge from any particular system; there is no guarantee that it will be. But it may emerge, and to the extent that it does we consider that system as being a representative government (PITKIN, 2003, p. 224)<sup>51</sup>.*

Pitkin constrói seu próprio conceito de representação como um fenômeno dinâmico de agir por outros. Por esta acepção, leva-se em conta a atividade dos representantes, isto é, as ações realizadas em nome e no interesse de, como um agente de e como um substituto para o representado. A abordagem neste conceito circunda as políticas que melhor servem aos interesses do representado.

Este conceito comporta duas assertivas. A primeira traduz-se na equivalência entre representantes e representados, ou seja, a relação travada entre ambos é de reciprocidade, não se trata de uma relação unilateral. A segunda, por sua vez, retrata a exigência, até paradoxal, de que o substituído, ausente, esteja de certa forma presente.

O primeiro aspecto revela-se inovador, na medida em que a autora afirma que os representantes devem agir de forma a garantir a capacidade dos substituídos para autorizar e manter seus representantes responsáveis perante si e salvaguardar a

---

<sup>50</sup> Essa abordagem do conceito de representação é muito diferente das visões formalistas de autorização e acessibilidade. Para esses escritores, representar não está agindo com autoridade, ou antes de ser responsabilizado, ou qualquer tipo de ação. Pelo contrário, depende das características do representante, de como ele é, de ser algo em vez de fazer algo. O representante não age por outros; ele os representa, em virtude de uma correspondência ou conexão entre eles, uma semelhança ou reflexão. Em termos políticos, o que parece importante é menos o que a legislatura faz do que como é composta. (Tradução livre).

<sup>51</sup> (...) representação política é, de fato, representação, particularmente no sentido de “agir por”, e que isso deve ser entendido no nível público. O sistema representativo deve cuidar do interesse público e responder à opinião pública, exceto na medida em que a não responsividade possa ser justificada em termos de interesse público. Nos dois extremos, o processo é público e institucional. O legislador individual não participa, mas como membro de um órgão representativo. Portanto, sua busca pela opinião pública nem sempre precisa ser consciente e deliberada, assim como o papel do eleitor individual. A representação pode emergir de um sistema político no qual muitos indivíduos, eleitores e legisladores, estão perseguindo outros objetivos. Não estou sugerindo que ele deva emergir de qualquer sistema em particular; não há garantia de que será. Mas pode surgir, e na medida em que considerarmos esse sistema como um governo representativo. (Tradução livre).

capacidade dos representantes de operar independentemente dos desejos dos representados.

Esta concepção formulada por Hanna Pitkin, pela qual a representação apresenta-se no campo da atividade de um representante, transporta necessariamente para um debate sobre mandato imperativo e mandato livre. E é o que se discutirá a seguir.

### 3.2.5.1. Mandato Livre e Mandato Imperativo. A controvérsia.

*“But this two elements form two opposed sides in a long-standing debate, undoubtedly the central classic controversy in the literature of political representation”* (PITIKIN, 2003, p. 145).

Esta contenda teórica divide-se em duas posições quanto ao modo que um representante deve se portar no âmbito de sua atuação.

Assim, por um lado, defende-se o mandato imperativo, porque não pode haver representação se um homem não atende ao que seus constituintes requisitarem. Por outro, aduz-se o mandato livre, porquanto não pode haver representação se um homem não é livre para decidir.

O fim da Idade Média é o marco inicial da representação<sup>52</sup>. Nesta época, a prática representativa guiava-se pelo caráter privatístico. Os mandatários deveriam receber aprovação expressa dos mandantes, que poderiam ser um burgo, uma comunidade ou um estrato específico da população, para tomar decisões. Ou seja, o representante não tinha nenhum poder de ação independente.

Na segunda metade do século XVIII, porém, esta noção de mandato imperativo foi questionada. Dizia a constituição francesa, conforme apontou Sartori (1962, p. 19): “os representantes nomeados nos departamentos não serão representantes de um determinado departamento, mas de uma nação inteira”. Nesta toada, importa compreender que a novidade introduzida no Estado Moderno por esta referência à nação necessariamente conduz a uma comparação entre a fórmula da soberania nacional e a da soberania popular. Porque nação não é o povo e, portanto, não é a soberania democrática.

Assim, segundo Sartori (1962, p. 21-22):

(...) a soberania popular – o poder dos representantes é um poder que lhes é transmitido pelo eleitorado, e a vontade de governo não se estabelece somente no momento em que a assembleia eletiva a formula, mas já se

---

<sup>52</sup> Dessa forma, a classe popular assumia, ao lado da aristocracia feudal e do clero, responsabilidades de direção social. Impunha-se a presença de representantes seus entre os assessores do monarca. Era preciso que seus interesses tivessem quem os patrocinasse perante o poder. E quando os procuradores das cidades se sentaram junto a eclesiásticos e nobres nas Cortes de Leão, em 1188, o sistema representativo chegava à sua complementação (SOUZA, 1971, p. 125).

estabelece no momento em que o cidadão-eleitor concorre para determinar a vontade do Estado (...).

A fórmula da soberania nacional pressupõe um desenvolvimento totalmente diferente, possui implicações bem diversas. Neste caso, a vontade da nação não preexiste à vontade de seus representantes. São eles, os representantes, que criam a vontade nacional.

Ou seja, os revolucionários enxergavam a representação como um ato que legitimava os governos e unificava a vontade nacional. E sabe-se que estes mesmos constituintes franceses não chegaram à solução muito diferente da ilustrada por Burke. É que o mandato livre já vinha sendo defendido por ele, conforme atesta sua célebre mensagem enviada aos seus eleitores de Bristol em 1774, que assim declarava:

(...) Se governar fosse tão-somente, em cada setor, uma questão de vontade, não há dúvida de que a vossa deveria ser superior. Mas governar e fazer leis são questões de raciocínio e de julgamento; e que espécie de razão seria aquela na qual a decisão precede a discussão; aquela na qual um grupo de pessoas delibera e um outro decide...? Expressar uma opinião é o direito de todo homem; a dos eleitores é uma opinião que pesa e que deve ser respeitada, que um representante deve estar sempre pronto a ouvir; e que ele deverá sempre ponderar uma grande atenção. Mas instruções imperativas; mandatos aos quais o membro (dos Comuns) deva expressa e cegamente obedecer, para os quais deve votar e em favor dos quais deve discutir...; essas são coisas totalmente desconhecidas pelas leis desta terra, e que derivam de um fundamental erro sobre a inteira ordem e o teor da nossa constituição. O Parlamento não é um congresso de embaixadores de interesses opostos e hostis; interesses estes que cada um deva tutelar, como agente e advogado, contra outros agentes e advogados; o Parlamento é, ao contrário, uma assembleia deliberante de uma nação, com um único interesse, o de todos; onde não deveriam influir fins e preconceitos locais, mas o bem comum (...) (BURKE, 1962, p. 150-151 *apud* KINZO, 1979, p. 31).

A seguir, abordar-se-á os suportes teóricos de ambas as posições. De tal modo, far-se-á um exame das ideias de Burke, que defende o mandato independente e de outra vertente do liberalismo, a qual sustenta a representação delegada, bem como da teoria marxista, que abarca os dois posicionamentos em momentos distintos. Registra-se que esta sistematização se fundou na pesquisa de Maria D'Alva Gil Kinzo (1979), a qual, quando do estudo referente aos mandato-imperativo-delegado, organizou as ideias da maneira como se pretende demonstrar a seguir.

### 3.2.5.2. *Burke e a Representação*

Para Burke, o representante deve representar um interesse determinado e o corpo de representantes deve representar os interesses da nação. Na mesma toada,

o autor sustenta que o representante deve ser independente na sua atividade de representar. Para Burke, a representação política é a representação de interesses e estes interesses têm uma realidade objetiva. Quando ele fala em interesses, contudo, verifica-se que o pensador e político inglês trata de duas classificações distintas. Assim, contrapondo-se aos interesses objetivos, existem os desejos do povo, baseados em opiniões. Para Burke, a Câmara dos Comuns deveria representar os sentimentos da nação, porém esta representação poderia ser classificada como virtual, porque:

(...) tem pouco a ver com base eleitoral, mesmo porque Burke se opunha à extensão do sufrágio. Segundo Burke, os interesses têm uma realidade objetiva e são o fruto do debate e da deliberação entre homens de sabedoria e de virtude, não se confundindo com os meros desejos e opiniões do povo. É nesse sentido que Burke defendia o mandato independente na atividade de um representante. Como argumenta em seu famoso discurso aos eleitores de Bristol, “o Parlamento é uma assembleia deliberante de uma nação, com um único interesse, o de todos; onde não deveriam influir fins e preconceitos locais, mas o bem comum (...)”. É, portanto, um direito e um dever dos membros do Parlamento seguir sua própria consciência e julgamento independente, ao invés de obedecer aos desejos ou instruções de sua base (KINZO, 2006, p. 22).

Desta maneira, os representantes deveriam ser aqueles homens sábios e virtuosos, os quais poderão, por meio de deliberação, chegar a um resultado acerca do bem comum que seja objetivo e verdadeiro. Para o autor, não há contradição entre interesses locais (opiniões) e interesse nacional. Pitkin esclarece:

*This there is no real contradiction for Burke in thinking of a member of Parliament as representing, say, the trading interest, and yet of every member of Parliament as representing the national interest. The two are part of the same process: both the parts and the whole emerge from rational deliberation, and neither requires that the member convey the will or opinions of any group outside Parliament. The interests are only discovered in Parliament, through debate. But their discovery presupposes the participation of representatives of every interest so that all considerations will be brought to light in the debate. For Burke, this has nothing to do with compromise among the wishes of conflicting groups; government is a matter of reason and not of will (PITKIN, 2003, p. 187)<sup>53</sup>.*

Classificado como um liberal conservador, Burke acreditava nas eleições, ainda que por um sufrágio restrito a um grupo. Para ele, o método eleitoral conduzia a escolha de uma elite natural de homens sábios, instruídos e capazes.

