

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O STF COMO INSTITUIÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA,  
REPRESENTATIVA E ILUMINISTA: SEUS LIMITES E PERIGOS**

**RAFAEL GOMES PERRI FILHO**

**Rio de Janeiro**

**2021**

**Rafael Gomes Perri Filho**

**O STF COMO INSTITUIÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA,  
REPRESENTATIVA E ILUMINISTA: SEUS LIMITES E PERIGOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Daniel Capecchi.

Data da Aprovação: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2021**

## RESUMO

O presente trabalho tem por propósito discutir o modelo de Suprema Corte desenvolvido ao longo da carreira de Luís Roberto Barroso, que propõe os papéis contramajoritário, representativo e iluminista como atuação do STF. Em sua elaboração será contemplado o modelo e propositura de Barroso, em seguida, será confrontado com críticas a este modelo confortável em que se coloca a Suprema Corte. Por fim, uma análise de quais os limites e problemas desse modelo.

Palavras-chave: STF; contramajoritário; representativo; iluminista.

The present work has as its purpose to examine the supreme court model proposed by Luís Roberto Barroso, that suggests three different roles for the Supreme Court: the counter-majoritarian role, representative and enlightened. Afterwards the model will be confronted with critics and analyses to this model that puts the Supreme Court in a comfort position. Lastly, an analysis of what are the limits and the problems to this model.

Keywords: Supreme courts; counter-majoritarian; representative; enlightened.

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	4
2 CAPÍTULO – A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	5
2.1 O Pós Positivismo .....	5
2.2 Constitucionalização Brasileira.....	7
2.3 Poder Normativo Dos Princípios .....	11
2.4 Ativismo Judicial e Judicialização .....	12
2.5 Função Contramajoritária .....	13
2.6 Função Representativa.....	14
2.7 Função Iluminista .....	16
2.8 Fundamento e voto: Direito E Política No Brasil.....	18
3 CAPÍTULO - CRÍTICAS AO MODELO DE BARROSO DO STF.....	22
3.1 Corte Supremocrática .....	22
3.2 Razão Jurídica e Fundamentação.....	24
3.3 Limites da Legitimação.....	26
3.4 Limites e Clareza Teórica.....	32
3.5 Inclusão Dos Minoritários e Legitimação Democrática.....	36
3.6 Democracia e Representatividade .....	40
4 ANÁLISE DE RESULTADOS.....	45
4.1 Flexibilidade Teórica e Falta de Clareza .....	46
4.1.1 Quando Decidir Ativamente.....	46
4.1.2 Como Decidir Ativamente .....	49
4.2 Excesso de Atribuições do Supremo Tribunal Federal .....	51
4.3 Risco democrático de uma atuação representativa do Supremo.....	53
4.5 Crítica ao Modelo Proposto .....	55
5 CONCLUSÃO .....	56
5 REFERÊNCIAS.....	58

## INTRODUÇÃO

O STF é a mais alta cúpula do Judiciário brasileiro, e por possuir a capacidade de revisar decisões dos outros poderes, bem como, a última palavra na interpretação constitucional, a atuação jurisdicional é, no contexto atual, uma das mais relevantes atuações dentro dos poderes da república.

Dentro do modelo proposto por Barroso, que torna a atuação jurisdicional muito ampla, é imprescindível que as atenções se concentrem nesta prática, a fim de investigar se este modelo torna a atuação dos ministros confortável demais, diminuindo assim, os momentos de autocontenção e respeito à decisão produzida por outros poderes.

É preciso investigar de forma incessante uma execução de poder que não possui legitimidade popular, nem está sujeita a uma responsabilização pelo sistema democrático e de prestação de contas.

Parte-se do pressuposto que uma teoria que tenha uma previsão de funções e legitimidade tão ampla possa gerar um dano à democracia e à separação de poderes, bem como uma carência de mecanismos de controle por parte da comunidade jurídica e dos cidadãos, possibilitando uma atuação genérica e arbitrária. Por isso, o cuidado deste trabalho será investigar se há dentro desta função proposta por Barroso mecanismos efetivos de controle para que seja evitada um excesso do Poder Judiciário, lesando a democracia. É preciso investigar as legitimações dadas aos ministros e às decisões a fim de desvelar se será ou não perigoso à democracia e à tripartição de poderes um papel de tamanha flexibilidade.

O estudo a seguir será produzido em três partes. Na primeira, que será baseado nas obras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, será tratado sobre o protagonismo institucional que vem tomando o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, através da transformação do Estado Legislativo de Direito para o Estado Democrático de Direito, em que os direitos fundamentais adquirem força normativa, e que por conta desse aumento do Poder surgem atritos institucionais.

Será investigado como esta influência nos outros Poderes está tomando forma, através das funções do STF propostas por Barroso, quais sejam: *função contramajoritária, representativa e iluminista*.

E ao final do primeiro capítulo, conseqüentemente do encerramento da análise do cenário jurídico atual sob a perspectiva do Ministro Barroso, será trabalhada as influências políticas e filosóficas nas quais os magistrados são influenciados, consciente ou inconscientemente.

Indagando então, na segunda parte, os impactos democráticos e os limites da legitimação do poder constitucional, em seus aspectos de relevância no ordenamento jurídico; razão jurídica e fundamentação; realidade do tribunal; diálogo com o sistema político; a acesso das minorias, democracia no processo judicial e a relação institucional da jurisdição constitucional.

Por fim, será trabalhado na terceira parte um diagnóstico, baseado no diálogo proposto entre os autores que trabalham essa nova perspectiva constitucional. Identificando as críticas comuns ao funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Ademais, identificar quais são os desafios, no modelo atual e no modelo proposto afim de que este seja deferente ao processo democrático, enquanto garantidor dos direitos individuais das minorias em detrimento das decisões majoritárias.

## **2 CAPÍTULO – A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

### **2.1 O Pós Positivismo**

O marco filosófico do Direito Contemporâneo é o pós-positivismo, uma espécie de união dos pensamentos dominantes outrora: o Jusnaturalismo e o Positivismo. (Barroso, 2006). O jusnaturalismo, segundo Schiavon (2001), consiste em uma perspectiva do direito que pressupõem uma ordem preestabelecida, na qual o homem apenas desvela a prévia existência dessa ordem e justiça através da razão.

Já o positivismo, vê o Direito como uma ciência que deva estar apartada da moral e da política “isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto” (KELSEN, 1939).

Dessa forma, a norma jurídica, para os positivistas, não se preocupa com a justiça realizada ao caso concreto, mas com a estrutura do direito positivo em si, ou seja, se a norma – daquele sistema perfeito e científico, estava sendo aplicada ao caso concreto.

O juiz positivista deveria ser visto como mero aplicador do direito, ou boca da lei. Nunca um indivíduo que busca fazer o justo, ainda que não positivado, mas a ponta aplicadora de uma ciência previamente marcada.

Barroso, em seu artigo Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (2006), enxerga a confluência dessas duas correntes de pensamento – o Positivismo e o Jusnaturalismo - como complementares, ainda que opostas. Para ele, o pós-positivismo seria sublimação dos modelos puros em um conjunto que os una, ainda que de uma forma genérica.

Assim, o pós-positivismo pode ser visto como uma filosofia que não descarta a perspectiva clássica positivista que prega a mecânica subsunção da norma ao fato. Porém, traz consigo uma reaproximação da filosofia moral e de um senso de justiça na aplicação da lei ao caso concreto.

Em um cenário positivista, no qual, o justo sempre esteve condicionado a um processo legislativo, não a princípios morais e políticos, sem considerar se o conteúdo da lei era discriminadora ou violenta possibilitou atos graves de violação aos Direitos Humanos sob o manto da legalidade.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, países da Europa continental passaram por um importante redesenho institucional, com repercussões de curto, médio e longo prazo sobre o mundo romano-germânico em geral. O direito constitucional saiu do conflito inteiramente reconfigurado, tanto quanto ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas), quanto no tocante ao seu papel (centralidade da Constituição em lugar da lei), como, ainda, com relação aos meios e modos de interpretar e aplicar as suas normas (surgimento da nova hermenêutica constitucional). (BARROSO, 2017, p. 9).

Dessa forma, com o surgimento do *nazifascismo* surgiu a imperiosa necessidade de uma força normativa dos princípios e da Constituição, pois a visão de que tais princípios, seriam meramente indicativos, não bastaram para conter as crueldades realizadas sob o manto da legalidade. “No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidara no século XIX, surge o Estado constitucional de direito, com todas as suas implicações” (BARROSO, 2017, p. 10).

Nesse cenário, surgia uma necessidade de impor força cogente àqueles princípios que foram demonstrados como meramente ilustrativos, e na necessidade de fazê-los impostos surge uma nova *hermenêutica*, com a Constituição no centro do ordenamento jurídico.

Neste novo ordenamento, todas as normas passariam a ser analisadas sob uma ótica constitucional, isto é, dos direitos fundamentais. Agora, nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito.

Nas palavras de Barroso, “[a] constitucionalização do Direito, por sua vez, está associada a efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico Barroso” (2017, p. 10), promovendo assim, uma reaproximação do direito e da moral, do direito e da filosofia.

O Direito, agora, não era mais um sistema perfeito, em que os conflitos seriam apenas aparentes, mas um ordenamento, no qual os princípios poderiam prevalecer sobre regras e até sobre outros princípios, visto que os princípios se aplicam de uma forma volumétrica, isto é, mais ou menos, enquanto as regras de forma absoluta, tudo ou nada (FERREIRA MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo, 2019, p. 73).

## **2.2 Constitucionalização Brasileira**

De acordo com Barroso (2006) o novo constitucionalismo europeu surge no pós-guerra, enquanto que no Brasil, é a Constituição de 1988 e todo o processo de redemocratização que protagonizam esse marco histórico do novo direito constitucional.



Com isso, o protagonismo do Poder Judiciário, torna-se inevitável, pois como guardião da Constituição, todos os ramos do Direito, que agora são filtrados por ele podem ser levados a um controle de constitucionalidade.

Este efeito tinha maior reverberação no Ordenamento Jurídico brasileiro, visto que ele possui um Controle de Constitucionalidade misto, isto é, concentrado e difuso. Além de possuir também uma Constituição prolixa, e dirigente (NOVELINO, 2020) isso faz com que praticamente todos os atos da vida civil submetam-se a uma eventual judicialização.

Importante notar que a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2012).

A Constituição, antes de 88 no Brasil, possuía um caráter simbólico, sem qualquer efetividade real, funcionando, por vezes como um disfarce político, pois, por não haver qualquer mecanismo de controle, dizia-se uma diretriz progressista, mas sem qualquer efeito prático.

A partir disso, diz Barroso (2017), o percebeu-se a força que o Poder Judiciário tomaria em relação às outras instituições do Estado democrático de Direito, justamente para proteger o jogo democrático e os Direitos Fundamentais, ainda mais pela Constituição abrangente, que é a de 1988, e “como consequência deles, houve importante incremento na subjetividade judicial” (BARROSO, 2017, p. 11).

Diante deste cenário, onde o intérprete toma maior relevância, é de grande destaque a impossibilidade do legislador e do constituinte de preverem todas as possibilidades de conflitos *reais*, no qual há conflitos principiológicos - os denominados *hard cases*. Assim, transfere-se invariavelmente maior nível de interpretação para o juiz do caso concreto.

Barroso argumenta em seu artigo Razão sem Voto (2017), que o juiz colhe o fundamento normativo do sistema jurídico para fundamentar a sua decisão. Dessa forma, a decisão judicial de ser passível de uma verificação com a norma, limitando o julgador, para que este não crie um novo direito. Assim, a necessidade de colher o fundamento no Ordenamento Jurídico,

impede que o juiz se torne um legislador, mas também possibilita a decisão de problemas difíceis que possuam conflitos principiológicos.

Essa nova postura do intérprete possibilita que não haja mais uma limitação do juiz em apenas aplicar “subsunções mecânicas dos fatos às normas”, dizendo que o “juiz constitucional, não se ajusta a esse papel” (Barroso, 2017, p. 14-15) . Significa dizer que o juiz constitucional agora possui uma autonomia para solucionar casos que fujam do conflito aparente, solucionando casos de conflitos reais.

Muitos problemas no ordenamento jurídico contemporâneo, não se encontram pré-prontos em matérias legais ou constitucionais (*hard cases*), quando há, por exemplo conflitos principiológicos, como o de *liberdade x privacidade* isso faz com que o juiz possua um papel mais proativo, afim de decidir por métodos hermenêuticos contemporâneos como a ponderação, utilizando a argumentação jurídica como fundamento de legitimidade da atuação judicial.

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. [...] Vale dizer: juizes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional (Barroso, 2017, p. 15).