---

<sup>53</sup> Isso não é uma contradição real para Burke ao pensar em um membro do Parlamento como representando, digamos, o interesse comercial, e, no entanto, em todos os membros do Parlamento como representando o interesse nacional. Os dois fazem parte do mesmo processo: ambas as partes e o todo emergem de deliberações racionais, e nem exige que o membro transmita a vontade ou opiniões de qualquer grupo fora do Parlamento. Os interesses só são descobertos no Parlamento, através do debate. Mas sua descoberta pressupõe a participação de representantes de todos os interesses, para que todas as considerações sejam trazidas à luz no debate. Para Burke, isso não tem nada a ver com compromissos entre os desejos de grupos conflitantes; governo é uma questão de razão e não de vontade. (Tradução livre).

Paralelamente, acreditava que as eleições permitiam com que o representante fosse julgado por seu desempenho no cargo.

### 3.2.5.3 Liberalismo e representação

Uma visão mais familiar que a de Burke já estava sendo articulada em seu tempo pelos teóricos do liberalismo. Em regra, eles pensavam a representação como aquela que estava voltada ao indivíduo e não às entidades ou classes corporativas. Em harmonia com o individualismo de suas perspectivas econômicas, eles também pensavam na representação baseada em pessoas racionais e independentes (PITKIN, 2003, p. 190). De toda forma, o representante deve perseguir os interesses de sua base eleitoral.

E é nesse contexto que se pode dividir as ideias de Burke e dos federalistas, ou seja, por meio da concepção de interesse. Na versão federalista e, particularmente para Madison, há diferença entre interesses de pessoas e grupos e interesses verdadeiros. Segundo o norte-americano, há uma pluralidade de interesses na sociedade, os quais frequentemente chocam-se com o bem-estar comum da nação. Esta visão negativa de interesse é denominada por Madison como “facções”, ou seja, interesse de grupo<sup>54</sup>.

Por esta concepção, nota-se a aproximação das ideias dos federalistas com a abordagem de Burke sobre interesses momentâneos e opiniões do povo. Para a teoria federalista, a razão surge como guia, a fim de se chegar ao real bem-estar da nação. Assim, é necessário que o representante leve estes interesses individuais ao fórum central de debate, a fim de que sejam discutidos e neutralizados.

Em síntese:

---

<sup>54</sup> *A faction, defined in the tenth Federalist paper, is more ou less equivalent to an interest group; it is “a number of citizens, whether amounting to a majority or a minority of the whole, who are United and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens or to the permanente and aggregate”. This adverse effect, this disruptive elemento in faction, must somehow be rendered harmless by a well-ordered government (Op. cit., p. 193).*

(...) a prática da representação tal como a concebe o liberalismo dos federalistas consiste em trazer para a casa legislativa, por meio de representantes, os diferentes interesses da sociedade, para que eles possam ser negociados e barganhados, a fim de evitar o domínio de uma facção em detrimento de outras. Desde que, para os federalistas, o governo representativo é “um substituto para o encontro dos cidadãos em pessoa”, deve-se supor que os interesses facciosos são, em algum grau, atendidos, senão tornar-se-ia impossível admitir a “presença dos cidadãos” na legislatura e a utilização do instrumento eleitoral como forma de controle do eleitorado sobre os representantes (KINZO, 1979, p. 37).

Assim, o modelo normativo liberal, situado na ação estratégica de atores individuais que concorrem pelo poder, a democracia é concebida como método de agregação de interesses e de imposição de fins coletivos, achando-se, apartados, o Estado e a sociedade.

#### 3.2.5.4 Teoria marxista e representação

A teoria marxista também relaciona representação a representação de interesses. Contudo, tratar de interesse nesta abordagem é tratar de interesses de classes. Assim, da mesma maneira que Burke, é possível identificar dois níveis de interesses. Primeiro, aquele interesse momentâneo, guiado pelas paixões. Segundo aquele interesse permanente, estratégico. O interesse de classe converge apenas em relação a esta segunda identificação, pois se trata de um interesse real e objetivo, pois identificável na própria estrutura das relações.

Segundo Marx, em *Miséria da Filosofia* (1965, p. 164),

O domínio do capital criou para essa massa (de trabalhadores) uma situação comum, interesses comuns, assim, pois, essa massa já é uma classe relativamente ao capital, mas ainda não é uma classe para si. Na luta, (...) essa massa se une, constituindo-se uma classe em si. Os interesses que defende convertem-se em interesses da classe (*apud* KINZO, 1979, p. 37).

Ou seja, os interesses de uma classe (trabalhadora) têm uma realidade objetiva independente do fato de que os integrantes desta classe tenham consciência dela. Segundo Marx, a prática política é que torna possível a consciência de classe e, embora não se tenha a percepção imediata acerca de seus próprios interesses, aquela se desenvolve a partir da luta iniciada pela união desta massa.

A consciência de classe, contudo, não é um processo espontâneo. É necessária uma organização que direcione esta luta. Daí a necessidade do partido político como expressão dos interesses da classe. Neste sentido:

Todo o *Manifesto do Partido Comunista* é a demonstração dessa tese da inevitabilidade da revolução proletária derrubando a ordem burguesa. E, se Marx e Engels tentam dotar o proletariado de um partido revolucionário, é para acelerar o ritmo da história, que poderia se extraviar para o socialismo idealista dos proudhonianos, por exemplo. De fato, Marx e Engels sabem que a situação econômica de uma classe, e neste caso da classe operária, não produz imediatamente uma consciência de classe. Daí a necessidade, para o proletariado, de se munir de uma ideologia e de um partido que lhe sejam próprios para levar a cabo a revolução universal. (DURAND, 2016, p. 92).

Desta maneira, verifica-se que há uma separação entre aqueles que não possuem conhecimento de seus interesses de classe daqueles que a possuem. A teoria marxista-leninista separa o sujeito teórico do sujeito prático revolucionário, pois aquele primeiro apenas atinge emancipação por meio do segundo, o qual é portador de conhecimentos globais acerca do processo de produção e advém dos meios intelectuais. O primeiro é a massa.

Ou seja, neste primeiro momento, o marxismo caracteriza a atividade representativa como aquela que tem o condão de conduzir a luta de classes, a fim de transformar a sociedade. Esta atividade representativa deve ser guiada pelos interesses daquela classe proletária, ainda que ela não tenha consciência de que sejam seus verdadeiros interesses. Por este ângulo, portanto, a representação é independente, pois quem define qual a demanda a ser perseguida é o representante.

Ocorre que a representação na teoria marxista passa por uma segunda fase. A fase pós-revolução, quando instaurada a nova ordem. Nesta sociedade, há o controle permanente dos eleitores sobre os eleitos. É que, passada a luta e por meio dela, a massa proletária toma consciência de si mesma e de seus interesses. Neste momento, há correspondência entre representados e representantes. Estes categorizam-se, agora, como porta-vozes da vontade popular. Dito de outro modo, trata-se de um mandato imperativo.

Kinzo consegue exaurir o tema com as seguintes palavras:

Portanto, na teoria marxista a controvérsia livre mandato-mandato-imperativo não é resolvida pela opção por um dos polos, mas se ajusta a situações diferentes. Mais explicitamente, a representação política é pensada em dois momentos que dependem da consciência de classe. Num primeiro momento, o representante – o partido, a vanguarda – assume o papel de condutor do processo que objetiva realizar os interesses de uma classe, com certa independência, visto que a própria classe que eles visam expressar não tem consciência destes interesses. Num segundo momento, quando da emergência da sociedade socialista, partindo da suposição de que a massa operária já atingiu o estágio da consciência de classe, passa-se a defender a ideia da representação delegada. Dado que se supõe a existência de uma correspondência entre a vontade coletiva e a vontade dos

representantes, ou ainda, que a primeira passa a determinar a ação representativa(...) (KINZO, 1979, p.41).

Guardados os fundamentos diversos, a teoria marxista de partido converge com a teoria de Burke quanto ao elitismo que cerca os representantes (ainda que na primeira fase do marxismo), bem como quanto à ideia do que deve ser representado.

### 3.2.6. Conclusões

Diante do quadro trazido por Hanna Pitkin, o que restou consagrado é que há diversos conceitos e formas de representar. E elas não são excludentes. Ou exclusivas. É que é possível constatar que as formas de representação que foram tratadas no trabalho da autora podem não dar conta do processo da representação, mas este pode ser um pouco de cada aspecto analisada por ela.

Por certo que autorização implica autoridade, ainda que como método de legitimação. Alguém autoriza outrem a agir por si, o consentimento é necessário. Ainda, representar significa refletir de alguma maneira o corpo dos representados. Da mesma maneira e finalmente, a representação também é atividade, pois é conteúdo. Como se representa importa.

Não se pode desprezar o fato. Representar é necessário. Não há, nas democracias complexas contemporâneas, mecanismos céleres e eficazes pra tomadas de decisões senão pela representação. Certamente que é possível se falar em consultas públicas, referendos e plebiscitos, mas por exceção. E é neste sentido que a atividade de representar reserva certa autonomia, porque as questões decididas pelos representantes, ainda que indo ao encontro dos interesses de grupos e classes ou da nação, muitas vezes não passaram pelo aval dos representados (KINZO, 1979, p. 45).