Esse lastro constitucional é fundamental para que o julgador não se torne um legislador, subsistindo à toda decisão uma norma constitucional, que precise de um método hermenêutico em um eventual conflito, pois o Judiciário, quando provocado é obrigado a dar uma solução, não pode haver qualquer abstenção do Poder Judiciário, haverá sempre que optar por um dos lados.

Sobre isso, Barroso (2017) questiona se existe alguma resposta correta, aplicável por todos aqueles que se debruçarem sobre o mesmo caso concreto, com foco na justiça. Para ele não há uma resposta correta universal e objetivamente, mas, sim, subjetivamente, isto é que para aquele julgador e intérprete tal solução seria a única adequada à justiça e à Constituição, devendo o julgador seguir com deveres de integridade – reservar-se aos conceitos constitucionais e precedentes judiciais, mas também deveres de coerência, seguindo aqueles mesmos critérios em futuras decisões.

Posto isso, com a argumentação jurídica agindo como pressuposto de legitimidade de uma decisão, enquanto não haja uma única resposta correta é possível exigir do intérprete constitucional uma linha de segurança jurídica, de que aquele modelo, ou instituto constitucional, sempre que em conflito seguirá a mesma ordem lógica e argumentativa.

Barroso coloca em seu artigo O Constitucionalismo Democrático No Brasil: Crônica De Um Sucesso Imprevisto (2014) três transformações no Direito Contemporâneo, são eles: *Superação do formalismo jurídico; Advento de uma cultura jurídica pós-positivista e a Ascensão do direito público e centralidade da Constituição.*

Para ele a *superação do formalismo* é a consciência de que não são todas as questões do ordenamento jurídico que possuem uma resposta pré-pronta, devendo ser construída de forma argumentativa, e que essa construção deriva não de uma justiça fixa, pré-existente, mas de interesses e filosofias daquele contexto que a questão se insere.

Por isso, o julgador não deve contentar-se com uma simples subsunção do fato à norma, isto é mera aplicação, ignorando o caso concreto. O tempo de *fiat justitia, pereat mundus*, acabou, agora o julgado considera o mundo, as consequências isso o leva a adequar a norma ao caso concreto, buscando satisfazer a justiça e os princípios guia da Constituição.

Em segundo lugar, diz Barroso, que há uma “*cultura jurídica pós-positivista*” gerando uma motivação do intérprete de buscar a solução do conflito em outras áreas do conhecimento, como na filosofia moral ou política.

Essa interdisciplinaridade é fundamental para que seja cometido menos injustiças em nome da lei. A aplicação de lei, sem considerar fatores políticos, sociais e filosóficos gera apenas aumento da desigualdade e impunidade. A função do *juiz constitucional* é justamente fazer a justiça prevista em princípios constitucionais, reaproximando-se da filosofia moral.

Por fim, a “*ascensão do direito público e a centralidade da Constituição*”, segundo ele, significa que todo o sistema infraconstitucional deve ser interpretado a partir da Constituição, seus princípios e valores.

A supracitada centralidade da Constituição é o grande marco do novo constitucionalismo. A Constituição deixa de ser um simples guia político e passa a ser norma. Uma norma que contém princípios, com força normativa, não mais servindo como intento do legislador ou uma mera sugestão hermenêutica, mas com aplicação, na qual o direito infraconstitucional é baseado e limitado.

### **2.3 Poder Normativo Dos Princípios**

As constituições antes de tal mudança não possuíam um compromisso com a realidade, apenas uma promessa política, muitas vezes sem a intenção de cumpri-la.

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se mistificação, instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. (Barroso, 2017, p. 9).

Para Barroso, em seu artigo *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática* (2012), apenas nas últimas décadas houve um engrandecimento suficiente do Poder Judiciário e dos Magistrados para que deixassem de ser apenas um setor técnico-especializado para transformar-se em um poder político, para fazer valer a Constituição e seus princípios.

Significa dizer que a CF/88 agora rege o ordenamento jurídico. Tudo está sob seu conforme, a Constituição é modelo normativo, o que não se encaixa é submetido ao controle de constitucionalidade ou validade (caso de não recepção). Diz ele (2017) que essa disfunção foi se dando de forma progressiva, a partir dos anos 2000. Como exemplo Barroso (2017, p. 9) cita a “Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual para todos, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata”.

O grande trunfo do pós-positivismo é a necessidade de fundamentar qualquer decisão, não se basta mais a mera existência, na nova hermenêutica, o argumento de autoridade é substituído pela justificação.

## 2.4 Ativismo Judicial e Judicialização

Em um primeiro momento faz-se necessária a distinção de Ativismo Judicial e Judicialização da vida. A Judicialização ocorre quando o cotidiano do cidadão, isto é, questões sociais morais e políticas são decididas pelo Poder Judiciário (Barroso, 2010).

Assim, a judicialização provoca uma retirada do protagonismo tradicional da esfera legislativa e executiva, que são os representantes do povo para questões políticas e morais. Isso se dá, devido à grande abrangência constitucional brasileira, somada ao modelo de controle de constitucionalidade misto presente no ordenamento jurídico deste país. Com isso, é muito difícil que matérias de uma mínima relevância não sejam objeto de tutela constitucional, ou seja, tutelados pelo Poder Judiciário.

Para Barroso (2010, p. 8), “a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário”. Por isso, o alargamento da função judiciária torna-se tamanha, que a vida passa a ser objeto constante das decisões dos magistrados.

O Poder Judiciário não tem a possibilidade de se omitir, sempre deve produzir uma decisão, quando confrontados com casos que conflitam princípios e desafiam as regras, produzem decisões que os aproximam das decisões políticas e morais, que outrora pertenciam aos outros poderes.

Enquanto a judicialização é consequência de um desenho institucional, o ativismo é uma opção por uma atuação proativa em relação aos outros poderes. (Barroso, 2018, p. 11). Essa diferenciação é fundamental, pois na Judicialização o juiz tem o dever de decidir, como consequência do modelo constitucional adotado no Brasil.

Importante notar que o Ativismo surge num cenário conservador da Suprema Corte do EUA é uma e foi usada, principalmente para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos de 1954 e 1969 que foi presidida por Earl Warren, e agia para conter eventuais avanços progressistas. Nesse caso, a atuação visava, manter a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente

Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937) (Barroso, 2018).

O ativismo refere-se a atuar com o intuito de concretizar os valores propostos pela Constituição, concretizar, a norma que não tem plena aplicação. Com isso, o ativismo teria seu oposto na autocontenção judicial, isto é, um caminho que o Judiciário opta por abster-se de exercer essa aplicação direta da Constituição em situação que estejam fora de sua incidência direta. (Barroso, 2010).

Nota-se, portanto que o ativismo é uma atuação proativa, que a partir da nova hermenêutica toma os valores da Constituição e os aplica em casos concretos, ainda que não seja uma norma de eficácia plena, mas princípios diretores.

Com a mudança paradigmática, o Poder Judiciário, agora compelido a atuar, procura extrair as previsões principiológicas e adequar o direito à ótica constitucional, num constante dilema entre o ativismo e a autocontenção.

Esses movimentos se dão através de três principais funções da Suprema Corte: *função contramajoritária; função representativa e a função iluminista.*

## **2.5 Função Contramajoritária**

De acordo com Barroso (2017) o Poder Judiciário exerce controle de constitucionalidade dos atos normativos ambos do Poder Legislativo em sua típica função de legislar e do executivo em sua função atípica, podendo invalidar tais atos normativos, provenientes de órgãos compostos por representantes eleitos pelo povo brasileiro, com toda sua legitimidade democrática.

“A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a proteção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”. (Barroso, 2017, p. 18). Assim, é função legítima e necessária a atuação do Judiciário nessas áreas, quando o Poder Judiciário deixa de atuar para garantir a proteção de direitos fundamentais ou regras do jogo democrático atua de forma antidemocrática, ainda que em uma postura passiva.

O dever de proteção de direitos fundamentais, contra a força majoritária através do Poder Legislativo é uma das mais importantes funções da jurisdição constitucional.

Apesar de uma aparente contradição democrática, é a mais fundamental proteção democrática, visto que, a sobrepujança de limites aos Direitos Fundamentais corroeria a própria participação de minorias, atuando como uma forma de extermínio e criminalização e exclusão dessas minorias do jogo democrático.

Há também, as próprias regras do jogo democrático, que não podem ser mudadas, alguns autores citam como cláusula pétrea implícita, pois, não há democracia se a regra do jogo for mudada, isto é, o modo de representação, o sistema de voto, veto, etc.

Isso por que, se forem mudadas as regras do jogo democrático, ainda que de forma democrática, como por 3/5 em forma de emenda constitucional, isso esvaziaria toda a vontade do constituinte, e conseqüentemente do povo, que escolheram esse tipo de sistema de governo.

## **2.6 Função Representativa**

Faz-se mister ressaltar que, conforme menciona Barroso em seu artigo razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria (2017), a postura do julgador deve ser deferente à escolha do legislador, significa dizer, que o Poder Judiciário apenas poderá intervir do espaço de atuação do legislador quando ele demonstra-se omissivo.

Ou seja, o Judiciário deve respeitar a decisão política do órgão que possui essa função como típica, principal, evitando uma atuação política para não enfraquecer a democracia. Barroso, ainda em seu artigo a razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria (2017), que a atividade política possui fragilidades inculcadas em seu poder de decisão e concretização da vontade política, tais quais disfuncionalidade, corrupção e captura por interesses privados.

Assim, quando o Poder Legislativo não conseguir produzir uma decisão, ainda que grande parte da população apoie tal tomada de decisão, pelas deficiências inerentes à atividade política, o Judiciário deverá ser proativo.

Note-se que Barroso faz a distinção para que a proatividade do Judiciário, aqui seja conforme o sentimento majoritário social. É notório que haja um desconforto geral com o cenário político brasileiro, isso se deve por muitos fatores associados à mencionada atividade política. Assim, para o autor seria cabível uma expansão do Judiciário afim de suprir a ausência de uma prerrogativa originária de um poder, para que o povo fique representado, ainda que não seja pelos representantes tradicionais.

O autor ainda argumenta que não há, necessariamente, uma crise de representatividade, isso por que, para tornar-se um congressista é necessário um elevado custo financeiro. Ou seja, a suposta representatividade, idealizada no modelo democrático pura, é debilitada, quando há um impedimento financeiro para o acesso às camadas representativas.

Assim, o representante do povo, é geralmente uma pessoa que, além de ter elevados gastos financeiros para eleger-se, ainda há elevados custos políticos para articulação de qualquer ideia representativa.

A consequência inevitável é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população. Como dito, o fenômeno é em certa medida universal. Nos Estados Unidos, cuja política interna tem visibilidade global, os desmandos do financiamento eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários deterioraram o debate público e afastaram o cidadão comum (Barroso, 2017, p. 20).

Por isso, os Magistrados, ao invés de fragilizarem o sistema representativo, podem de fato, estar contribuindo, quando este sistema se mostra ineficaz. Uma segunda razão é que os órgãos judiciais somente podem atuar por iniciativa das partes: ações judiciais não se instauram de ofício, e que juízes e tribunais não podem julgar além do que foi pedido e têm o dever de ouvir todos os interessados.

Por fim, Barroso (2017) ressalta que as decisões precisam ser motivadas para serem aceitas, assim, fugiriam de uma simples *legitimação eleitoral*, precisando de fato apresentar razões para o convencimento do receptor.

Ou seja, devemos observar a capacidade do magistrado de ser representante das vontades majoritárias como um escape aos entraves inerentes do sistema político representativo atual.



A legitimação proposta não se dá através do voto, mas de outro mecanismo - a argumentação. Nesta argumentação estaria contida a representação, uma verdadeira *legitimação discursiva*.

“Em uma legitimação discursiva: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas, por isso tem-se afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos.” Barroso, 2017 p. 22) Dessa forma, a legitimação discursiva é o principal meio de atuação democrática do Judiciário, é através da argumentação que os ministros dialogam com a sociedade civil e com a comunidade jurídica.

## 2.7 Função Iluminista

Além do papel contramajoritário e do representativo, existe uma terceira função: a iluminista, para Barroso, “alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade” (Barroso, 2018, p. 34). Assim, a função iluminista seria uma forma de fazer avançar a sociedade através da razão, independentemente do senso comum que a resista.

Iluminismo designa um abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII<sup>133</sup>. As Lumières, na França, o Enlightenment, na Inglaterra, o Iluminismo na Itália ou Aufklärung, na Alemanha, foi o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica. A razão passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. (BARROSO, 2018, p. 34).

Significa dizer, que quando não está presente a vontade majoritária da sociedade, omitida pelo Poder Legislativo (função representativa), ou não haja alguma violação positiva do legislador a direitos individuais ou às regras do jogo democrático (função contramajoritária), caberia ao Poder Judiciário em excepcionais situações exercer uma função iluminista, isto é, racional, esclarecedor, e movimentar a história para o progresso.

Barroso (2018, p. 33) diz que esta última função deve ser “exercida com grande parcimônia”, pois “trata-se de uma competência perigosa”. Para ele, deveria ser papel do STF, quando as outras fontes de poder não se mostrarem eficazes, exercer uma razão humanista que é responsável por conduzir o processo civilizatório, empurrando assim a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens.

Nessa perspectiva, o STF agiria como uma barreira assecuratória de direitos fundamentais, ainda quando a sociedade e as instituições falharam. Essa função deve ser o último recurso para evitar que atrocidades sejam cometidas contra o direito de grupos minoritários em direitos.

O processo civilizatório, não deve aceitar retrocessos significativos aos direitos fundamentais, ainda que este seja o desejo da maior parte da população, ou os meios tradicionais de produção política tenham se mostrados ineficazes.

É responsabilidade do guardião da carta magna a imposição de limites à violação da dignidade da pessoa humana e de sua liberdade. Sobre seus limites Barroso (2018) ressalta que não deve os tribunais impor valores íntimos de cada julgador, mas justamente preservar que cada indivíduo na sociedade possa exercer a sua convicção de vida e justiça, considerando os limites das convicções dos outros membros da sociedade.

O professor, coloca a questão de se a proteção de grupos minoritários – em direitos – devem estar sujeitos à votação majoritária e à pesquisa de opinião. Ele cita como exemplo histórico da Corte Americana, *Brown vs Board of Eductaion*, que é marco de um enfrentamento da Suprema Corte ao racismo, que dominava o Congresso e a opinião pública. Considerando que havia uma clara violação à 14ª Emenda.

Ainda que sob críticas de parcialidade, a Suprema Corte tomou uma decisão que a história mostrou óbvia. Ao valorizar a o procedimento acima do resultado, possibilita-se injustiças que podem oprimir minorias por décadas, como no caso em tela.

O ministro (2018) ainda faz uma seleção de decisões importantes, que hoje, sob o crivo histórico soa assustador não as ter produzido assim, ainda que tenha havido grande resistência, inclusive da ala progressista do pensamento jurídico, todas elas com natureza constitucional, com impacto em um ramo específico do Direito.

*Direito civil:* proibição da prisão por dívida no caso de depositário infiel, incorporando ao direito interno o Pacto de San Jose da Costa Rica.

*Direito penal:* declaração da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em caso de crimes hediondos e equiparáveis.

*Direito administrativo*: vedação do nepotismo nos três Poderes.

*Direito à saúde*: determinação de fornecimento de gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS em pacientes sem recursos financeiros.

*Direito à educação*: direito à educação infantil, aí incluídos o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. Dever do Poder Público de dar efetividade a esse direito.

*Direitos políticos*: proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático.

*Direitos dos trabalhadores públicos*: regulamentação, por via de mandado de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço público

*Direito dos deficientes físicos*: direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes.

*Proteção das minorias*:

*judeus*: a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluído o antissemitismo.

*negros*: validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios.

*homossexuais*: equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil.

*comunidades indígenas*: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua.

*Liberdade de pesquisa científica*: declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

*Direito das mulheres*: direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; constitucionalidade da Lei Maria da Penha

Importante ressaltar que o que legitima toda a atuação do Supremo tribunal Federal e todas as formas de decisões é a fundamentação. Sem ela não há meios para avaliar a legitimidade do órgão que produz sua decisão. Entretanto, pela tamanha relevância dada à argumentação, faz-se necessário investigá-la. Deve-se questionar seus limites, influências e métodos de hermenêutica. Para isso, é necessário compreender a influência política em um julgador e em todo o sistema judicial.

## **2.8 Fundamento e voto: Direito E Política No Brasil**

Segundo Barroso (2010) O Direito é a consequência de uma política vencedora, isto é, a vontade do constituinte é concretizada na Constituição servindo como legitimação, mas também limitação do Estado.

Assim, ao analisar o Direito, pode perceber que a Constituição seria justamente a transformação da vontade (política) em Estado (Direito). Em sua criação política e direito estão misturadas. Entretanto, em sua aplicação, é fundamental um distanciamento.

Para o ministro (2010) a legitimação argumentativa e a legitimação majoritária, isto é, direito e política devem coexistir, pois são complementares enquanto contrastantes.

É essencial destacar que a decisão fundamentada agirá em favor dos direitos fundamentais, conforme mencionado acima, através das atuações *Contramajoritárias; Representativas e Iluministas*. Assim, todos os elementos do Poder Judiciário, não obstante aparentes contradições representativas agem em prol da democracia, não o contrário.

Nesse sentido, quando o que estiver ameaçado não for Direitos Fundamentais, ou regras do jogo democrático, bem como se houver decisões dos outros poderes em suas típicas funções não caberá ao Judiciário se manifestar.

Pois, é necessário, de acordo com o autor (2010, p. 15) que o Poder Judiciário seja deferente “com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política”.

Ou seja, o Poder Judiciário não deve impor sua visão política, na frente daqueles eleitos para tal. O Judiciário deve apartar-se da política em seu máximo grau. O Judiciário deve guardar autonomia, ou ao menos uma pretensão de autonomia, conforme Barroso (2010).

Isso se dá através de dois grandes fatores. Segundo ele, seriam, a *Independência do Judiciário e a Vinculação à dogmática jurídica*.

Diz o ministro que a independência do Judiciário é um dos principais pilares das democracias contemporâneas, segundo ele, o Judiciário é uma das primeiras forças atacadas e diminuídas.

Assim, o Judiciário usa sua independência para controlar, sempre com parcimônia e através de suas funções os outros poderes. É importante lembrar que o Poder emana do povo, não do juiz, devendo haver prestação de contas à sociedade e sempre baseado na fundamentação jurídica.

Já a vinculação ao direito posto e à dogmática jurídica, serve para que os juízes não criem direito. Segundo Barroso, não lhes cabe escolher os procedimentos democráticos, nem a vontade majoritária e os valores da sociedade. Estes são seus limites claros, em que o magistrado deverá se basear para não ferir a democracia.

Essas duas forças mantêm o Judiciário como independente, mas controlado, fiscalizador, mas não totalitário. Sem elas a política - causa e o direito – consequência se fundiriam.

Há, no entanto, uma inquestionável presença dos elementos de vontade e conhecimento na interpretação do Direito (Barroso, 2010). Isso faz com que essa necessária separação fique mais fluida, e carente, para o presente trabalho de uma investigação mais profunda.

Em primeiro lugar, a linguagem dos textos jurídicos é muitas vezes aberta, requerendo uma grande parcela de interpretação para sua aplicação, como cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios. (Barroso, 2010). Dessa forma, não se deve ignorar a força da atuação de valores íntimos e influências sociais nas decisões jurídicas.

Há também, os desacordos morais razoáveis, que trazem para além do problema hermenêutico a possibilidade de pessoas bem-intencionadas e com um conhecimento técnico chegarem em posições opostas e inconciliáveis (Barroso, 2010). Com isso, pode-se observar a dificuldade de encontrar uma resposta correta para o caso concreto.

Também se somam a esses problemas as colisões de normas constitucionais (Barroso, 2010), isto é, os chamados *hard cases* no qual haverá um conflito de normas constitucionais, em que o julgador deverá demonstrar a preponderância de alguma delas no caso concreto.

Isso traz uma necessidade de analisar quais os métodos plausíveis e utilizados pelos magistrados em decidir casos difíceis, são os clássicos conflitos entre liberdade de expressão e o direito de privacidade, ou entre a liberdade de reunião e o direito de ir e vir, entre outros.

Quando confrontado com a carência normativa do *hard case* o julgador deverá encontrar elementos para a solução do problema, visto que não cabe ao Judiciário omitir-se uma vez provocado.

Assim, o juiz deverá buscar soluções externas ao direito positivo, recursos contidos na filosofia moral e política (Barroso, 2010). O autor cita três modelos principais de método hermenêutico, são eles: *pragmatismo jurídico; realismo jurídico e o modelo real*.

O pragmatismo leva em consideração as consequências práticas de uma decisão, retirando-se do debate filosófico abstrato. O realismo jurídico, por sua vez, faz uma análise crítica, cética da separação do direito com a política. É o principal movimento a quebrar a ideia de formalismo jurídico, no qual o juiz seria um interprete neutro e apolítico. Diz a teoria, que todas as decisões são essencialmente políticas, não técnicas.

Barroso (2010) ainda cita uma terceira corrente – o Modelo Real. Para o autor, o direito deve ter uma autonomia em relação à política. Entretanto, que essa autonomia é relativa. Significa dizer que há uma necessidade de fundamentação e apego à norma constitucional, portanto, ao direito. Há também, porém, uma inevitável influência dos valores pessoais e ideológicos em uma decisão.

Para Barroso (2010) “O discurso normativo e a dogmática jurídica são autônomos em relação às preferências pessoais do julgador. Por exemplo: o desejo de punir uma determinada conduta não é capaz de superar a ocorrência de prescrição”. Isto é, ainda que o autor queira condenar, em sua fundamentação deverá encontrar fundamento normativo, legal para que sua decisão seja válida. O desejo íntimo e seus valores e opiniões, posicionamentos políticos encontram limite na fundamentação jurídica.

Barroso irá reconhecer que a ideologia influencia a decisão de um juiz, mas não é o único fator determinante. Diz que, apesar de constituir uma variável relevante, existem diversos outros fatores, tais quais: a relação com outros poderes institucionais, preservação da própria Corte, perspectiva de cumprimento da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e até a opinião pública.

Note-se que esses fatores, segundo ele, podem ser conscientes ou inconscientes, mas que, todos eles influenciam influem a decisão final. Assim, as influências nas decisões de um julgador devem ser investigadas, visto que, em um ordenamento jurídico com a representatividade subjugada – em parte, por fatores de argumentação, fundamentação e razão jurídica, é imprescindível seja clareado tais fatores, bem como a condição que os julgadores, principalmente o STF ocupam no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3 CAPÍTULO - CRÍTICAS AO MODELO DE BARROSO DO STF

#### 3.1 Corte Supremocrática

A interpretação constitucional passou a ser um dos principais focos do direito. Algo que ocupava uma posição secundária para os estudiosos do Direito, hoje com um aumento da relevância constitucional, que conforme demonstrado encontra-se em praticamente todos os setores da vida, é parte fundamental dos estudos constitucionais.

Esta hiper-constitucionalização da vida é uma consequência da desconfiança do sistema democrático, não sua causa, assim afirma Oscar Vilhena Vieira (2008). O autor diagnostica a atual situação constitucional brasileira como *supremocrática*, para ele, este termo refere-se a duas características principais. A primeira, é a força do Supremo Tribunal Federal submeter o Poder Judiciário à sua vontade. A segunda, seria a expansão das atribuições do STF aos outros poderes.

Assim, observa-se uma predominância, não só do Poder Judiciário como um todo, devido à judicialização da vida, mas, mais que isso, uma predominância do próprio órgão de cúpula em relação ao Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, possui palavra final nas questões do próprio Poder Judiciário, mas também dos outros Poderes, prejudicando o modelo de *freios e contrapesos*.

A proeminência do órgão é de escala e de natureza, pois há sob sua tutela e palavra final uma enorme quantidade de temas tratados pela constituição, passíveis assim, de judicialização, visto que o Brasil, como poucos tribunais no mundo possui a prerrogativa de apreciar atos do Poder Constituinte Reformador (Oscar Vilhena Vieira 2008).

A natural conclusão deste efeito é que se retira muito a discricionariedade dos outros poderes, ferindo assim, o Poder Legislativo, esfera inicialmente escolhida para a elaboração de discussões políticas. Com isso, Poder Legislativo fica diminuído, conseqüentemente, a voz do povo também.

Outra importante característica do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é o acúmulo de funções que na maioria das democracias estão divididas em três diferentes instituições, quais sejam: tribunais constitucionais; foros judiciais especializados e tribunais recursais de última instância.

Dessa forma, fica nítida a expansão da Corte brasileira, visto que, além da natureza da constituição, que abarca diferentes temas, o Supremo é um órgão concentrado, acumulado. O que o transforma em uma espécie de revisor da maioria dos atos praticados no Brasil, ainda que por outros poderes.

O STF tem competência de julgar criminalmente algumas autoridades, transformando-se em um juízo de primeira instância. Possui também a competência de tribunal de apelação final, revisando centenas de milhares de casos já resolvidos por tribunais inferiores (VIEIRA, 2008).

A grande problemática surge na faculdade do Supremo de além de agir como uma barreira para decisões políticas de cunho inconstitucional, poder agir com força do próprio Poder Constituinte Reformador.

O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores (VIEIRA, 2008, p. 12).

Esse fato culmina em uma atuação do Supremo em poderes que possuem a anuência democrática, isto é, são eleitos e possuem mecanismo de cobrança popular ou política. O STF não possui nenhum desses mecanismos, mantendo assim maior abertura para uma violação democrática.