De toda forma, a representação é um conceito em mutação. Ele muda. E se dinamiza. E é necessário que assim o seja, a fim de compatibilizá-lo com a democracia constitucional contemporânea. Na esteira de Pitkin, mais uma vez:

*The concept of representation thus is continuing tension between ideal and achievement. This tension should lead us neither to abandon the ideal, retreating to na operational definiton that accepts whatever those usually designated as representatives do; nor to abandon its institutionalization and withdraw from political reality. Rather, it should present a continuing but not hopeless challenge: to construct institutions and train individual in such a way that they engage in the pursuit of the public interest, the genuine representation of the public;and, at the same time, to remain critical of those*

*institutions and that training, so that they are always open to further interpretation and reform* (PITKIN, 2003, p. 240)<sup>55</sup>.

E é esta a proposta deste trabalho. Ressaltar que o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, ostenta um caráter representativo, abarcando as novas interpretações e reformas acerca do conceito e do papel da representação.

## **4. CAPÍTULO 4 – CORTE CONSTITUCIONAL: REPRESENTAÇÃO SEM ELEIÇÃO**

### **4.1. AFASTANDO O SENSO COMUM**

É possível atribuir às cortes constitucionais, em especial ao STF, uma dimensão representativa. E sem eleições. A maior dificuldade encontrada pela doutrina para o acatamento desta tese é o apego a formulações não mais praticáveis em sociedades complexas. Há uma recusa em se admitir que determinados conceitos jurídicos, como separação de poderes, democracia e representação, estão passando por mudanças substantivas na sua forma de implementação<sup>56</sup>. E o que se procurou demonstrar, até o presente momento, é que a anuência quanto à admissão de uma credencial representativa ao Supremo Tribunal Federal é uma questão de escolha institucional.

A ideia que se quer propagar é a de que a própria configuração do direito vigente favorece com que o Judiciário se manifeste em temas sensíveis, sem, contudo, proferir a última palavra, porquanto condicionado a inúmeros fatores, internos e externos, que limitam a sua atuação, conforme amplamente debatido no decorrer deste trabalho<sup>57</sup>. E é bom que seja assim, porque incontroverso que não há

---

<sup>55</sup> O conceito de representação é, portanto, uma tensão contínua entre ideal e conquista. Essa tensão não deve nos levar a abandonar o ideal, recuando para uma definição operacional que aceite o que quer que aqueles geralmente designados como representantes façam; nem abandonar sua institucionalização e se retirar da realidade política. Em vez disso, deve apresentar um desafio contínuo, mas não irremediável: construir instituições e treinar indivíduos de tal maneira que se envolvam na busca do interesse público, na genuína representação do público e, ao mesmo tempo, permaneçam críticos dessas instituições e desse treinamento, para que estejam sempre abertos a novas interpretações e reformas (Tradução livre).

<sup>56</sup> “Não são a realidade ou as concepções sociais que podem se modificar, com a consequente necessidade de releituras teóricas; o mundo é que está necessariamente errado naquilo em que não corresponda às teorias tradicionais”. V. MENDONÇA, Eduardo. *A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas: um outro olhar sobre a Dificuldade Contramajoritária*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 12.

<sup>57</sup> Uma breve síntese: A realidade afasta o perigo do *governo de juízes*, pois identifica-se que: há limites conceituais à atuação dos magistrados, desenvolvida pela própria teoria jurídica; a postura de autocontenção, a

um ente específico que exprima decisões corretas em todos os contextos, o que, certamente, vale para as instâncias majoritárias. Aliás, quanto a estas, importa registrar que a legitimidade de suas decisões não advém exclusivamente de uma vinculação eleitoral. Hanna Pitkin dá conta de que as eleições são apenas uma etapa de um contexto bem mais abrangente, que é a representação. Ou seja, democracia ultrapassa a ideia do voto.

É certo que o ideário democrático se tornou uma ideia quase unânime. Mas um “um termo que significa qualquer coisa, não significa nada” (DAHL, 2012, p. 03). De saída, procura-se vincular a democracia ao conceito tradicional de autogoverno, pelo qual todos os cidadãos teriam o direito de participar dos processos coletivos de tomadas de decisão. É certo também que as sociedades atuais demandam a representação política, por meio da qual os indivíduos podem ceder o processo deliberativo cotidiano aos agentes eleitos, mantendo, ainda, o autogoverno. Assim, tão corriqueira a associação entre esses conceitos – democracia, autogoverno e representação política -, que eles passam a ser facilmente confundíveis.

Eduardo Mendonça ilustra a confusão por meio do julgamento da ADPF 54, pela qual o STF decidiu que as mulheres têm o direito de interromper a gestação de fetos anencefálicos<sup>58</sup>. Ele relata que o aresto sofreu duras críticas, porém com claras distinções. Um primeiro grupo de opositores voltou-se contra o conteúdo material da decisão, por entender que haveria violação ao direito à vida. Esta discussão é inerente ao regime democrático, porquanto debate o acerto ou não da decisão judicial. Por outro lado, um segundo grupo de críticas levantou a ilegitimidade do STF para resolver questões que envolveriam escolhas políticas, as quais caberiam ao Congresso Nacional. Mendonça esclarece que este tipo de crítica, em verdade, coloca em oposição a jurisdição constitucional e a representação política. Não se trata de defender a soberania popular em face da investida de juízes não eleitos frente aos órgãos majoritários, como poderia parecer. O brilhantismo do argumento desenvolvido pelo autor merece ser transcrito abaixo:

(...) Em primeiro lugar, não há lei que trate especificamente da anencefalia e seria artificial ignorar as peculiaridades da hipótese em face da discussão mais geral sobre o aborto. Assim, apenas indiretamente seria possível cogitar de contrariedade a uma decisão política já existente. Em segundo lugar, e com especial intensidade, os canais de imprensa e pesquisas de

---

fim de sustentar o capital político da corte; mecanismos que possibilitam a superação da orientação jurisprudencial e ferramentas institucionalizadas ou não de interferências sobre o desenho institucional da jurisdição.

<sup>58</sup> STF, ADPF, DJe 29.04.2013, Rel. Min. Marco Aurélio.

opinião apontam que uma maioria expressiva da população concorda com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Nessas condições, não é correto afirmar que o Tribunal tenha agido de forma verdadeiramente contramajoritária. Ao contrário, parece possível concluir, objetivamente, que a Corte produziu a decisão que representa a vontade da maioria. (MENDONÇA, 2014, p. 47).

Não se está a defender uma transferência integral ou excessiva do poder de decisão final a um colegiado formado por pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada. E, indubitavelmente, se reconhece que o parlamento possui alguma conexão com o conjunto de representados, resultado das eleições periódicas. O que se procura evidenciar é que há certa dose de simplificação e mitificação na ideia de que o Congresso Nacional é a fonte da democracia por excelência, enquanto a corte, especificamente, o STF, encontra sua legitimidade em outro regime, que não o democrático.

Assim, este esboço de ideias permite concluir que há um espaço para que a sociedade favoreça um sistema institucional diferente daquele que se pretende retomar a todo custo, fincado na supremacia parlamentar e no dogma de que a maioria pode tudo. É possível equilibrar o poder dos agentes eleitos com outros mecanismos de decisão, bem como encontrar balizas para conter abusos e voluntarismos. E a experiência dá conta de que vem sendo assim. De que a expansão judicial não é fruto de um golpe de juizes dispostos a sacramentar uma ditadura togada ou a *supremocracia*<sup>59</sup>.

Em verdade, o ativismo judicial é estimulado pela vida real, tendo em vista a consolidação de uma cultura de direitos fundamentais atrelada à dificuldade do sistema político tradicional em preservar a sua efetiva concretização, passando pela abertura das normas constitucionais, além de uma engenharia de controle de constitucionalidade bem esculpida pelo constituinte originário.

Questiona-se, portanto, a máxima que beira ao senso comum, de que ao Judiciário se vincula o déficit democrático. E de que o parlamento é a única casa do povo. De pronto, é possível contra-argumentar no sentido de que as próprias instâncias majoritárias não são representativas em muitas ocasiões, sobretudo se se considerar a estrutura eleitoral brasileira, sob a perspectiva da proporcionalidade<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> V. VIEIRA, Oscar V. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p.441-464, jul/dez. 2008.

<sup>60</sup>. Segundo sondagem da empresa de pesquisas Ideia Big Data, 79% dos eleitores do país não se lembram nos candidatos em que votaram para o Congresso Nacional em 2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/79-dos-brasileiros-nao-lembram-em-quem-votaram-para-o-congresso/>>. Acesso em 28/11/ 2019.

Não só isso, a deslegitimação dos representantes eleitos emerge das relações promíscuas destes agentes com o poder econômico, das quais resultam sucessivos casos de corrupção. Ademais, este tipo de retórica é frágil também sob o ponto de vista teórico, porquanto há inúmeros estudos que identificam as limitações da representação política clássica, de modo que surgem novas formas de transferência de legitimidade<sup>61</sup>.

Por esta linha de raciocínio, é possível comprovar que há inúmeras decisões majoritárias que se desencontram com a vontade expressa pelo povo, ou seja, não se trata de manifestação automática do autogoverno. E é assim, porque não existe, conforme expressado enfaticamente nesta pesquisa, um sistema institucional que, *a priori*, produza resultados legítimos. Portanto, há um reducionismo quando se pretende criar identidade entre democracia e regra da maioria. Fosse assim, qualquer representante eleito poderia retomar a escravidão ou as Cruzadas. A democracia, escapando da análise superficial, mas sem se afastar ainda de certa dose convencional, é um projeto que procura conferir a todos os indivíduos o direito de participar do processo de autogoverno, garantindo-lhes a igualdade formal<sup>62</sup>.