“O que parece claro é que o Tribunal passou a se enxergar como dotado de Poder Constituinte Reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição” (VIEIRA, 2008, p. 16).



Através da força da hermenêutica, o STF pode substituir a vontade do legislador, mesmo quando se trata de questões constitucionais. Essa prerrogativa é perigosa, e coloca em questão os próprios limites das divisões dos poderes.

Pois, se o parlamento não pode mais exercer sua competência privativa, sem que seja apreciada pelo STF, é questionável a real existência de freios e contrapesos.

### **3.2 Razão Jurídica e Fundamentação**

Inicialmente deve ser feita uma abordagem quanto à falta de clareza do texto, no que tange às fundamentações, na qual as legitimidades de cada uma das funções do STF atribuídas por Barroso são incompatíveis entre si. (ARGUELHES, 2017).

“Quando e como saber, afinal, se os ministros corretamente ignoraram o clamor popular e atuaram contramajoritariamente e quando devem ser celebrados por atender os anseios da população” (ARGUELHES, 2017, p. 83). Assim, nota-se que há uma incoerência do tribunal, nas quais as decisões devem ser independentes da política, isto é, isento da pressão política, há uma incongruência em admitir que este mesmo órgão faça a vontade do povo. Ademais, Arguelhes (2017) critica, dizendo que nenhuma instituição pode ser legitimada a ignorar o povo, mas ao mesmo tempo acolhê-lo.

Isso gera uma impossibilidade de responsabilização do poder, visto que os mecanismos tradicionais de controle do representante do povo não estão presentes, justamente pela instituição não ter sido pensada como representante do povo.

Arguelhes (2017) segue argumentando que nenhum desenho institucional deve ser amplo o suficiente para abarcar todas as tarefas possíveis. Que justamente a divisão de poderes é a constatação disso, que não se deve depender de apenas uma instituição.

Barroso supõe em sua tese que não há espaço para trabalhar com erros cometidos do Supremo, falta clareza para demonstra quando o Supremo estaria cometendo excessos, Para ele, o Congresso pode errar, acertar, omitir-se; mas o STF é um trunfo, no qual é impassível de erros, defende os direitos fundamentais de minorias contra maiorias, mas também representa esta maioria sem possibilidade de ser corrompido pelo processo político, e ainda pode atuar como “vanguarda iluminista, pois, identifica de antemão as necessidades morais e sociais que devem ser lideradas, não obstante o congresso, ou a própria população ainda não ter decidido sobre este tema.” (ARGUELHES, 2017)

Assim observa-se a complexidade da possibilidade de uma instituição promover através de muitas frentes atribuições. Ainda que sejam progressistas, simplesmente o ordenamento jurídico brasileiro não prevê limitações a esses entes. Não há mecanismos de controle, para os eventuais excessos e erros do Judiciário.

Arguelhes sugere que o próprio jogo político pode ter uma ação contramajoritária. Por exemplo quando o constituinte originário exige uma supermaioria para aprovar uma PEC, e a PEC não consegue aprovação, pode-se dizer que o congresso cumpriu seu papel contramajoritário de defesa dos direitos da minoria. O autor questiona, por que em algumas ocasiões a falta de consenso para produzir uma decisão seria uma falha do Congresso, e em outra ocasião (que evitasse uma decisão supressora de um direito individual, por exemplo) seria um acerto deste mesmo órgão.

Diante disso, é claro que a atuação do Supremo diante de omissão do Poder Legislativo pode representar uma usurpação de poder. Ou seja, não é apenas na ação do congresso que o Supremo deve demonstrar-se deferente. Há em seus entraves políticos também uma ação contramajoritária.

Barroso acerta ao tratar os erros e a fragilidade do congresso. Entretanto, idealiza a atuação dos magistrados. Para ele é latente a captura de interesses privados na atuação do parlamento, mas falha ao desconsiderar esses riscos aos ministros, por exemplo quando um ministro mantém um processo sob vista por tempo indeterminado. (ARGUELHES, 2017).

O principal problema, entretanto, se encontra na falta de clareza e objetividade de Barroso em conceituar qual ação seria legítima ou ilegítima. Se quando o tribunal decide de forma majoritária está representando a população ou não, Barroso não deixa isso claro (ARGUELHES, 2017).

Deve haver critérios para uma decisão, afim de saber se o julgador pode ir a favor da opinião majoritária (enquanto representativo), mas também contra (função contramajoritária) para defender interesses de minorias, e ainda atuar de forma iluminista que não está contido em nenhum dos padrões, fica extremamente prejudicada qualquer fiscalização de excessos, pois poderá em sua fundamentação alegar qualquer um dos mecanismos.

Não fica claro se o ministro deve argumentar para convencer a sociedade ainda que ela não concorde, ou se deverá conseguir sua aprovação – no segundo caso, o Poder Judiciário estaria condenado a fazer concessões para que seja acolhido. E ainda, qual o limite da representação argumentativa para que seja absorvida pela sociedade. Parece assim que os excessos do juiz se mantêm obscuros (ARGUELHES, 2017).

Barroso também peca em explicitar quais situações a atuação contramajoritária seria cabível e justificada. Para evitar que o Judiciário tenha sempre a última palavra sem qualquer prestação de contas ou mecanismo de invalidação da revisão judicial (ARGUELHES, 2017).

É evidente pois, que não será toda questão que pode ser objeto de ação contramajoritárias, quais são seus limites é a resposta que Barroso falha em esclarecer. Com isso, o Poder o fica ilimitado, e sem esta função precípua que é a função exclusiva do Legislativo todo o parlamento perde sentido de existir.

### **3.3 Limites da Legitimação**

Esse modelo de legitimação, no qual tudo é justificado, e não é claro quais os limites de cada uma das legitimações e justificativas de poder fragiliza dinâmica dos Poderes, portanto,

influencia os processos decisórios e é inclusive incompatível com a democracia deliberativa (LEAL, 2017).

Aqui falta uma construção lógica que explicita a legitimação de cada ação específica do Tribunal Constitucional, deve-se questionar, por exemplo, com qual base pode o Tribunal alegar estar agindo de forma representativa, ou ainda iluminista ou contramajoritário. Não existe uma clara distinção dos modelos, ou ainda, um método que guie qual atuação será a mais adequada.

Há por isso, uma preocupação quanto a qualidade da decisão, Barroso fundamenta-se muito na racionalidade do ser humano, considerando-a sempre mais capaz, pelo menos mais capaz que a dos legisladores.

A jurisdição constitucional pode ser dividida em dois sentidos: a primeira Constituição como um compromisso, na qual retira-se a deliberação de algumas matérias no curto prazo, evitando que paixões políticas cause graves consequências ao ordenamento, assim a Constituição é um limite pré-estabelecido, levando em conta a limitação da racionalidade do ser humano para adotar sempre a melhor decisão. Em contrapartida, a segunda considera as decisões dos órgãos jurisdicionais dotadas de qualidade para superar decisões majoritárias (LEAL, 2017).

Com isso, nota-se que a premissa difere para os dois tipos de jurisdição, a primeira, desconfiada da capacidade de decisões perfeitas, limita o legislador, buscando uma maior estabilidade do constituinte reformador. Por outro lado, a segunda corrente se alinha à concepção de uma grande capacidade do julgador de compreender o melhor a fazer no caso concreto. Muda-se então a perspectiva de uma limitação à racionalidade para um incentivo dela.

Nesta forma de legitimação encontra-se desafios, visto que, comumente estão presentes na Constituição expressões de múltiplas interpretações que podem ser solucionados de forma diversa e, por vezes até contraditória (LEAL, 2017).

Encontrar este argumento e o método de racionalidade usada é uma preocupação que deve ser levada a sério, ou seja, deve-se determinar, para que não duvide dos excessos quais são os momentos e quais os procedimentos adequados para utilizar o raciocínio representativo contramajoritário e iluminista, isso é perigoso pois pode enfraquecer a autoridade do Tribunal, que não é consistente e possui qualquer justificativa para qualquer decisão.

Barroso, nitidamente adota a segunda corrente, qual seja, a de encontrar no intérprete o mais capaz de encontrar a solução do caso concreto, exaltando a racionalidade, não limitando-a. Ele adota como métodos a ponderação e a teoria da argumentação jurídica. Para ele a racionalidade é o fio condutor, legitimador de todas as atuações, sejam elas majoritárias ou representativas. Fernando Leal (2017) vai dividir esta racionalidade usada por Barroso em três tipos: *substantiva; discursiva e instrumental*.

O autor dentro da racionalidade *substantiva* destaca a necessidade de uma legitimação (argumentativa) democrática está relacionada à possibilidade de que as respostas encontrem suporte real e concreto no texto constitucional, ou seja, não deve ser apenas uma menção abstrata ao texto (LEAL, 2017).

Para adotar o método de qualidade (*substantivo*) no método de legitimação pela racionalidade é preciso, pressupor confiança no método decisório. Barroso, entretanto, apesar de elencar como método a necessidade de recondução para um elemento do ordenamento jurídico, não o faz suficientemente claro, pois tal recondução, argumenta Fernando Leal, deve ser forte, ou seja, não será meras referências a intenções constitucionais, mas ao texto propriamente dito.

O intuito é que haja um mínimo de *previsibilidade* nas respostas. Para isso, Fernando Leal (2017) sugere cinco fatores de referência “(i) filtrassem os fatores relevantes para a justificação de decisões, (ii) tentassem definir o peso de cada um deles na argumentação (iii) fossem minimamente aderentes à prática decisória consolidada do Tribunal, e por fim, (iv)

incluíssem a observância de roteiros argumentativos institucionalizados e (v) o respeito aos precedentes.

Assim, cria-se mecanismos de aferição em um modelo que prevê ilimitadas possibilidades de justificação de uma decisão. Esses filtros servem para ajudar a clarear quais seriam os argumentos relevantes dentro de uma ponderação, por exemplo. Também a fidelidade à jurisprudência consolidada, pois, a segurança jurídica em encarar a decisão da Corte, como algo que não voltará a ser mudado, com excepcionais reservas, é de extrema importância para a manutenção do prestígio da Corte. Por fim, um roteiro a ser seguido, visto que, a capacidade de medir um voto e seus excessos é algo de grande necessidade em um modelo tão amplo.

O que se busca com esses ajustes seria uma redução da indeterminação da decisão judicial e do *judicial review*, um método mais condizente com a democracia e, por conseguinte com o mecanismo de freios e contrapesos. Dessa maneira, Respeitando a vontade do constituinte, qual seja, a de não considerar um Poder como hegemônico, reconhecendo a falibilidade das instituições.

Este modelo de legitimação, diz Fernando Leal (2017), é dependente de métodos e teorias da decisão. Entretanto, não se pode ignorar que há limitações epistêmicas pelos seus aplicadores, como por exemplo a de uma tentação em transformar todos os conflitos jurídicos em questões constitucionais, assim abrindo azo à flexibilidade argumentativa, ou ainda, sempre que houver um conflito de estatura constitucional, buscar envolver recursos de outras áreas do saber, tais quais filosofia moral, econômica, política, social etc.

Assim, deve-se, não obstante reconhecer que este modelo é necessário em algumas situações, marcar que não são todos os momentos que deverão ser utilizados, nem aberto para análise moral ou do espírito da sociedade em todos os conflitos legais ou constitucionais, deve sim, ser utilizado com cautela e deferência.

O segundo argumento de Barroso (racionalidade discursiva), de acordo com Fernando Leal (2017), baseia-se no diálogo institucional da jurisdição constitucional realizada entre juízes e legisladores. Este modelo propõe que o Tribunal Constitucional sugeriria através de decisões mensagens que seriam acatadas pelo legislador.

Aqui, no entanto, Fernando Leal, argumenta que para haver tal diálogo institucional deveria haver uma igualdade dos participantes do diálogo, bem como uma abertura a ser convencido pela melhor argumentação. Deve ser ressaltado aqui que a igualdade de partes é de difícil execução, visto que, de acordo com Barroso (2017, p. 57) o Supremo é o detentor da última palavra no que tange à interpretação constitucional. Portanto, o STF já está em uma posição superior em relação ao Congresso, o que atrapalha de forma inerente o debate justo e amplo.

O argumento de diálogo constitucional fica fragilizado, devido à desproporcionalidade da posição dos poderes. Em um diálogo, sem que haja uma possibilidade de efetivamente dialogar e discordar, adotando assim o melhor argumento, é um diálogo simbólico, não existe efetivamente.

Por esse motivo, seria inconsistente pressupor que as decisões de um tribunal são mensagens encaminhadas para o legislativo que esperam reações e novos argumentos até a fixação da melhor resposta constitucional, por qualquer uma das instituições, para um determinado problema. Na verdade, à luz daqueles elementos, uma decisão direcionada ao Legislativo é um comando que espera a adesão, voluntária ou não, exatamente por que ergue a pretensão de ser a melhor leitura constitucional para a questão levada à Corte (Fernando Leal, 2017, p. 128).