E é a partir destes fundamentos que se deve buscar, na realidade, se as instituições estão contribuindo para o autogoverno dos cidadãos. A representação, portanto, é um processo e deve ser substantiva, conforme ensina Pitkin (2003). Então, afirmar que um tribunal nunca poderá se apresentar como representante, ainda que de maneira subsidiária, que é o que se sustenta, é precipitado. Mais uma vez, não se

---

<sup>61</sup> Przewoski, Stokes e Manin asseveram que, ainda que seja certo que as eleições produzam representação, é, contudo, duvido que estas engendrem *accountability* para que a representação possa ser nomeada como democrática. (PRZEWORSKI, Adam, STOKES, Susan e MANIN, Bernard. (orgs). *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

<sup>62</sup> A escolha dos representantes, a periodicidade dos mandatos e a publicidade das decisões dos órgãos eleitos garantem que eles sejam responsivos ao sentimento social, inclusive às aspirações das minorias, que também pretendem ver seus anseios representados. Este formato institucional costuma, então, criar embaraços à produção legislativa para que o resultado advenha de uma deliberação fundada em profunda reflexão. Neste sentido: “(...) não é acurada a descrição do processo decisório que tem lugar na esfera parlamentar como um processo desprovido de deliberação. Na verdade, o processo decisório que ocorre no Congresso Nacional costuma ter uma qualidade superior à que lhe é conferida pela crítica pública. O procedimento legislativo padrão envolve o exame da matéria por múltiplas comissões temáticas, bem como pela Comissão de Constituição e Justiça, que avalia sua compatibilidade com a ordem constitucional. Nessas comissões, convocam-se audiências públicas. Os parlamentares recebem abertamente os representantes dos diversos interesses envolvidos. A regra é que haja, portanto, um longo e complexo debate sobre o tema objeto de deliberação (...). O processo legislativo envolve não só deliberação em ambiente de publicidade, como se sabe. Envolve muito de negociação e barganha. Mas a imposição não deliberativa da vontade da maioria dos representantes geralmente provoca uma reação violenta, que dificulta a continuidade da cooperação em um ambiente de pluralismo. O normal, porém, é um processo legislativo amplo e inclusivo, do qual as próprias minorias parlamentares participam ativamente” (SOUZA NETO, Claudio, P. de. O âmbito material da representação discursiva pela jurisdição constitucional: um diálogo com Luís Roberto Barroso. In: *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso/ Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer* (orgs) - Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 555.

pretende suplantar a regra majoritária. O raciocínio pretende analisar a representação sob uma nova ótica.

Desta forma, se a democracia é o sistema pelo qual os cidadãos têm o direito de participar igualmente do processo de tomada de decisões, este processo não se finda com o voto. Em complemento, pode-se dizer que o regime democrático garante a todos o direito de ser tratado, em qualquer situação, como sujeito de direitos fundamentais. Consequentemente, emerge o direito de receber decisões fundamentadas em razões públicas, admitindo que o cidadão se oponha, quando não respeitadas essas premissas<sup>63</sup>.

Assim, enquanto o mandato conferido aos agentes políticos não lhes garante o direito de não demonstrar as bases em que foram sustentadas determinadas decisões, da mesma forma ocorre com a jurisdição constitucional e com o Poder Judiciário em geral. Todos têm direito de exigir uma resposta de quaisquer instituições. Esta é a lógica do direito de petição e do acesso à justiça.

E a capacidade de responder àqueles questionamentos por meio de argumentos pode ser denominado como *legitimação argumentativa*, defendida por Robert Alexy. Segundo ele, poderia se buscar legitimidade à jurisdição constitucional, em razão de uma suposta capacidade de representar por meio do discurso, por meio de argumentos.

A aproximação da teoria de Alexy com a representação política é inafastável. Para o autor, a representação do povo é volitiva e argumentativa e a representação pelas cortes é puramente argumentativa (ALEXY, 2007, p. 302). Porém, importa ressaltar que as instâncias majoritárias estão mais próximas da escolha popular, ainda que o mandato seja livre, porquanto o mecanismo das eleições é criado para estabelecer um contato entre a opinião pública e a formação de vontade política do Estado. A periodicidade do voto propõe a renovação e a preservação deste alinhamento. Por outro lado, a jurisdição constitucional permanece sem a conexão

---

<sup>63</sup> Para Ronald Dworkin, o objetivo da democracia não é curvar-se à vontade da maioria, de modo que a melhor forma de democracia é aquela que tem maior probabilidade de produzir decisões que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*). DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977.

eleitoral. Por mais plural que um processo decisório possa ser, ainda estará restrito a uma parcela de interventores e participantes.

Então, mais importante do que demonstrar que as decisões do Supremo Tribunal Federal estejam de acordo com a vontade popular, como estão em muitas ocasiões - até porque a corte atua dentro de uma faixa de aceitabilidade social -, é constatar que o tribunal tenha capacidade de demonstrar que suas decisões foram desenvolvidas de acordo com a ordem jurídica. Mais uma vez, com Eduardo Mendonça:

Por essas razões, em vez de adotar a ideia de que a jurisdição constitucional funciona como representante argumentativo da coletividade, parece mais adequado colocar em evidência o seu papel de *catalisador do direito individual de participação no autogoverno*, invocado quer por um único indivíduo, quer por grupos numerosos (...). Nestes termos, a jurisdição funciona como canal de amplificação da autonomia moral que serve de fundamento lógico e filosófico, para todos os arranjos coletivos que se pretendam democráticos. Enquanto o parlamento representa a massa – com pequeníssimas frações ideais para cada representado -, a jurisdição teria o papel de dar a cada pessoa a prerrogativa de afirmar a si mesma como sujeito do processo democrático (MENDONÇA, 2014, p.200-201)

Desta forma, amparada pelas ideias de Mendonça (2014), este trabalho não entende que o Supremo Tribunal Federal exerça o papel de representante dos desejos ou preferências das pessoas. Não se quer dizer que a corte representará os jurisdicionados que provocaram sua atuação. Isto deve ser buscado no processo político. O papel da corte de catalisadora do direito individual de participação no autogoverno significa que ela pode delimitar o que se pode ou não exigir, construindo um sentido às normas jurídicas. Esta construção se dá pela deliberação e por um processo argumentativo que seja capaz de alicerçar suas conclusões no espaço público.

Prosseguindo, o desencantamento com os órgãos majoritários e o deslocamento de expectativas para a arena do STF não se constitui em *crise do parlamento*, como soam algumas vozes, as quais parecem aguardar que o contratempo finde por si só. Em verdade, trata-se de uma crise do método de captação de representatividade, no caso, as eleições.

Deveras, a última palavra, que o silogismo da judicialização insiste em transferir ao Supremo Tribunal Federal como forma de apontar sua superioridade fática e normativa, com todos os perigos e tensões que esta indicação possa

provocar, consiste naquela que expressa a vontade majoritária na democracia brasileira. Desde 1988, conforme estudo empírico de Thamy Pogrebinski (2011), o STF exerce função contramajoritária de modo bastante cauteloso e, mais do que isso, vem contribuindo para o fortalecimento desta vontade frente às instâncias majoritárias, por meio do controle de constitucionalidade<sup>64</sup>.

Este é o contraponto necessário ao principal argumento que acusa juízes e tribunais de imporem suas ambições e preferências a uma sociedade domesticada. Ora, a experiência histórica demonstra que governos autoritários não têm qualquer receio e não enfrentam muita dificuldade para manter o Judiciário passivo e limitar sua influência<sup>65</sup>. Isso atenua o temor de que a jurisdição possa se transformar em uma tecnocracia jurídica. Igualmente, não se trata de uma esfera do poder capaz de derrubar protagonistas tirânicos.

Em verdade, o que garante a sobrevivência do tribunal constitucional é a sua habilidade em equilibrar as pretensões majoritárias e as designações da ordem jurídica. Mas é sabido, também, que as cortes possuem um fôlego limitado para desapontar a opinião pública e trabalha, então, com o capital político que possui para deflagrar decisões impopulares. Não é razoável supor que o STF conseguisse deturpar a democracia por meio de decisões muito específicas e que, como se viu, são momentâneas. Neste sentido:

Tanto a imprensa quanto a literatura especializada das Ciências Sociais e do Direito usualmente baseiam seus argumentos de que a judicialização da política redundava em ativismo judicial do STF em um seletivo e limitado conjunto de casos que, por mais que não se apresente de modo estático, não tende a variar muito. As decisões sobre fidelidade partidária, verticalização das

---

<sup>64</sup> A pesquisa empírica de Thamy Pogrebinski demonstra que, quando do exercício da jurisdição constitucional, a corte brasileira é parcimoniosa, chegando mesmo a indicar algum tipo de deferência ao trabalho do Congresso. Além disso, verificou-se que a atividade legislativa já se mostra diversificada mesmo ao tempo dos julgamentos do STF, porém se mostra impulsionada a atuar quando alguma norma é declarada inconstitucional, o que leva a uma resposta do Congresso, que acaba por dar a última palavra. Atesta-se, também, que no julgamento das decisões procedentes e procedentes em parte, o STF tem se valido de três recursos institucionais, quais sejam, interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão, os quais tendem a preservar o trabalho dos órgãos eleitos. Isto indica a adoção de uma postura corretiva, atenuando o caráter contramajoritário e afastando a *dificuldade democrática* (POGREBINSKI, 2011).