Não há um espaço para diálogo pois a decisão da Corte assume-se como a melhor interpretação daquele conflito. Cabe à Corte apenas acatar a decisão comandada, não há mecanismos para que o Congresso seja efetivo em estabelecer uma decisão dialógica.

Seriam, sob uma análise mais crítica ações unilaterais, não construídas através de um debate institucional, visto que, qualquer interpretação da Constituição estaria sob o crivo de aprovação do Supremo Tribunal Federal, (Fernando Leal, 2017), isso porque, conforme

mencionado, o STF possui o monopólio interpretativo, sempre poderá anular uma interpretação, conforme a sua leitura da Constituição.

Ainda, sobre a predisposição das partes a serem persuadidas, também encontra seus problemas e dificuldades. Essa condição pressupõe quem o legislativo e o Judiciário estão na mesma busca constitucional, abertos a mudança de opinião e visão confiando na racionalidade da decisão do emissor (LEAL, 2017).

Por fim, neste modelo de fundamentação é nítido um descolamento da crítica feita pelo próprio Barroso ao funcionamento do Congresso, isto é, as inerentes problemáticas de um jogo político, captura e impasses partidários impossibilitam, por ora, um debate pleno e verdadeiro.

A terceira legitimação do Barroso “parece abandonar tanto a concepção de racionalidade substantiva por trás do argumento de qualidade da fundamentação das decisões do Tribunal Constitucional como a concepção de racionalidade discursiva subjacente ao argumento do diálogo constitucional” (Fernando Leal 2017, p. 132). Assim o autor elenca a concepção *instrumental* de racionalidade do terceiro argumento de legitimação de Barroso.

Aqui, a decisão constitucional é meio para um fim específico. É a concretização de bens social e constitucionalmente relevantes. É a racionalidade evocada para sustentar o *papel representativo* do STF. Leal ainda cita que é utilizada para evitar problemas relacionados à legitimação de decisões que geralmente são tomadas por órgãos eleitos, para órgãos não eleitos, se há uma real finalidade de buscar o fim ou um bem social, pelas Cortes, neutraliza-se essa argumentação de ilegitimidade (LEAL, 2017).

Dessa maneira, esse tipo de argumentação é a busca de transformar o STF em um receptáculo de vontade social, mas mais ainda um concretizador de bem, mesmo que não eleito. Retirando da pauta agora aquela preocupação inicial de defesa dos direitos como hermenêutica, passando para um papel mais ativo de concretizador de medidas sociais.



Leal (2017, p. 134) ainda prossegue: “a legitimidade orientada para a realização de fins tende a diminuir a importância da fundamentação das decisões.” E “o que define o que serve bem ao país” o Supremo seria o responsável por aferir a proporcionalidade das suas próprias escolhas.

Aqui é evidente a ausência de categorização de todas as diversas racionalidades que Barroso usa para legitimar seu argumento, que não necessariamente são coesas umas com as outras. Para que haja uma crítica sistematizada, deve haver uma clareza no processo lógico de criação de cada uma delas.

Fernando conclui dizendo que as decisões são voláteis politicamente, que “dependendo do momento institucional e dos interesses da Corte, pode justificar tanto posturas ativistas quanto de autocontenção; atuações representativas e contramajoritárias” .

### **3.4 Limites e Clareza Teórica**

Um dos grandes problemas do excesso de decisão de uma Corte constitucional que politize demais as questões judiciais ou um ativismo excessivo é uma descrença da instituição, gerando um enfraquecimento do Poder Judiciário. De acordo com Marcelo Figueiredo (2017), isso se deu diversas vezes na América Latina, em que as constantes intervenções no Executivo e Legislativo sofreu reação prejudicial ao Judiciário.

Assim observa-se que, porquanto seja natural o processo em alguma escala de politização do Judiciário, este deve ser exercido com grande cautela, para que não haja reações a níveis institucionais diminuindo o poder da Corte e tornando-a ineficaz e incapaz.

Figueiredo (2017) cita como exemplo de reações institucionais contra a Suprema Corte a Argentina, de Carlos Mene, em que foi aumentado o número de juízes da Suprema Corte como

mecanismo de alinhar a maioria à ideologia dominante governista. No Peru, a Corte constitucional foi fechada, em uma reação causada por decisões contra pensionamentos políticos do governo. Na Venezuela Hugo Chaves forçou a resignação da presidente da Corte para que chegasse a uma maioria. “Basta dizer que muitas vezes sob as vestes do ativismo judicial pode existir um perigo ao ideal e à prática democrática em determinada realidade política e institucional” (FIGUEIREDO, 2017, p. 464).

Assim é preciso cuidar que um Tribunal Constitucional não se torne de tamanha magnitude e com conceitos tão amplos a ponto de abarcarem tudo e enfraquecer a democracia. Nesse sentido prossegue Figueiredo (2017):

O juízo de inconstitucionalidade deve vir acompanhado, como sabemos, de uma sólida argumentação racional e fundamentada a fim de convencer (no sentido técnico\_ não só a toda a comunidade jurídica e toda a sociedade atingida pela decisão, mas sobretudo, a prestigiar o princípio e unidade da Constituição

É, pois, necessário que todas as decisões sejam cuidadosamente racionalizadas e construídas baseadas em pilares jurídicos sólidos, diminuindo o risco que tais decisões violem a tripartição de poderes, bem como, que não haja uma precarização do modelo democrático em si, ou seja, que os outros poderes continuem respeitando e acatando decisões da Corte. Afinal se tal equilíbrio for perdido é grande o risco que o Tribunal Constitucional se torne um Tribunal chapa branca, ou seja, apenas um espaço para reafirmar decisões majoritárias.

Como demonstrado, em diversos autores a propositura de Barroso deixa o STF em uma postura confortável demais, em que suas múltiplas capacidades de legitimação levam a uma justificação de qualquer postura do STF, o que sem dúvidas é perigoso.

Rubens Glezer (2017) também questiona a clareza metodológica de Barroso, para ele esta falta de clareza pode impedir que os argumentos sejam questionados. Rubens segue em afirmar que sua identificação da metodologia de Barroso difere da declarada pelo próprio Barroso, Barroso irá declarar-se um pós positivista – ou na nomenclatura de Glezer um *antipositivista* - e irá esclarecer seu ponto a partir disso.

No entanto, Rubens Glezer (2017) afirma que Barroso é, na verdade, um positivista, isso por que, usa uma perspectiva de casos fáceis e difíceis, no qual certos casos são solucionáveis por uma subsunção entre regra ou princípio ao caso concreto.

Assim, podemos notar mais uma vez que a crítica a Barroso se dá na falta de clareza em adotar seus fatores de legitimação e, no caso em tela, corrente filosófica. Isso prejudica o debate, levando em conta a magnitude da obra e da referência que coloca o STF nesse sistema. “passa a ser crucial para o argumento [...] determinar quais critérios devem balizar o interprete nessas ocasiões [...] o fato de Luís Roberto Barroso ser positivista não determina sua proposta decisória, mas elimina algumas opções, em especial a interpretativa” (GLEZER, 2017, P. 141).

Com isso, a categorização do Barroso em uma certa escola – principalmente sendo diferente da que o próprio autor declara faz surgir consequências que o autor não abordou em seu trabalho como um todo.

De acordo com Glezer (2017) a tese da discricionariedade judicial é diametralmente oposta à hermenêutica pós-positivista, segundo o autor, a tese da discricionariedade judicial é uma espécie de positivismo, em especial o positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz. Nesta proposição o juiz deve ser guiado, não pelas normas nem pelo raciocínio jurídico com um todo, mas pelo raciocínio político

Entretanto, Barroso conjuga a ideia de discricionariedade judicial com a de dever de integridade e coerência, ideia esta diretamente relacionada ao pós positivismo, especialmente a corrente de Dworkin.

Ademais, tal tese descrita supra é dependente de uma outra –que não obstante não é adotada por Barroso: a tese da resposta correta. Assim, é importante notar que “na medida em que Barroso rejeita a tese da resposta correta não como sustentar que juízes possuem um dever de integridade judicial na atividade discricionária” (GLEZER, 2017).

*Não há discricionariedade na interpretação judicial*, assim é uma tarefa impossível associar esses dois institutos. A integridade no processo interpretativo está ligada à resposta correta. “O problema com o texto de Barroso é que ele não permite identificar justamente quais são seus efeitos pressupostos e, portanto, compreender adequadamente a natureza e extensão de seu argumento sobre o papel do STF” (GLEZER, 2017 p. 145), Além das duas correntes adotadas, Barroso ainda busca um terceiro tipo, a de que a legitimidade está atrelada à capacidade do julgador em convencer o receptor da superioridade da sua interpretação.

De acordo com o autor “nos casos de discricionariedade judicial, o interprete deve visar alcançar o melhor resultado prático moral, ainda que isso signifique ir contra o que estabelece o direito” (GLEZER, 2017 p. 145)

Assim, é importante distinguir qual corrente seria coerente para uma fundamentação das decisões visto que o conceito usado de discricionariedade judicial não está adstrito a nenhum texto constitucional, prejudicando assim a clareza metodológica proposta.

Em um cenário de julgamento de casos sem solução pré-pronta caberia “à população apenas esperar que esses casos sejam julgados por uma maioria de ministros mais politicamente favorável a seus interesses ou, possivelmente, tentar convencer os ministros a seu favor por todos meios lícitamente possíveis (GLEZER, 2017, p. 162).

O propósito de todo esse questionamento e escrutínio é colocar em teste uma tese que atua com a pretensão de agir em todas as possíveis soluções. Portanto, A importância desta clareza metodológica é de não fragilizar o judicial review, ou seja, deve haver consistência em seus argumentos. Não obstante não haja o espaço para investigar todos pontos filosóficos da propositura do Barroso, não se faz menos importante relatar autores que apontam inconsistências teóricas, afinal, uma teoria que coloca o STF em uma posição de tamanho conforto deve ser aberta e revisitada sob múltiplos pontos de vista.

### 3.5 Inclusão Dos Minoritários e Legitimação Democrática

Levando em conta o aumento da legitimação do STF pela representação popular e a problemática que isso carrega, conforme apresentado. Será tratado nesta seção do trabalho, a real participação e legitimidade democrática que isso de fato possui na prática do Supremo Tribunal Federal. De acordo com Dimoulis e Lunardi (2017) há um conflito entre atividades políticas e democráticas e regras do processo judicial, isso é algo que traz um conflito de difícil solução para o atual modelo, ou seja, a regra democrática segue um padrão de aprovação e conquistas que não é compatível com o sistema judicial, que usa como diretriz a tecnicidade e a adesão ao texto constitucional.

O controle abstrato de constitucionalidade não é de natureza legislativa, assim não pode ser considerado político, sempre deve possuir uma natureza judicial. A constituição é um documento político, mas com validade e efeitos jurídicos, assim é imprescindível que o guardião constitucional atue com as características do processo judicial, não democrático (político) (DIMOULIS e LUNARDI, 2017).

Dessa forma, é importante investigar como um órgão que não foi desenhado, através da separação de poderes pode atuar (ou declarar-se) como um representante do povo ou ainda um órgão de atuação democrática ou *representativo*.

O controle de constitucionalidade atua em prol da democracia quando tutela direitos fundamentais, por exemplo, entretanto, cabe ao juiz basear-se na constituição, motivando juridicamente sua intervenção e controle. Quando isso não é feito, e em seu lugar é usado como parâmetro teorias jusnaturalistas, moralistas, sociológicas, políticas, entre outras. O controle não está derivado da constituição. Com isso, o órgão que faz controle constitucional a outras instituições, não está seguindo a própria disposição constitucional.

Aqui é importante notar que o STF deverá sempre apresentar uma fundamentação constitucional para intervir em face de um controle constitucional, o Tribunal Constitucional

deve remeter-se sempre ao ordenamento jurídico, pois, se não o faz, viola o próprio instrumento que alega defender.

É consenso democrático que as leis são e devem continuar sendo produzidas pelo Poder Legislativo, que atua como representante popular, assim, o Poder Judiciário deve atuar como aplicador deste direito posto, conforme consta no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático (Brasil, 1988)” (DIMOULIS e LUNARDI, 2017).

Assim, o atuante em nome do povo não deve ser o Judiciário, mas o Legislativo, em face de cumprir fielmente a constituição federal o Poder Judiciário deve ser deferente para com a postura do legislativo, mesmo que, em algumas ocasiões isso signifique uma não decisão, pois isso é parte do processo deliberativo político, algo que uma instituição como o STF não tem prerrogativa ou legitimidade.

Os autores, em face de uma sugestão procedimentalista da atuação do Judiciário, isto é, uma maior inclusão para uma legitimação democrática, de pronto rejeitam tal conceito, para eles, a justiça constitucional é uma instituição inerentemente elitista, e não levará em conta as classes populares, quando comparado aos poderes tradicionais. Outra questão é o acesso, que é muito limitado em ações direta, e em controle abstrato é de elevado custo financeiro e temporal. O terceiro e último fator é a preferência por tutelar a liberdade em detrimento da igualdade pelos tribunais constitucionais, funcionando como uma mantenedor os interesses dominantes, não dos marginalizados (DIMOULIS e LUNARDI, 2017).

Por esse motivo, a única maneira de legitimar verdadeiramente o Tribunal Constitucional é o retorno ao seu papel como guardião constitucional preso à interpretação objetiva da constituição fundamentado e com clareza em seus argumentos (DIMOULIS e LUNARDI, 2017).

Com isso, é evidente o diagnóstico no qual uma Corte como representativa da sociedade encontra diversos óbices, porquanto, não foi realizado um desenho institucional que compreendesse tal função para o Poder Judiciário. Assim, sugere os autores que haja um retorno ao modelo planejado de representatividade, e que isso saia da esfera do Judiciário.

Além disso, há também outros problemas na atuação do Judiciário, o que os autores irão denominar de “tendência passivista do STF”. Eles afirmam que apesar de uma maioria considerar o processo ativista em dois sentidos *ativismo quantitativo* e um *qualitativo*, isto é, aquele é sobre a intensidade de atuação no legislativo, porquanto este trata sobre a atuação como legislador, sob o argumento da interpretação ou lacunas no ordenamento jurídico. Eles se opõem a isso, pois, segundo Dimoulis e Lunardi (2017, p. 207) “o STF é passivista no sentido quantitativo e que os casos nos quais se mostra ativista no sentido qualitativo, ao expandir seus poderes decisórios atua de maneira pouco coerente, gerando a impressão de uma *ativismo arbitrário*”.

Com isso, abstrai-se que o problema se centra mais na arbitrariedade da intervenção, que na própria intervenção, como vem sendo demonstrado neste segundo capítulo, a falta de clareza e métodos referenciais para o ativismo parece ser o principal problema na sua atuação. Não é provido meios de controle que possam servir como um termômetro de um eventual ativismo judicial. Nas palavras dos autores, “não pode ter rigor metodológico e potencial probatório se não forem desenvolvidos critérios claros que permitam *medir* o ativismo como tendência concreta e não o tratar como ideia vaga” (Dimoulis e Lunardi, 2017, p. 208).

Através disso, argumentam, que será possível controlar de forma metodológica o ativismo em algum tribunal específico, se houver ao menos previsões do que é ativismo, quando deve ser aplicado ou não. A grande prejudicialidade se encontra quando à população e aos juristas cabe apenas um papel passivo de paciente, esperando saber se o Ministro que proferirá a decisão será contramajoritário deferente, representativo ou iluminista.

O Tribunal é, entretanto, passivista, quando deixa de decidir quando atrasa por anos ou décadas decisões de mérito, fazendo com que prevaleça a escolha política do Legislativo e do

Executivo, não por um processo de deferência, mas por uma inércia, no qual “julgamentos importantes são postergados, retirados de pauta ou suspensos em razão de pedidos de vista.” (DIMOULIS e LUNARDI, 2017, p. 210.), os autores prosseguem citando uma lista das “decisões de não decidir”

-A lei de anistia política de 1979, cuja invalidade já foi declarada pela Corte interamericana de direitos humanos contrariando decisão do Supremo. O julgamento sobre esse conflito está pendente desde 2011

-Os planos econômicos que importaram em confiscos, com centenas de milhares de processos suspensos há anos e elevadíssimos valores em discussão, sendo o primeiro recurso perante os STF protocolado em 2008

-O financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. A questão encontra-se no centro do debate político dos últimos anos, sendo apontada como principal forma de criar redes de corrupção. A ADIn foi protocolada em 2011, e pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, feito em 2014, impede a conclusão do julgamento.

-O questionamento da Lei nº 12.374 de 2013 que modificou a regra para distribuição dos royalties do petróleo entre estados e municípios.

-O questionamento do código florestal de 2013 em seus dispositivos considerados lesivos ao meio ambiente em nome da tutela de interesses financeiros de empresas. (DIMOULIS e LUNARDI 2017, p. 210- 211).

Aqui é nítida a influência de uma despreocupação com fatores metodológicos de saber quando há ou não ativismo de uma Corte, a falta de um controle ou requisitos objetivos que devam ser cumpridos gera uma grande incerteza, por conseguinte, abusos que podem ser cometidos.

Uma outra observação muito pertinente trata-se sobre o oportunismo em algumas matérias de decidir ativamente ou não, referido pelo autor como *ativismo arbitrário*, na qual decisões de grande relevância política são decididas sem uma fundamentação aprofundada, por vezes de forma monocrática e ainda o Tribunal como um todo não se demonstra capaz ou ainda, com vontade de passar a matéria pelo plenário. Os autores citam como caso mais expressivo a decisão sobre a Emenda Constitucional nº 73 que criou quatro tribunais, mas foi concedida uma liminar monocrática pelo ministro Joaquim Barbosa (que já havia manifestado inconformismo pela decisão do Parlamento), a decisão foi proferida em 2013 e até hoje está suspensa – uma decisão do Poder Constituinte – pela de um único ministro.



Nota-se pela exposição um grave desbalanceamento nas funções da Corte constitucional, a revisão de emendas constitucionais, isto é, o Poder Judiciário revisão a mais precípua e exclusiva função do Legislativo é algo já questionável, quando é feita por um único ministro torna-se clara os problemas enfrentados pela tripartição de poderes.

### **3.6 Democracia e Representatividade**

Quando, na democracia, as decisões são realizadas por entes não eleitos os mecanismos de acesso devem ser claros e inclusivos. Aqui Häberle (1997 p. 253), especialmente em seu conceito de sociedade aberta de interpretes da constituição, na qual explora que a Carta Maior deve abarcar a participação interpretativa, não só os detentores de poder, e que possuiriam naturalmente o acesso aos mecanismos de interpretação constitucionais, mas deveriam abarcar toda a sociedade, todos os cidadãos, pois estes vivenciam a realidade constitucional em seu dia a dia. Segundo ele “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática” (HÄBERLE 1997 p. 15).

Devemos compreender essa propositura como uma tentativa de legitimar um poder excludente a ser mais receptivo e compatível com a noção democrática do poder. O Judiciário quando isolado tende a manter-se elitista e basear sua decisão como se fossem superiores intelectualmente, tais quais os reis-filósofos platônicos (PLATO, 1974)

Torna-se então uma questão de como introduzir a voz dos marginalizados no processo de jurisdição constitucional, evitando que haja apenas uma classe interpretando a constituição, e mais grave, possuindo a palavra final em tudo que está relacionado à sua interpretação.

Alexy sustenta que a representação argumentativa se completa quando a sociedade o aceita como instancia legitimada para realizar a racionalização do processo político dentro das Cortes Constitucionais. Portanto, o Tribunal Constitucional deve obter adesão da coletividade (ALEXY, 1999, p. 255)

Com isso, Binenbojm (2017) diz que a representação política está inexoravelmente ligada a mandatos livres, pois aí haveria uma *accountability* democrática, isto é, deve haver capacidade de responsabilização, ou cobrança da população para uma atitude tomada em nome do povo.

Se não há maneira do povo de demonstrar que foi mal representado, ou então, punir, através da não reeleição, por exemplo, não há representação. A capacidade de cobrança está intimamente ligada à representação, visto que, sem ela não representa, apenas deduz uma vontade (que pode ou não ser verdadeira), já que não há mecanismos para aprovar ou reprová-la tal ação. Nas palavras de Binenbojm, “os juízes não devem sua investidora à escolha popular e são vitalícios, não estando, portanto, sujeitos aos mecanismos temporários de responsabilização política”.

Segundo o autor, há um risco de que tal legitimação *a priori* enfraqueça a necessidade de fundamentação jurídica, baseada em textos constitucionais e lógica sistemática e torne a participação de agentes exógenos em sua formulação, mais graves, ou seja, utilizando elementos fora do texto jurídico, buscando sempre um recurso moral e político. Fazendo com que isso usurpe o poder conferido aos legítimos representantes do povo (BINENBOJM, 2017).

Com isso, nota-se que simplesmente assumir que o STF possui uma legitimidade de agir em nome da população é de grande perigo, pois se é sempre assumido uma legitimidade de tamanha relevância as outras podem diminuir-se, ficando ainda mais difícil o processo de responsabilização e controle de suas decisões, bem como violaria a separação de poderes, no qual prevê a representatividade, ao menos de forma substantiva e constante ao Poder Legislativo.

Há ainda o perigo de uma politização do Tribunal Constitucional, nos quais os tribunais buscariam um apoio popular, pesquisas de opinião, ou críticas midiáticas, isso fragilizaria em grande parte seu papel contramajoritário (BINENBOJM, 2017).

Por isso, a função contramajoritária e a representativa devem ser tratadas com muita cautela, Ademias a função representativa não deve nunca ser uma legitimação *ab initio* do tribunal, devendo ser demonstrada *in casu*, através de padrões concretizados e claros. A obscuridade em tratar uma instituição.

Ademais, o acesso ao STF continua, mesmo após 1988 seletivo. Houve uma significativa abertura após o texto constitucional, com a inclusão de outras entidades, visto que antes da CF/88 era apenas legitimado a entrar com pedidos na jurisdição constitucional era apenas o Procurador Geral da República. Após a mudança constitucional, foi ampliado o rol de legitimados, conforme o texto do art. 103, CF/88.

**Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (Brasil, 1988)

Daniel Sarmiento, entretanto, diz ser uma abertura ainda pequena e seletiva, para ele, os privilegiados são os interesses estatais, corporativos e econômicos, e excluem grupos marginalizados e vulneráveis, ou que representem outras classes como de gênero, étnico, classe social, sexualidade, etc.

Note-se aqui, que, apesar da abertura de rol de legitimados, os ora legitimados não compreendem a parcela oprimida da população, esta continua excluída, sem poder movimentar a jurisdição constitucional, propondo ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, por exemplo. Assim, mesmo que tenha havido uma abertura, essa abertura não foi significativa a ponto de melhorar a proteção dos direitos humanos de forma substancial, priorizando os grupos que representam interesses corporativos e econômicos, não interesse relacionados a direitos fundamentais, que é o principal propósito de tal jurisdição.

Sarmiento (2017) sustenta que uma possível forma de mudar este cenário é através de uma leitura mais ampla do inciso IX do art. 103. Atualmente, este inciso engloba apenas entidades de classe econômicas ou profissionais, entretanto, deveria ser interpretada de forma a englobar grupos como de mulheres, étnicos, sem-terra, sem teto, minorias religiosas, etc.

Quando o artigo menciona entidade de classe de âmbito nacional, mas possui uma visão restrita de tal previsão, apenas mantém um isolamento da Corte Constitucional que não é proveitoso a grande parte da população. Ao contrário, deveria considerar os grupos oprimidos como principais titulares de tal prerrogativa, visto serem mais comumente vítimas de retiradas de direitos.

Para Alexy (2007) a legitimação está na adesão racional da população, na qual o juiz convence a partir de argumentos pautados na constituição. No entanto, Sarmiento (2017) encontra essa solução insuficiente, para ele não deve se considerar o cidadão como um mero receptor, ou destinatário passivo das decisões emitidas pelo Tribunal Constitucional, mas um agente, com voz ativa no processo judicial.

Com isso, o cidadão – que vivencia a constituição no dia-a-dia é convidado a participar de decisões que vão afetar diretamente a sua vida. Isso é realizável através de mecanismos que possibilitem sua participação, por meio de uma leitura mais ampla do art. 103, IX, ou seja, nas situações em que sua classe (agora em sentido amplo) for objeto de discussão ou decisão da Corte Constitucional, esses indivíduos devem ser convidados a participar dessa deliberação, ou mesmo, em alguns casos, ter a legitimidade de provocar o Tribunal Constitucional.

Sarmento (2017) também se direciona aqueles que defendem a “classe” do referido artigo a uma profissão, não a um segmento social. Entretanto, vale notar que quando é levada em conta o contexto e a interpretação teleológica da Constituição, não é justificada tal interpretação, visto que o legislador constituinte não prioriza os direitos das categorias econômicas e profissionais quando comparados aos direitos individuais. Ao contrário, quando há tal conflito, o constituinte opta pela proteção dos grupos vulneráveis. Quando não é interpretado assim, é frustrado o objetivo do texto constitucional, e desconsidera a interpretação sistemática do texto.

Assim observa-se que uma análise restritiva é o oposto do que se deve ter, levando em conta a interpretação sistema constitucional. Portanto, não há impedimento teórico para uma interpretação que trará mais inclusão e mais legitimação democrática ao processo constitucional.