<sup>65</sup> Sobre a história brasileira, Rodrigo Brandão confirma que “(...) *nos períodos autoritários* (1930 a 1945 e 1964 a 1988) a hipertrofia do Executivo gerava um arranjo institucional hierarquizado em cujo ápice se encontrava o Presidente da República, não havendo nível significativo de fracionamento do poder que viabilizasse que o Judiciário exercesse, com independência, o controle de constitucionalidade dos atos do governo. Tentativas de resistência judicial à ‘camisa de força’ que lhe era imposta causaram as reações políticas mais diversas: desde o frontal descumprimento da decisão judicial até duros ataques institucionais à Corte, tornando-lhe subserviente ao regime. Nestes períodos, sequer a supremacia da Constituição, o Estado de Direito e o controle de constitucionalidade (um *minus* em relação à supremacia judicial) se mostravam, efetivamente, presentes, na medida em que os governos exerciam poderes praticamente ilimitados pela Constituição” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais*. A quem cabe a última palavra. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 145).

coligações, cláusula de barreira e número de vereadores, assim como outras sobre objetos de natureza menos explicitamente política, como criação de municípios, greve dos servidores públicos e células-tronco, parecem ter sido suficientes para converter o STF em “centro do sistema político” (VIEIRA, 2002), como se não bastasse seu suposto lugar de “muro das lamentações” (VIANNA, 2002, apud., POGREBINSCHI, 2011, p. 07).

Vale reprimir, portanto, que não se está a tratar da substituição de um órgão por outro, a fim de conferir-lhe a legitimidade pronta e acabada para processar a vontade majoritária. Sustenta-se que a antiga dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional deve passar por uma releitura, a fim de se relativizar conceitos como o da identificação dos atos legislativos com a vontade da maioria ou da relação entre democracia e regra majoritária, bem como de que ela seria, sempre, um elemento externo ao jogo democrático.

Então, conforme já se demonstrou, as eleições conferem uma carga inicial de representatividade aos órgãos eleitos. Mas este fato isolado não qualifica seus atos como majoritários. Isso porque, além das objeções teóricas, a vontade majoritária é difusa e seu processo de concretização é bastante complexo. Envolve deliberação. E fundamentação. E é por isso que se diz que a vontade majoritária é processada. Não há captação desta vontade.

O Legislativo pode se manifestar como a caixa de ressonância destes anseios e é importante que o seja. No entanto, esta configuração não se sustenta isoladamente. É necessário que instâncias não eleitas também possam integrar este sistema de processamento de vontades, as quais não se encerram nas eleições. Desta forma, a jurisdição constitucional apresenta-se como mais um canal a ser considerado nesta rede democrática. Subsidiariamente. Este é o ponto de vista defendido por Luís Roberto Barroso:

(...) este papel representativo – representação argumentativa da sociedade, na terminologia de Alexy – é eventual e necessariamente subsidiário. Por evidente, o órgão de representação popular por excelência é o Legislativo. Portanto, aprimorar o sistema representativo é a prioridade número um. Somente nas suas falhas mais graves é que se justifica a representação supletiva pelo Supremo. Não há troca de papéis. E mais: juízes constitucionais não são os reis filósofos da República de Platão, portadores da virtude e da verdade. Seu único poder é do convencimento racional e moral. Se falharem nesse propósito, nada os salvará (BARROSO, 2015, p. 567)

Ainda sob a perspectiva de sua legitimidade democrática, é possível concluir que a jurisdição constitucional implementa a democracia participativa. Ora, se no processo de tomada de decisões das instâncias majoritárias a participação direta dos

atores envolvidos é vista como desejável, admissível estabelecer-se um paralelo com a jurisdição constitucional, tendo em vista que a relação processual pode se manifestar como uma forma de exercício de autogoverno.

Com efeito, o processo judicial é uma ferramenta que regula a convivência social, resultando em um provimento impositivo para as partes. E é por isso que elas devem contribuir com argumentos que tenham o potencial de influenciar no ato judicial<sup>66</sup>. Nesta linha, a legislação processual brasileira passou a admitir a figura do *amicus curiae* em processos subjetivos, por exemplo, de modo que entidades representativas possam contribuir com suas alegações e pontos de vista.

Ou seja, a participação de atores sociais na aplicação e na construção do direito vigente, por meio da relação processual, indica que a jurisdição constitucional funciona como mais um canal para a deliberação de temas sensíveis, sob as balizas da ordem jurídica<sup>67</sup>. Portanto, uma esfera mais limitada e que, por isso mesmo, afasta o risco de que as zonas de articulação política majoritárias caiam em desuso.

Por todo o exposto, a ascensão inequívoca do STF após a promulgação da Constituição Federal de 1988, antes qualificar-se como um fracasso da separação dos poderes, aponta para o redimensionamento da mesma teoria. Assim, a ideia da delegação política, que se encontra atada à ideia de representação, deve ser revista, ampliada e adaptada, tendo em vista todos os dilemas e paradoxos fixados ao longo do trabalho. A teoria democrática pouco avançou em relação ao modelo hobbesiano de autorização, que sustenta ainda hoje, a representação política sob um viés contratualista<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> O novo CPC explicita o princípio da cooperação.: “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>67</sup> “Isso acaba contribuindo, inclusive, para a acomodação das eventuais insatisfações sociais com as decisões dos órgãos representativos, tornando-o o governo da maioria mais palatável para quem esteja, a cada momento, no lado minoritário. Mesmo quando confirma ou deixa de invalidar os atos de governo, a jurisdição constitucional pode fornecer uma oportunidade para que as minorias expressem seus pontos de vista e participem do processo público de concretização dos conteúdos constitucionais. E isso em uma arena em que elas e seus argumentos não entram, *a priori*, em posição de desvantagem (MENDONÇA, Eduardo. *A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas: um outro olhar sobre a Dificuldade Contramajoritária*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 196.

<sup>68</sup> “(...) se pode observar sem dificuldades que a democracia representativa vem reproduzindo a si mesma ao longo dos séculos por meio da reprodução de alguns de seus princípios, instituições e procedimentos. Mais do que isso, que essa reprodução encontra-se associada a outra, qual seja, a reprodução do conteúdo semântico do próprio conceito de representação política. Tal situação indica, por um lado, a capacidade de a democracia representativa perseverar-se em sua essência, mas, por outro, denuncia também sua limitada habilidade de adaptar-se aos fatos – ou, talvez, de aceitar que estes possam questionar e intervir naqueles princípios, instituições e procedimentos

Destarte, ultrapassando o momento eleitoral, a representação pode atingir um conceito de governança, alcançando espaços não majoritários, como as cortes constitucionais. As fontes legitimadoras desta configuração são diversas, podendo se falar em argumentos, participação, Constituição, opinião pública e nos próprios Poderes Legislativo e Executivo. “Sem legitimidade, não há democracia” (BONAVIDES, 2001, p. 245). Não se discorda. E é nesta linha que se procurou demonstrar, portanto, que há inúmeras casas do povo no desenho institucionalizado pela Constituição Federal de 1988. Dentre elas, o STF. Representativo e democrático.

#### 4.2. APRIMORANDO A DIMENSÃO REPRESENTATIVA DO STF

A concepção de que o Judiciário tenha feição representativa, ainda que subsidiária, pode aprimorar a democracia constitucional. Não se está a defender que este aspecto da jurisdição possa ser conferido *ex ante*. Conforme suscitado anteriormente, a representação é um *processo*. E deve ser substantiva. Não se pode conferir uma legitimidade genérica, sob pena de traduzir-se em estratégia retórica para afirmar a ideia de que a atuação dos juízes é democraticamente legitimada. Assim, como argumento de autolegitimação, a dimensão representativa pode outorgar às decisões judiciais um *pedigree* democrático, que operará em sentido inverso ao aqui defendido, tornado a atuação do STF mais aristocrática e mais enclausurada nela mesma.

A concepção de que o Judiciário tenha feição representativa, ainda que subsidiária, pode aprimorar a democracia constitucional. Não se está a defender que este aspecto da jurisdição possa ser conferido *ex ante*. Conforme suscitado anteriormente, a representação é um *processo*. E deve ser substantiva. Não se pode conferir uma legitimidade genérica, sob pena de traduzir-se em estratégia retórica para afirmar a ideia de que a atuação dos juízes é democraticamente legitimada. Assim, como argumento de autolegitimação, a dimensão representativa pode outorgar às decisões judiciais um *pedigree* democrático, que operará em sentido inverso ao aqui defendido, tornado a atuação do STF mais aristocrática e mais enclausurada nela mesma.

Dessa forma:

*Descritivamente*, só será possível avaliar se uma corte é representativa olhando para o seu passado, a partir de análises empíricas retrospectivas

---

que historicamente a definem (POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 174).

sobre o seu funcionamento que avaliem os impactos substantivos das decisões e as práticas processuais por ela adotadas. *Normativamente*, o conceito de representação democrática do Judiciário deve funcionar como um fator que impõe transparência e permeabilidade. Uma corte que pretenda ser representativa tem o ônus de estar aberta de forma igualitária à sociedade civil, de ser institucionalmente porosa, de facilitar o acesso dos vulneráveis e de considerar todos os argumentos em jogo na formação da decisão judicial. (PEREIRA, 2017, p. 372).