Sarmento ainda menciona aqueles que julgam ser desnecessária uma maior acessibilidade por (i) pode-se utilizar outros agentes legitimados para valer os direitos das minorias e (ii) não é possível de realizar pela tamanha sobrecarga laboral do STF, é um erro, visto que, raramente há uma ação em favor de grupos sociais marginalizados, conforme demonstrado por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo (2014), em seu artigo *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?*

O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos (COSTA e BENVINDO, 2014, p. 79).

Por isso, o controle deve ser exercido pelo pelos próprios interessados, não por terceiros. A defesa de direitos fundamentais está sendo diminuída par defesa de interesses corporativos e econômicos, fica claro, então que é preciso que esses grupos precisam poder falar em nome próprio. Além do que, não é adequado retirar o poder de algumas entidades se manifestar enquanto força outras a serem medias por vontades alheias, nesse sentido Sarmento:

não seria legítimo privar de voz ativa na jurisdição constitucional algumas classes sociais sob o argumento de que podem ser protegidos por terceiros, e dar a outras o poder de deflagarem o controle abstrato sem necessidade de qualquer mediação institucional, além de incompatível com a isonomia, tal postura retiraria a autonomia de entidades da sociedade civil que a constituição quis empoderar, subordinando a proteção dos direitos e interesses que elas encarnam às vontades e escolhas de terceiros( SARMENTO, 2017, p. 397).

No que tange à sobrecarga dos trabalhos da Corte, Sarmento diz ser causado pela existência de uma competência recursal do STF, bem como, julgamento de *habeas corpus* e ações penais, que à função de Tribunal Constitucional propriamente dita.

É nítido que a grande acumulação de funções em que o STF se encontra limita-o a realizar de forma plena a jurisdição constitucional, construindo diversas jurisprudências defensivas. Como demonstrado acima pelo texto Supremocracia de Oscar Vilhena, o STF é atuante em praticamente todas as áreas dentro do Poder Judiciário, enquanto tem que revisar decisões de instancias superiores e ainda possui competências originárias.

Sarmento (2017) acrescenta ainda que pode ser utilizada a “pertinência temática” entre os novos legitimados, isso impediria uma excessiva impugnação de ações constitucionais. Restringindo a legitimidade para aqueles que realmente estão sendo objeto, ou que serão influenciados diretamente pela decisão.

Por fim, essa limitação temática, somada à filtragem de atribuições do Supremo Tribunal Federal pode gerar uma atmosfera mais democrática dentro do Judicial review, sem romper com a funcionalidade da Corte. Um cenário onde a Corte poderá atuar em sua precípua função: a Jurisdição Constitucional.

#### **4 ANÁLISE DE RESULTADOS**

No primeiro capítulo foi tratado sobre a visão de Barroso sobre o sistema proposto para o Supremo Tribunal Federal de forma ampla. Foi descrita sua construção do constitucionalismo

brasileiro, os problemas dos outros poderes e o Supremo Tribunal Federal como uma possível solução.

No segundo capítulo abordou-se críticas de variados autores a diversos de seus pontos argumentativos. A intenção foi enriquecer um diálogo sobre um tema de grande atualidade e que, se seguida a posição de Barroso, sem um contraponto necessário coloca o Supremo Tribunal Federal em uma posição de grande conforto.

A abordagem deste capítulo trará à baila uma comparação deste diálogo proposto. As diversas críticas concentram-se em pontos argumentativos específicos, que será exposto neste capítulo para que, ao longo dele, essas críticas em contraponto ao argumento sejam analisadas e ao final haja uma contribuição teórica, ponderando o que e por que as críticas devem ser um acréscimo ao modelo proposto de Barroso.

Sob uma sucinta análise, observa-se que as críticas se direcionaram principalmente de alguns pontos do texto do Barroso, são eles:

- *Flexibilidade teórica que compreende fontes diversas de fundamentação, impossibilitando críticas à falta de clareza sobre os limites e à separação das funções do STF*
- *O excesso de atribuições do Supremo Tribunal Federal*
- *Risco democrático de uma atuação representativa do Supremo*

#### **4.1 Flexibilidade Teórica e Falta de Clareza**

##### **4.1.1 Quando Decidir Ativamente**

A primeira preocupação toca na questão da hiper capacidade de legitimar-se, ou seja, é legítimo a atuação do STF seja quando este atua contramajoritariamente, significa dizer, atua de forma contrária à decisão produzida pelos órgãos que representam o povo, o congresso. Mas também quando atua de forma representativa, quando realiza a vontade popular por enxergar o Congresso (natural representante) obstaculizado por problemas inerentes à atividade política e incapaz de produzir decisões. É notável que esta função possui problemas quanto à legitimidade

democrática e mecanismos políticos, mas serão tratados no próximo tópico. Ou ainda, quando atua na sua faceta iluminista, na qual o STF coloca-se em uma função de fazer progredir a sociedade.

Aqui, deve ser levado em consideração todas as críticas bem realizadas, que em suma, preveem um risco, no qual, se o tribunal puder legitimar-se por toda e qualquer ação. Assim, se o julgador não precisar de nenhuma referência normativa, nem qualquer rigidez de legitimação, não haverá obstáculos para que simplesmente imponha sua opinião pessoal ao caso concreto, visto que, o voto estará legitimado independentemente da legitimação utilizada, ou seja, se atua enquanto representante do povo, defensor de direitos individuais (contra os representantes do povo) ou ainda como uma pessoa que identifica melhores valores que os propostos.

É notório que uma legitimação assim como descrita é de grande prejuízo democrático. A Legitimação nunca poderá ser dada *a priori*, ao contrário cada uma dessas funções deve ser específica, ou seja, não será legítima em uma ação que é cabível uma atuação contramajoritária ser iluminista, ou que requeira uma ação deferente ser representativo.

Ou seja, se houver uma demanda social, com clara falta de articulação política devido a interesses capturados pelo mercado, por exemplo, a demanda não poderá ser efetuada de forma iluminista, visto que seria ilegítimo. Quando houver uma decisão puramente política, não poderá os ministros atuarem de forma a impor sua visão política ao legislador, devendo atuar de forma deferente.

Entretanto, é imprescindível que haja uma clareza metodológica, ou seja, parâmetros e procedimentos claros, organizados, que possam ser acompanhados por indivíduos alheios ao processo constitucional. Procedimentos esses, por exemplo, que tenham que ser cumpridas (ou descumpridas), pelo congresso, para que justifique uma decisão representativa do Supremo, ou pelo texto constitucional, no caso de uma manifestação contramajoritária. E ainda por uma espécie de consenso jurídico quando for uma atuação iluminista. Ou seja, os conceitos e atuações e funções do Supremo não podem ser abertas e subjetivas, mas devem ser claras, para que os cidadãos e comunidade jurídica saiba qual tipo, qual espécie de atuação esperar. Quando



não cumpridos tais requisitos, será a parte da função deferente, ou seja, quando os parâmetros não estiverem presentes, não haverá espaço para uma atuação proativa.

No modelo atual não há espaço para um diálogo constitucional, tal atuação seria de grande importância para o Supremo Tribunal Federal, mas como os entes se encontram, conforme demonstrado, em diferentes posições de atuação, ou seja, o Judiciário está acima, visto que revê todas as decisões que legislativo emite, podendo inclusive superar suas posições políticas. Esse instituto de diálogo instrucional é inviável.

Através de um procedimento, que se seguido, determinará a atuação do Supremo Tribunal Federal, tal problema é dirimido, pois, se o Congresso atuar de forma política, fazendo valer a vontade popular, sem violar graves direitos fundamentais, seguindo um eventual rito que coloque o STF em uma função de deferência, tal diálogo poderá existir. Afinal, não haveria uma constante revisão de um Poder sobre outro. Seria construído um modelo, no qual um Ente sinaliza, recomenda a atuação do outro, e há uma resposta efetiva, uma vontade concretizada.

A atuação jurisdicional não deve ser encarada como uma atuação isenta de erros, que vê o Ministro como um ser incólume de infalível, na qual suas razões políticas e pessoais estarão sempre apartadas da decisão jurídica. O exemplo das decisões monocráticas como mostrado no trabalho, na qual, um ministro pode pedir vista e ficar tempo indeterminado em um processo é sinal de que o Judiciário erra e possui seus problemas inerentes, assim como o Congresso.

Barroso acerta em seu diagnóstico para com os congressistas, mas falha em diagnosticar o Judiciário que assume como uma atuação sem falhas. Há recursos de menos para os erros dos ministros serem corrigidos, por isso, a atuação tem que ser mais contida, mais escrutinada. A comunidade civil e jurídica deve possuir alguma previsibilidade, não necessariamente da decisão (algo que seria bom), mas principalmente de um método.

Não é correto que haja uma imensa divergência de quais métodos devem ser usados para cada decisão. Com a Legitimidade *a priori* Ministro numa posição confortável demais em que

ignora os riscos de problemas teóricos dos próprios ministros. poucos recursos para corrigir seus erros legitimação automática. Deve ser respondido quando o STF poderá atender a opinião pública e quando será Critérios e condições de exercício legítimo do controle de constitucionalidade contra decisões legislativas.

Outro ponto levantado que deve ser considerado com muito esmero é a tomada de decisão enquanto Corte. Diminuir o índice de decisões monocráticas (que hoje é resultado do excesso de demandas judiciais ao STF, tema que será tratado também em outro tópico), mas principalmente evitar que o julgamento seja um compilado de 11 decisões diferentes e passe a ser uma decisão da Corte.

#### **4.1.2 Como Decidir Ativamente**

As decisões monocráticas são um grande enfraquecimento da instituição do STF, elas são consequência da grande carga de trabalho (que não deveria ser atribuição do STF), mas principalmente, atribui uma discricionariedade enorme ao relator. Outro grande óbice é o pedido de vista, ao pedir vista o relator não possui um tempo fixo predeterminado para entregar a matéria de volta ao tribunal e isso significa, por vezes, que a matéria não será decidida por anos ou décadas, sendo uma verdadeira não decisão, como exposto acima, no segundo capítulo, foram diversas vezes em que houve uma não decisão, e esta, sem dúvida, é uma das atribuições com menor consideração democrática.

Um único ministro ter o poder de pausar uma decisão colegiada, e, por vezes, interromper até uma decisão do Poder Constituinte Reformador é nitidamente um desbalanço democrático. Deve ser construído uma limitação de tempo para que o ministro retorne a pauta ao colegiado para julgá-la, ou ainda, datas também para o encerramento de uma questão. Deve reformar o pedido de vista, para que seja retirado por completo esta cultura do Supremo Tribunal Federal das decisões não decididas.

Quando o Tribunal for ser proativo não deve ser arbitrário, ou seja, a arbitrariedade de quando os ministros podem ser ativistas ou não deve ser regulamentada, para que haja uma previsibilidade, ao contrário, no modelo atual e no proposto não há um método sequer. Há uma discricionariedade, não a judicial identificada por Barroso em suas obras, mas a de método, ou seja, não há clareza de quando o ministro irá ou não decidir de forma ativa, isso gera uma dúvida e conseqüentemente uma insegurança.

O ativismo deve poder ser medido, quando e quanto o ministro atuou em sua respectiva função, conforme dito acima tais funções devem estar separadas, sendo infungíveis. Mas mais que isso, devem ser quantificáveis, medíveis, para que haja uma possibilidade de compará-las entre os ministros ou outros juristas. Deve deixar de ser algo subjetivo e passar por um processo de objetificação, para que seja criada uma metodologia.

Conseqüentemente, não deve haver um oportunismo político em decidir alguma matéria, se ela cumprir o eventual requisito que justifique decidir de tal forma, tal método deverá ser utilizado, se há possibilidade de haver uma função contramajoritária assim deverá ser procedido, as funções não devem ser fungíveis.

Outro fator importante é a necessidade durante a decisão que a opinião política do ministro não seja imposta sobre a visão política do legislador, as suas decisões devem estar baseadas no texto constitucional de forma substancial, assim, quando for identificado a necessidade de agir de forma mais proativa a fundamentação não pode derivar de uma discordância do legislador, mas deve derivar do texto constitucional violado. Uma decisão proativa não deve pautar-se em uma discordância sobre a visão do legislador, mas em uma violação grave e premente.

É certo que por vezes, em algumas funções as decisões serão pautadas em textos constitucionais mais ou menos abstratos. Mas deve existir uma referência constitucional concreta, e todas as vezes que utilizar princípios e referências mais abstratas devem ser respaldados pelas autorizações da comunidade através de referências e procedimentos organizados.

## 4.2 Excesso de Atribuições do Supremo Tribunal Federal

A função do STF como Tribunal Constitucional, última instância revisora e ainda instância originária especializada, gera um abarrotamento da Corte que a impossibilita de realizar em sua plenitude todas funções propostas por Barroso.