De toda forma, não se pode excluir esta característica da corte constitucional, porque a dinâmica da vida já demonstrou que a separação de poderes não é mesma separação de outrora. E o reconhecimento deste caráter representativo pode, ainda, encerrar um ideal regulativo, exigindo que o tribunal seja poroso às forças sociais, processualmente aberto à comunidade e institucionalmente transparente. Opera também no sentido de que a corte pode ser mais legítima em contextos em que sua permeabilidade, sobretudo às minorias<sup>69</sup>, possa ser constatada pelo empirismo.

É sob este viés que, sem fechar os olhos à realidade, deve-se fazer uma breve análise, a fim de não ultrapassar os limites propostos por este trabalho, acerca das capacidades institucionais do Supremo Tribunal Federal. Já se ressaltou que o processo deliberativo plural tende a chegar a melhores resultados. Por esta lógica, a legitimidade da jurisdição constitucional pressupõe ampla abertura procedimental e a atividade cautelosa de fundamentação, bem como disposição para se estabelecer o diálogo com a sociedade.

Não é possível atingir esse ideal se houver excesso de atribuições conferidas aos ministros da corte. Aliás, esta realidade, qual seja, a sobrecarga de trabalho, não se limita apenas ao STF<sup>70</sup>. Este fato, por si só, já deve ser levado em conta quando se formula qualquer teoria sobre qualquer tema atrelado ao Judiciário. Ainda assim,

---

<sup>69</sup> “Ou seja, o caráter não majoritário das cortes constitucionais pode se revelar propício para produzir uma representação propriamente política (e não meramente judicial) de minorias culturais que não necessariamente sejam também minorias políticas. Nesse sentido, os grupos historicamente marginalizados, a despeito de buscarem a representação de seus interesses nos órgãos legislativos, deveriam buscá-la prioritariamente nos órgãos judiciais – em particular nas cortes constitucionais que, em sua função de salvaguardar os direitos sociais e culturais constitucionalmente assegurados, podem atuar, no exercício de seu papel institucional contramajoritário, como uma instância pró-minoritária. Colocada de outro modo, a questão consiste em saber em que medida os fundamentos das demandas da ‘política de presença’ não legitimariam a ampliação da representação política para instituições não eletivas que, contudo, possa, eventualmente, não apenas dar voz a tais demandas, como também torná-las presentes”. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 174.

<sup>70</sup> Conforme dados do CNJ de 2016, no Brasil há 8,2 magistrados para cada 100.000 habitantes, enquanto a média nos países europeus é de 17,4. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/por-que-a-justica-brasileira-e-lenta/>>. Acesso em 29/11/2019.

é necessária fazer uma crítica construtiva ao papel que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo. Com efeito, a corte constitucional brasileira está assoberbada de processos que, muitas vezes, sequer trata de matéria efetivamente constitucional. Assim, ficam represadas a maior parte das repercussões gerais e das ações de controle abstrato e, quando processadas, não aproveitam do diálogo com a sociedade. Este é um dos maiores problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro e afeta em demasia, sua imagem perante os cidadãos.

Registra-se que o Supremo Tribunal Federal desempenha, simultaneamente, jurisdição constitucional e ordinária. Trata-se de Corte Constitucional, Corte Ordinária e Corte Recursal<sup>71</sup>. Por este modelo, a tarefa de guardião constitucional acaba por se tornar massificada, o que é incompatível com a sua natureza. Ou seja, é necessário racionalizar o trabalho.

Uma das propostas que se levantam, por exemplo, deriva das ideias do Ministro Barroso, no sentido de que o STF não deveria mais admitir recursos extraordinários com repercussão geral do que possa julgar em um ano. Ele prossegue, sugerindo que a seleção dos recursos com repercussão geral seja feita por semestre, por um critério comparativo. Feita a escolha, designa-se a data de julgamento daquele processo (BARROSO, 2015, p. 568).

Desta forma, urgente a reestrutura do STF, a fim de que seus julgamentos se realizem com maior nível de reflexão colegiada e com abertura efetiva à participação social. Apesar de necessária, deve-se tentar fugir dos julgamentos em série, um fordismo jurídico que atrapalha a realização da justiça. O STF deve privilegiar a reflexão, movido por uma lógica de seletividade dos julgados, com abertura à discussão entre os ministros e entre estes e a sociedade.

A racionalização do método de trabalho na Corte Constitucional brasileira impactaria, certamente, na elaboração de sua agenda. Hoje, um julgamento depende do requerimento de inclusão na pauta pelo relator, do deferimento desta inclusão pelo Presidente (do Plenário ou da Turma) e da ausência de pedido de vista por quaisquer dos ministros. Este sistema permite que um processo perdure na Corte durante anos, seja por escolha, seja por acúmulo de trabalho.

---

<sup>71</sup> FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo, de C. e ARGUELHES, Diego, W. *Supremo em Números*, FGV, 2011. De acordo com o relatório, 0,51% dos processos distribuídos ao STF envolvem atuação como Corte Constitucional; 7,80% como Corte Ordinária e 91, 69% como Corte Recursal.

Ainda, importante que haja uma etapa formal de deliberação entre os ministros. Não se deve admitir que *onze ilhas* prolatem seus votos, sem o diálogo dentro da própria corte. Hoje, as decisões produzidas pela corte são recortes de opiniões individuais. Nem sempre fica claro o que foi decidido ou qual foi o fundamento utilizado. Há ainda quem critique o televisionamento das sessões de julgamento, porquanto esta exposição pode prejudicar o debate e a capacidade de deliberação<sup>72</sup>.

No entanto, considerando o passado histórico brasileiro, marcado pela selvageria do abuso de poder e pelo patrimonialismo, o acesso da população aos julgados do STF vem justamente para provocar a abertura das instituições. A publicação é importante e não deve ser mitigada. Por outro lado, a fim de atenuar os embaraços que dessa exposição possam ocorrer, essencial que o relator redigisse a ementa do seu voto, remetendo-o à aprovação dos integrantes da maioria. Desta ementa, dever-se-ia extrair o resumo dos debates, bem como o fundamento utilizado para a tomada da decisão.

Esta nova formatação também abrandaria a sensação de que o STF é composto por onze ministros isolados, o que não se coaduna com a democracia deliberativa. A maneira como se dinamizam os julgamentos favorece o personalismo e em nada contribui para a construção de um espaço argumentativo. Neste sentido:

Falamos de personalismos na jurisdição brasileira, mas se trata de um personalismo com características peculiares. Os juízes argumentam em nome próprio, oferecem sua opinião, mas o fazem investido de autoridade da instituição, que prevalece no final das contas. A votação no colegiado coloca a eventual fundamentação de cada juiz em segundo plano, bem como sua individualidade, despersonalizando em parte o resultado final do julgamento. Argumentos e opiniões de todo tipo podem ter sua relevância no curso da discussão entre os juízes e podem até ser essenciais para a decisão final. É uma pesquisa a ser feita investigar se o debate entre juízes tem como efeito a aprendizagem coletiva e cooperativa sobre o caso, como reflexo na decisão final (RODRIGUEZ, 2013, p. 84).

---

<sup>72</sup> “Há estudos que mostram que a exposição pública inibe membros de órgãos decisórios colegiados a entrarem numa deliberação, a buscarem uma decisão conjunta, a se permitirem mudar de ideia. A falta de um encontro privado entre juízes do STF estimula um perverso autoengano: faz parecer que o Tribunal é muito transparente e ignora que a maioria das decisões finais são a soma de votos individuais produzidos na privacidade de cada gabinete, que não passam por maiores testes deliberativos do colegiado. São, em outras palavras, decisões obscurantistas tomadas sob a aparência de transparência e publicidade”. V. MENDES, Conrado, H. *O STF é refém do capricho de seus ministros*. Disponível em: <<https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/347456712/contrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em 29/11/2011. Em um sentido mais amplo da publicidade dos julgamentos e de suas consequências: “Levanto a hipótese de que sua forma de argumentar possa ser explicada em parte pelo fato de que os debates entre os juízes sejam públicos. A função dos juízes é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático” (RODRIGUEZ, José, R. *Como decidem as cortes?*- Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 63).

Sugere-se, ainda, a circulação prévia da conclusão do voto do relator entre os ministros da corte, minimizando os pedidos de vista e abreviando o tempo de duração dos processos. Barroso esclarece que “o que acontece na prática é que tendo elaborado um voto completo, por desconhecer a posição do relator, cada ministro, mesmo que acompanhando-o, não se dispensa de ler o trabalho que já fez” (BARROSO, 2013, p.22). Mais uma vez: é necessário racionalizar o trabalho.

Há ainda propostas que defendam o mandato dos ministros do Supremo. Há quem não concorde. Ambos os lados possuem fortes argumentos. Os primeiros aduzem que a corte demanda oxigenação para continuar dando vazão aos anseios da comunidade, além de evitar a institucionalização do próprio ministro. Os segundos entendem que a mudança impede a consolidação de um sistema que ainda precisa ser absorvido pela cidadania em geral e que é necessária a estabilidade institucional.

Com ou sem mandato, os juízes do STF devem apreender que, com o redimensionamento de seus papéis e, por meio de um novo formato institucional, exercem tarefa primordial para o desenvolvimento da democracia no Brasil. E o primeiro significa decorrente disto é a exigência de práticas democráticas a serem definidas pelo próprio Tribunal.

Conforme ressaltado no trabalho, há institutos na legislação brasileira que pluralizam o acesso à jurisdição constitucional, como o *amicus curiae*, as audiências públicas e a ampliação do rol de legitimados a propor o processo de controle de constitucionalidade. A existência destes mecanismos, todavia, não garantem o acesso igualitário à Corte. Imprescindível que o STF compatibilize estes institutos com seus entendimentos jurisprudenciais menos restritivos. As *técnicas de guerrilha*, expressão cunhada por Eduardo Mendonça (2014), não devem ser utilizadas em seara de jurisdição constitucional, porque impactam nos grupos mais vulneráveis.