O Supremo não deve ser um órgão revisor, isto o coloca em uma situação de sobrecarga, visto que há centenas de milhares de casos que já foram tratados nos tribunais a cada ano, mas que devem ser revistos através de recurso, causando uma avalanche de decisões monocráticas, em que o relator julga o mérito sozinho.

Isso causa um aumento na discricionariedade para decidir qual será o caso que será julgado pelo colegiado e qual será julgado de forma de decisão monocrática esses critérios são obscuros e não há uma previsibilidade de qual será levado à turma, há sim um enorme poder político em tal discricionariedade, na seleção do que entra ou não na pauta da Corte.

O Tribunal deve autoconter-se, buscando retirar de suas competências matérias alheias à jurisdição constitucional. Deve haver uma diminuição das competências do Supremo, não deve atuar de forma tão larga como é proposto pelo atual modelo. Não deve ser competência do Supremo funções secundárias, tais quais, a de foro especializado e de tribunal de última instância.

Importante esclarecer que não se prega uma mudança para o modelo europeu, mas que haja uma junção do controle difuso e concentrado em sua função como fiscal maior da Constituição, atuando através dos mecanismos de repercussão geral, súmula vinculante, o efeito vinculante e outros mecanismos já construídos que lidem com a violação constitucional, mas não aja como tribunal de última instância.

Os tribunais de segunda instância esvaziam-se quando praticamente todas as suas decisões são reapreciadas, gerando inclusive outros sintomas como por exemplo a demora na prestação jurisdicional, algo que recentemente levou à reapreciação de um tema delicado e que constantemente vem sendo analisado sem uma postura fixa do tribunal, que é a execução antecipada da pena.

O propósito deste trabalho está mais relacionado a estabelecer um diálogo entre modelos e identificar as críticas comuns, que propor soluções concretas. Não obstante, Os métodos e seus impactos podem tornar-se objeto de um outro estudo que contemple suas aplicações em toda sua profundidade. Dimoulis e Lunardi (2017), por exemplo, em seu artigo já citado no segundo capítulo propõem como solução uma série de filtros tais quais:

- Juízo de primeira instância para conflitos administrativos e penais que envolvem representantes políticos
- Quarta instancia de revisão de processos comuns (basicamente por meio do recurso extraordinário e o *habeas corpus*).
- Tribunal com competências heterogêneas como a extradição, a revisão criminal ou os conflitos de competências no CNJ E STE
- Corte constitucional que exerce controle abstrato com peculiares exigências de fundamentação.
- Unificação de todas ações direitas (ADIn, ADO, ADC e ADPF).
- Criação de um código de processo constitucional.
- Modernização do controle abstrato.

Entre outros.

Barroso também tem uma contribuição em que o STF não admitira recursos extraordinários com repercussão geral além do que pode julgar em um ano, todo o resto transitaria em julgado. Também sugere uma seleção de recursos por critério de comparação que

haja uma previsão de julgamento que possibilite uma preparação adequada e não uma decisão irrefletida.

Esse é um dos grandes problemas desse modelo atual de sobrecarga do STF, que é uma bateria de julgamento na qual julga-se dezenas de processos em um intervalo de uma semana da pauta. Isso causa um despreparo para o voto, que termina de duas formas ou um voto irrefletido que é um dano à deliberação argumentativa e jurídica, ou um pedido de vista, que conforme demonstrado é um dano à democracia.

Oscar Vilhena também nos da sua contribuição ao modelo

Ainda no quesito deliberação, talvez fosse positivo que o Tribunal começasse a deliberar em pelo menos três etapas. Em um primeiro momento, deveriam ser selecionados os casos da jurisdição difusa a serem julgados no ano judiciário; os de jurisdição concentrada dariam entrada pela ordem de chegada. A transparência na construção da agenda é urgente. Em um segundo momento, seria aberto espaço, seja para as audiências públicas, seja para as sustentações orais, com a presença obrigatória dos Ministros. Posteriormente, teríamos as sessões de discussão e julgamento. Depois de tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. Desnecessário que haja 11 votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados. Com um processo de deliberação mais consistente, o Supremo poderia ter tempo para o estabelecimento de padrões interpretativos mais claros, o que permitiria estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau (VIEIRA, 2008).

Naturalmente que todas essas soluções passam por grandes complexidades em sua aplicação. Sem dúvida, seria de grande valia um trabalho que analisasse seus impactos e aplicabilidade. Sem desconsiderar a relevância destes tipos de estudo, o objeto deste trabalho, entretanto, cuida da identificação de problemas do modelo proposto por Barroso, através de um diálogo que possibilite compreendê-los com mais clareza, entendendo qual o futuro do STF.

#### **4.3 Risco democrático de uma atuação representativa do Supremo**

Ainda sobre o risco democrático de um Supremo que representa sem os mecanismos de prestação de conta por parte dos ministros, deve ser de grande preocupação a falta de acesso ao Supremo através da jurisdição constitucional. A limitação interpretativa do rol de legitimados ativos para movimentar a jurisdição constitucional no art. 103, IX da Constituição é contraproducente.

Ela se baseia muito em uma impossibilidade fática de abertura do rol de legitimados, devido à sobrecarga do tribunal. Entretanto, essa sobrecarga é devida ao acúmulo de funções e processos do STF, que visto acima, este é um problema de diversos impactos negativos.

A leitura ampla é, conforme demonstrado, condizente com a interpretação sistemática da constituição e com a unidade da constituição que se preocupa mais com os direitos individuais que com direitos corporativos e estatais.

Os mecanismos atuais de *amicus curiae* e os outros legitimados não são suficientes para que haja uma representação dentro do controle de constitucionalidade dos direitos fundamentais dos mais vulneráveis.

A interpretação ampla deste rol, portanto, é a mais adequada para uma prestação jurisdicional mais efetiva e democrática. Dentro do modelo proposto por Barroso em suas funções o autor desconsidera a pouca representatividade dos grupos oprimidos e objetos das decisões na partição do processo jurisdicional.

Naturalmente que não será sempre que o STF deverá atuar de maneira representativa, apenas em um caso de grande necessidade e sempre de forma supletiva. O STF nunca irá tomar o lugar de representante do povo que é o Congresso, ele deve apenas em casos excepcionais agir, bem como defender direitos individuais superando uma decisão que as viole tomada pelo Congresso. Dentro deste cenário seria de grande valia uma inclusão no rol dos legitimados

#### 4.5 Crítica ao Modelo Proposto

Há uma inegável crítica contundente que parte de Barroso em seu compêndio de ideias. Há uma crise grave de representação dentro do da democracia; A função contramajortária é imprescindível para a defesa dos direitos humanos. E há momentos em que a esses direitos estão abandonados pela opinião popular e pelos representantes e que não há um referencial textual concreto.

É importante esclarecer que a democracia está baseada nos direitos fundamentais eles são a condição fundamental para que haja qualquer nível de deliberação e debate, é a partir da liberdade e da dignidade que se possibilita uma sociedade saudável e uma democracia forte.

Em uma democracia a coletividade deve participar dos debates e as instituições deve dialogar. O Supremo Tribunal Federal em seus três papéis é uma atuação que busca garantir tais condições de uma existência sólida da democracia, ainda há na prática e no dia-a-dia da vida civil e institucional violações aos direitos fundamentais, seja na área representativa, contrajoritária ou iluminista. É necessário um modelo em que o STF não esteja atado ao antigo padrão purista, na qual a Corte Constitucional é mero fiscal de subsunção da norma.

Hoje é democrático (e necessário) que uma instituição como a Suprema Corte consiga, como no caso *Brown Vs Board of Education*, um avanço moral da sociedade. Tais objetivos são ambiciosos e também perigosos. Devem ser exercidos com cautela e com ampla clareza, aberto à academia e à sociedade civil, para que possa ser criados métodos.

Não devemos enxergar o STF como uma instituição isenta de erros, mas como uma peça essencial na democracia a ser melhorada. A posição atual de Barroso vem consertando antigos erros de uma Corte chapa branca e indulgente de violações, com isso, surgem novos desafios, desafios estes que este presente trabalho buscou jogar uma luz, ainda que pequena.



Não obstante a posição necessária que Barroso coloca em discussão, é imprescindível esclarecer os diversos pontos que Barroso falha em apreciar, a legitimação não deve ser apriorística, e deve ser tomados padrões claros de limitação de qual será a função do tribunal para cada decisão. A falta de métodos e a amplitude de possibilidades representa grave perigo democrático. O Supremo Tribunal Federal ainda se encontra muito isolado da participação mais direta de grupos minoritários e a capacidade de revisão de outros poderes é muito grande, impossibilitando um diálogo efetivo entre os Entes. A decisão dos ministros é individual e não há uma decisão colegiada que daria mais estabilidade à instituição. Os pedidos de vistas são grandes demonstrativos de que o Supremo Tribunal Federal não é um órgão isento de problemas e possui influencias políticas.

O STF hoje precisa mais de limitadores que impulsionadores, é diferente de dizer que devemos transformá-lo em um modelo, obsoleto, no qual o juiz aplica a mera subsunção do fato à norma. Hoje, o juiz é um agente interprete ativo, mas que no modelo proposto por Barroso é colocado em um lugar ainda mais confortável para reproduzir todos os problemas trazidos à luz. É um modelo louvável, mas que carrega problemas e dificuldades metodológicas.

## 5 CONCLUSÃO

As atuações do STF são de extremo impacto na democracia brasileira, o modelo proposto por Barroso é de grande significância, pois vem não apenas de um constitucionalista renomado, mas de um Ministro da mais alta Corte. O STF em suas funções Representativa, contramajoritária e iluminista legitimam de forma muito ampla a atuação da Corte Constitucional, e consequentemente a organização institucional brasileira.

No primeiro capítulo buscou-se realizar uma investigação de toda a proposta de Barroso para o modelo constitucional sugerido. Aqui, foi construído sua análise do cenário atual bem como sua construção. Ficou evidenciado sua sugestão ao STF atuando em três funções a representativa, a contramajoritária e a iluminista.

O segundo capítulo foi direcionado às críticas afim de destrinchar o modelo proposto por Barroso, elucidando quais as falhas e contradições. Foram levantados diversos pontos a serem melhorados, bem como falhas na atuação do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, com base nas críticas em relação ao autor foi construído no terceiro capítulo conclusões e reflexões acerca do modelo e seus riscos.

Dessa forma, foi investigado se a legitimação ampla proposta pro Barroso é danosa à democracia. E, sem dúvida, ficou demonstrado que o modelo carrega diversas imperfeições e perigos, porém, é evidente que há momentos em que as funções descritas por Barroso se fazem necessárias, como no de grave violações a direitos individuais ou falhas claras do processo democrático. O julgador, no entanto, não deve confundir-se na atuação de representante popular ou rei-filósofo, mantendo a atuação proativa apenas para casos extremos. Entretanto, Barroso não consegue determinar parâmetros claros para tais situações.

O modelo proposto por Barroso, portanto, é um risco à democracia, mas talvez esse risco seja insuperável (mas certamente dirimível), pelo menos nos modelos atuais. Transformar a Corte constitucional em um Tribunal chapa branca pero aplicador de normas sem possibilidade de hermenêutica e defesa dos Direitos Humanos não parece a solução. Tampouco é razoável aceitar o modelo proposto sem qualquer correção ou crítica.

Por mais que as dificuldades sejam da natureza da jurisdição constitucional, então, de certa forma insuperáveis, isso não significa que o modo que se porta hoje o STF deva ser o modelo acatado. Como dito anteriormente, o Supremo precisa de contenção, feita através de métodos e parâmetros claros, que não são propostos no modelo de Barroso, e deixa os ministros em uma posição de grande facilidade para aplicar sua posição política e pessoal.

É, portanto, imprescindível corrigir os problemas deste modelo, para que o STF caminhe cada vez mais em direção a uma instituição democrática, acessível e harmônica com os outros poderes.

## 5 REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans; LOUREIRO, Fernando Pinto. **Teoria pura do direito**. Saraiva, 1939.

SCHIAVON, Giovanne Henrique Bressan. O jusnaturalismo clássico. **Scientia Iuris**, v. 5, p. 357-373, 2001.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?- O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review?-The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights). **O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review)**, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 81-107, 2017.

LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução da crítica de 'A razão sem voto'. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 108-139, 2017.

REAL ARGUMENTO DE BARROSO, O. O voto sem razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, p. 140, 2017.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Editora FGV, 2017.

SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: Por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. **SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional como Arte Marcial**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 241-259, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. As relações entre as cortes ou tribunais constitucionais e os demais poderes do estado. Perspectivas brasileira e latino-americana. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 439-441, 2017.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. **Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris**, 1997.

PLATO..*The Republic*. Tradução de Desmond Lee. Nova York: Penguin 1974.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, p. 25-77, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 30-60, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista jurídica da presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 30-60, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014.