Nessa perspectiva:

(...) o Supremo vem lançando mão de diferentes expedientes de jurisprudência defensiva, ora para evitar sobrecarga de trabalho realmente avassaladora, ora para se evadir ao desempenho de competências politicamente delicadas e provavelmente indesejadas pelos ministros. Um desses expedientes consistiu na adoção de uma interpretação extremamente restritiva sobre o conceito de “entidades de classe de âmbito nacional”, previsto no artigo 103, IX, CF, que exclui todas aquelas que não representam categorias profissionais e econômicas homogêneas. Essa orientação bloqueia o acesso ao STF dos movimentos sociais e dos grupos vulneráveis. Uma entidade nacional de mulheres, por exemplo, não pode questionar na Corte uma norma sexista. Outra que congrega os adeptos de

religiões afro-brasileiras não pode impugnar eventuais favores legais concedidos às igrejas cristãs. Além de comprometer a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, essa limitação contribui para distorcer e empobrecer sua agenda. Por sua causa, continuam tendo ampla predominância na pauta do Supremo temas atinentes às estruturas e competências estatais, ou relativos a interesses econômicos ou corporativos de certos grupos bem posicionados, como segmentos empresariais e categorias da elite do serviço público (SARMENTO, 2017, p. 392);

Além disso, a aceitação do ingresso de *amicus curiae*, bem como a realização das audiências públicas não estão submetidas a critérios transparentes e ficam sujeitos a voluntarismos dos relatores. Há estudos, aliás, dando conta de que o espaço das audiências públicas não é utilizado pelos ministros da corte. Apenas o relator participa dos debates e os argumentos trazidos são praticamente desprezados pelos ministros em seus votos<sup>73</sup>.

Por todo o exposto, a funcionalidade democrática do Supremo Tribunal Federal depende de inúmeros fatores, mas não se pode excluir sua capacidade representativa em razão de problemas conjecturais. Que podem ser solucionados. Ou atenuados. Resta demonstrado, então, que a nova democracia demanda novos arranjos institucionais, os quais já vêm se materializando cotidianamente. Não há poder hegemônico que diga a última palavra. Tampouco há representação de antemão legitimada. Afinal, “na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho” (BARROSOa, 2017, p. 69).

---

<sup>73</sup> Nesse sentido, vejam-se: LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: VIEIRA, José Ribas, VALLE, Vanice Lírio do, MARQUES, Gabriel Lima (Orgs.). *Democracia e suas Instituições*. Rio de Janeiro: Imo's, 2014.; PINTO, Henrique, M.; ROSILHO, André, J. *Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica?* Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009; ALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

## CONCLUSÃO

O termo democracia traz, em sua essência, uma carga valorativa positiva. A ideia democrática é quase inegociável no mundo de hoje (SHAPIRO, 2003, p.01). É por isso que não se procura mais fundamentos para sua implementação. A única maneira de uma pessoa assentir ao cumprimento de normas, sem abrir mão de sua liberdade, é mediante normas formuladas por ela mesma. Assim, o governo do povo é necessário, mas ainda se faz presente a busca pela melhor estrutura de concretização deste ideal.

Nesta linha, destaca-se sempre a insistência por mais participação direta do povo no processo de tomada de decisões. Sem tocar na dificuldade em se implementar este clamor diante do aumento demográfico das sociedades contemporâneas, a própria democracia direta apresenta embaraços. Neste sentido:

Se for seguido esse raciocínio, a única saída para uma democracia direta, amplamente participativa, em que a totalidade da população influiria diretamente sobre a direção do Estado, seriam reuniões intermináveis, nas quais os indivíduos gastariam a maior parte de suas vidas. De fato, esses cidadãos veriam aumentada a sua “liberdade enquanto controle”, mas, sem dúvida, veriam igualmente diminuída sua liberdade em dimensões outras, possivelmente mais importantes (MACHADO, 2013, p. 14).

Portanto, inafastável a formatação representativa da democracia, que muito antes de ser um *second best model*, configura-se em uma opção com vantagens próprias. Por meio da representação, pode-se estimular a deliberação, de modo a privilegiar respostas menos imediatas. Estes espaços existentes entre população e ação governamental funcionariam como uma espécie de filtro das demandas populares, evitando-se o conglomerado de visões antagônicas unidas de maneira desordenada.

Hanna Pitkin (2003), fazendo referência aos artigos federalistas, entende que a representação é importante, porquanto afasta o bem público da distração de interesses conflitantes e dos males da facção. Portanto, a conveniência da democracia representativa assenta-se justamente na questão do tempo. É que, diretamente, a democracia se traduziria em vontades irrefletidas de um momento imediato. A representação, por sua vez, tem a vantagem de consolidar valores e ideais ao longo do tempo, de maneira coordenada.

Ainda com a autora de *O Conceito da Representação*, por meio da representação, o representado não se torna efetivamente presente, mas também não se desvincula totalmente desta relação. Ou seja, o representante age no interesse dos representados, sem, contudo, estar totalmente preso às suas causas, pois isto se traduz apenas em reflexo. E não em representação. É que as ações dos representantes comumente não devem, mas podem estar em desacordo com o querer do representado. Assim, o que torna a representação democrática é a responsividade dos representantes perante os representados, no sentido de que aqueles devem agir de acordo com o que estes aguardam e, não o fazendo, têm o dever de justificar as razões desta conduta (PITKIN, 2003, p. 169 e ss).

Hanna Pitkin acreditava na representação e na capacidade de expandir e transformar a política por meio dela. A ideia geral de sua obra sobre o conceito e as perspectivas da representação consiste na crença de que as instâncias majoritárias, por meio dos partidos e de seus candidatos, possam retratar espaços privilegiados de deliberação. A prática, sobretudo a brasileira, denota que estas instituições enfrentam uma boa dose de descrédito. Verifica-se que os órgãos eleitos são portadores, muitas vezes, de interesses mais imediatos do que do interesse público comum. A periodicidade das eleições, por sua vez, não é suficiente para evitar eventual lesão ao governo do povo e para o povo.

Com efeito, se os representantes eleitos não garantem a sobrevivência da democracia, isto significa que esta não se reduz a uma questão de autoria. O povo não pode alterar as regras básicas que definem a estrutura democrática e, a fim de se controlar este impulso, é que são necessárias outras regras, que estejam fora do domínio das maiorias eventuais. Há interesses de longo prazo que precisam de proteção contra a própria representação política partidária (MACHADO, 2013, p. 23). Portanto, a democracia não se define apenas pela autoria, senão por seu conteúdo.

A democracia constitucional perfilha este entendimento. E é por isso que nas constituições, e também na Constituição Federal de 1988, estão assentadas regras do jogo democrático, que estão fora do alcance da política ordinária, de modo a transpor os desacordos casuais. Há quem entenda que o Poder Judiciário é o guardião destes valores. Por excelência. Esta lógica admite que a Constituição requer um único intérprete, alheio à competição eleitoral.

Não é o que se defende aqui. Os Parlamentos não têm um cheque em branco e o Judiciário tampouco. Mas a premissa utilizada por este trabalho é a de que as cortes constitucionais, no caso brasileiro, o STF, não exercem função antidemocrática somente porque não baseada em uma representação oriunda das urnas. Com Eduardo Mendonça (2014), deve-se refazer a leitura do que se traduz como poder contramajoritário para, então, constatar que se trata, em verdade, de uma atuação *contrarrepresentativa*.

Com efeito, antes de ameaçar a democracia frustrando as demandas de uma elite política, as cortes constitucionais protegem-na do aniquilamento de valores que foram cunhados a duras penas pela história de uma comunidade. E é por isso que Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos atestam que:

Daí o paradoxo intrínseco ao caráter desse *tertius* que, mesmo limitado ao desempenho de uma função técnica e sem se constituir em uma instância submetida ao controle dos eleitores, isto é, não originário da representação, exerceria a *representação* dos princípios constitutivos do corpo político, vale dizer, da filosofia positivada nos textos constitucionais (VIANNA; BURGOS, 2002, p. 367).

Pitkin acreditava que a representação favorecia a consolidação de determinados valores no tempo, resultado da deliberação refletida. Aqui também. Pois, da mesma forma, o Judiciário pode afastar os interesses de curto prazo das associações partidárias, mantendo a vontade constitucional, compartilhada pela coletividade<sup>74</sup>. E é por esta linha de raciocínio que a representação do STF é subsidiária. Porque sua intervenção somente se justifica quando se sobrepõe às instâncias majoritárias, para manter ou concretizar a vontade geral calcada na constituição.

Certamente que questões moralmente sensíveis desembocarão na corte. E é daí que se extrai a democracia judiciária. Porque o Judiciário exerce representação política. Exerce quando representa princípios comuns e a exerce quando, apesar de independente, é responsivo à população.

Desta forma, os órgãos eleitos devem ser capazes de explicar as razões de suas condutas, esclarecendo que tais atitudes concretizarão o ideal compartilhado

---

<sup>74</sup> Fazendo referência à obra de François Ost – *O tempo do direito* – Igor Machado destaca que “parece claro, portanto, o papel positivo que as instituições do direito podem desempenhar dentro do governo democrático, dada sua capacidade de religar o tempo público, indispensável a uma deliberação democrática que almeje fugir do imediatismo e da vontade das facções, indo ao encontro do interesse público e de uma vontade geral que ultrapasse a soma das opiniões particulares” (MACHADO, 2013, p. 29).

por seus eleitores. Da mesma forma, o STF, enquanto representantes funcionais da sociedade<sup>75</sup>, devem estar aptos a ilustrar como as decisões proferidas conduzirão à efetivação dos princípios constitucionais. Paralelamente, os representados devem estar munidos de mecanismos de reação. Em relação aos eleitos, é sabido que o próprio voto já funciona como mecanismo de contenção de abusos. No que toca à representação oriunda do Tribunal, devem estar aptos a exigir alterações constitucionais, bem como participação ativa no processo de decisão judicial.

E é por isso que a dimensão representativa do STF demanda sua abertura. A decisão judicial deve ser debatida, além de cumprida. Deve também ser resultado de um processo de deliberação, que demanda transparência e práticas democráticas por parte do Judiciário, o qual não pode mais manter postura altiva e distante do povo, sobretudo em razão do fato, inafastável, de que suas decisões afetam cada vez mais a política e, por conseguinte, os cidadãos.

À vista disso, é possível atribuir às cortes constitucionais uma função de reforço democrático. Mas isto não deve favorecer um sistema pelo qual a judicialização substitua os representantes eleitos. É certo que, se o Judiciário é chamado para compor a representação política tradicional, deve também compartilhar alguns de seus pressupostos de legitimidade. Logo, deve se mostrar acessível e se prontificar a trazer as decisões ao debate. E esta decisão deve corresponder a um modelo de ação que favoreça este debate, conforme constatado nesta pesquisa. Para tanto, deve-se racionalizar a estrutura do STF, evitar o uso da jurisprudência de guerrilha em jurisdição constitucional, formalizar a agenda do tribunal etc.

Há, portanto, representação sem voto. No caso brasileiro, aliás, esta representação generalizada advém da própria opção constitucional na nova democracia brasileira. Ou seja, é uma escolha. O novo desenho institucional atenua os impasses e os efeitos de uma representação política com pouca participação popular e muitos interesses privados, porquanto encontra apoio em outra dimensão

---

<sup>75</sup> “(...) Paralelamente, verifica-se que a pluralização da soberania tem coincidido com a ampliação dos níveis de representação, que passam a compreender, além dos representantes do povo por designação eleitoral, os que falam, agem e decidem em seu nome, como a magistratura e as diversas instâncias legitimadas pela lei a fim de exercer funções de regulação. Pode-se, portanto, falar com Rosanvallon em uma dupla representatividade: a funcional, derivada das leis, sobretudo da Constituição; e a procedural, emanada diretamente do corpo eleitoral, a única reconhecida pela visão monista do político (VIANNA; BURGOS, 2002, p. 371).

da representação, que é fluida, que é mutante e que opera em diversos espaços, dentre eles, a arena do Supremo Tribunal Federal.

Longe de significar retrocesso democrático, esta configuração favorece o exercício da cidadania em locais antes não explorados. É uma oportunidade, aliás, para que os ministros do STF, e os juízes em geral, mobilizem-se para o recepcionamento de toda a sociedade no processo de decisão. Reconhece-se, de toda forma, que o acatamento desta tese não escapa do conflito. E do preconceito.

Não resta dúvida, por outro lado, que os impasses à efetivação do que se entende por democracia não serão resolvidos no quadro institucional tradicional. Assim, negar legitimidade a qualquer outro *design* é negar viabilidade a qualquer alternativa e a qualquer transformação, acomodando-se diante de conceitos e formas de reflexão que, apesar de dominantes, vêm se mostrando incapazes de realizar os valores que abraçam ostensivamente.

O trabalho, portanto, finda com certa dose de otimismo, na certeza de que, sendo um projeto, imperiosa a adaptação criativa da democracia e a reformulação das instituições. “Pois o patrimônio herdado não é mais que isso: um reservatório de possíveis. Daí, é inútil que aquele que o transmite predetermine sua destinação; mas é necessário (...) que aquele que o herda reinvente sua utilização a cada instante” (OST, 2005, p. 409).

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalização: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs), *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAUJO, L. A. D. & NUNES JÚNIOR, V.S. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.

BARROSO, Luís, R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 8. Ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.*

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. 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. 25-77.

\_\_\_\_\_. b 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.

\_\_\_\_\_. & MENDONÇA, Eduardo. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em 19/03/2019.

BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In: *Constituição e Democracia*. Antonio G. Moreira Maués (org). São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v.10, nº 1, p. 164-196.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BITTENCOURT, Carlos, A. L. *Controle Juridicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BURKE, Edmund. Discurso a los electors de Bristol. *Textos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1962.

CAMARGO, Margarida, M. L. DE. & MIRANDA NETTO, Fernando, G. DE. Representação argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do supremo tribunal federal? 2010. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>>. Acesso em 12/12/2019.

\_\_\_\_\_. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPOS, Carlos, A. de A. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORVAL, Paulo, R. dos S. Democracia Representativa: Revisitando John Stuart Mill. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52. Número 206 abr./jun. 2015, p. 245-270.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, (Atlanta), v. 6, p. 279, 1957.

\_\_\_\_\_. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patricia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DURAND, Jean-Pierre. *A sociologia de Marx*. Trad. Monica Stahel. Petrópolis-RJ: Vozes, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977.

\_\_\_\_\_. Casos Constitucionais. In: *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESKRIDGE Jr. William, N. Overriding Supreme Court Statutory Decision. *Yale Law Journal*, 1991, v. 101, n.2, p. 331-417.

EGUIGUREN, F. & SALOMÉ, L. Función contra-majoritaria de la jurisdicción constitucional, su legitimidade democrática y los conflictos entre el tribunal constitucional y el legislador. In: *Cadernos de soluções constitucionais*. v.4 - São Paulo: Malheiros Editores, 2012

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. 6. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, v.1, n.4, p.3-22, out./dez., 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: *Tempo Brasileiro*, 2003, v. 1 e v. 2.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista 78 – O Departamento Judicial*. In: *O Federalista*. Hamilton, Madison e Jay. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret. 2007.

KINZO, Maria, D'Alva G. *Representação política e sistema eleitoral no Brasil*. São Paulo. Editora Símbolo. 1996.

KRAMER, Larry, D. *The people themselves: popular constitutionalismo and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LEITE, Glauco, S. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LOUREIRO, Maria, R. Interpretações contemporâneas da representação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 1, janeiro-junho, 2009, p. 63-93.

MACHADO, Igor, S. Democracia, tempo público e poder judiciário: reflexes sobre a atual judicialização da política nos governos democráticos. *Perspectivas*. São Paulo, v. 44, p.9-40, jul-dez.2013.

MANIN, Bernard (1995a). Principes du gouvernement représentatif. Paris: Calman-Lévy.

\_\_\_\_\_. (1995b). As metaformofes do governos representative. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 29, p.5-34.

MARSHALL, Thomas, R. *Public opinion and the Supreme Court*. Boston> Unwin Hyman, 1989.

MATOS, Nelson, J. C. *Teoria do Estado: uma introdução crítica ao estado democrático liberal*. Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

MENDES, Conrado, H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado apresentada à USP, 2008.

MENDES, Gilmar, F. & BRANCO, Paulo, G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDONÇA, Eduardo. *A Democracia das Massas e a Democracia das Pessoas: um outro olhar sobre a Dificuldade Contramajoritária*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

MIGUEL, Luis, F. Representação política em 3D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, 2003, p. 123-140.

\_\_\_\_\_. *Democracia e representação: territórios em disputa*; 1 ed. São Paulo. Editora Unesp, 2014.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Elcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PEREIRA, Jane, R. G. *O judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso/Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer*, organização. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

PITKIN, Hanna F. (2003). *The concept of representation*. Berkely: University of California Press.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRZEWORSKI, Adam, S. S. & MANIN, Bernard. (orgs). *Democracy, Accountability and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001

ROACH, Kent. *Dialogic judicial review and its critics*. *Supreme Court Law Review*, Toronto, v.23, p. 49-104, 2004. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1144790](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144790)>. Acesso em 20/11/2019

RODRIGUEZ, José, R. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do artigo 103, IX, da Constituição. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso/ Oscar Vilhena e Rubens Glezer, organização*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 384-403.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da representação no estado representativo moderno*. Belo Horizonte: Edições da RBEP, 1962).

SHAPIRO, Ian. *The state of democratic theory*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

STRECK, Lênio, L. *Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão*. Direito, Estado e Sociedade. n.44 p. 83 a 101 jan/jun 2014.

SOUZA, José, P. G. DE. *Da representação política*. São Paulo. Editora Saraiva, 1971.

SOUZA NETO, Cláudio, P. de. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass, R. *The partial constitution*. Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *A Constitution of many minds*. New Jersey: Princeton University, 2009.

TATE, C. Neal. *Why the expansion of Judicial Power?*, in *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew, M. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark, V. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

VIANNA, L. W. & BURGOS, M.B. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In: *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002.

VIEIRA, Oscar, V. *O Supremo Tribunal Federal e a Consolidação da Democracia: 1988 a 1993*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política da PUC-SP, 1993.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p.441-464, jul/dez. 2008.

VIEIRA, Renato, S. *Jurisdição Constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

V. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*, 2000. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: < <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-UPEREGO-DASOCIEDADE.pdf>>. Acesso em 23/04/2019.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

WOLKMER, Antonio, C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio, R. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

## PORTAIS ACESSADOS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:<[https://twitter.com/stf\\_oficial](https://twitter.com/stf_oficial)>. Acesso em 19/11/ 2019.

\_\_\_\_\_. DJe 29.04.2013, Rel. Min. Marco Aurélio. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3974029>>. Acesso em 19/11/ 2019