

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LUCAS PAULO FERNANDES

**A participação popular como legitimadora do controle concentrado de
constitucionalidade**

RIBEIRÃO PRETO
2023

LUCAS PAULO FERNANDES

A participação popular como legitimadora do controle concentrado de constitucionalidade

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Ass. Rubens Beçak.

Ribeirão Preto

2023

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP, gerada automaticamente
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

FF363p	<p>Fernandes, Lucas Paulo</p> <p>A participação popular como legitimadora do controle concentrado de constitucionalidade / Lucas Paulo Fernandes; orientador Rubens Beçak. -- Ribeirão Preto, 2023.</p> <p>152 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2023.</p> <p>1. DEMOCRACIA. 2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. PARTICIPAÇÃO POPULAR. 4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 5. LEGITIMIDADE. I. Beçak, Rubens, orient. II. Título</p>
--------	--

LUCAS PAULO FERNANDES

**A participação popular como legitimadora do controle concentrado de
constitucionalidade**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Presidente: _____
Prof. Ass. Rubens Beçak

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

3º Examinador: _____

Aprovado em:
Ribeirão Preto - SP, _____ de _____ de 2023.

A Vicente e Alda, por todo incentivo e exemplo de persistência.

AGRADECIMENTOS

Quem sabe que na vida não se caminha sozinho, reconhece a importância de quem está por perto. Minha gratidão aos que estiveram presentes nesta trajetória.

Aos meus pais e à minha irmã, pelo amor incondicional – de sentimentos e atos tão presentes, mesmo à distância –, e por apoiarem minhas escolhas. Não raras vezes, foram os suportes das minhas renúncias.

Agradeço também aos meus amigos, pela parceria e companhia. A vida é melhor se bem compartilhada. Sou grato pelas amizades que tenho e sei do privilégio e da sorte de tê-los por perto.

Ao meu orientador, agradeço pela paciência, o auxílio fraternal e pelas ricas trocas de experiências, acadêmicas e de vida, que muito moldaram minha jornada.

Agradeço à FDRP–Faculdade de Direito de Ribeirão Preto pela oportunidade de estar num ambiente de desenvolvimento e qualidade. Aos professores e professoras da USP–Universidade de São Paulo, com os quais tive o privilégio de aprender, minha gratidão por expandirem minha percepção sobre o mundo.

Pesquisa não se faz sozinho; é obra conjunta, reflexiva e compartilhada. Agradeço àqueles que, de alguma maneira, me auxiliaram nas discussões e contribuíram com o meu crescimento.

Coração sempre grato.

“Na mesma noite em que sua autoridade foi reconhecida por todos os comandos rebeldes, despertou sobressaltado, pedindo aos gritos uma manta. Um frio interior que trincava seus ossos e o mortificava inclusive debaixo do sol a pino impediu-o de dormir bem durante vários meses, até que se converteu em costume. A embriaguez do poder começou a se decompor em rajadas de indiferença. [...]

Suas ordens eram cumpridas antes de serem dadas, antes até de que ele as concebesse, e sempre chegavam muito mais longe do que ele teria se atrevido a fazê-las chegar. Extraviado na solidão de seu imenso poder, começou a perder o rumo.”
(MARQUEZ, 2018, p. 182 - 183)

RESUMO

FERNANDES, Lucas Paulo. **A participação popular como legitimadora do controle concentrado de constitucionalidade**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2023.

Nesta pesquisa discute-se o tensionamento entre a democracia e o constitucionalismo. A investigação relaciona-se ao contexto contemporâneo global de judicialização da política, com o conseqüente fenômeno da protuberância das cortes constitucionais na realização de escolhas políticas, conjuntura na qual o Supremo Tribunal Federal está inserido. O recorte é feito no exercício do controle concentrado de constitucionalidade pela corte constitucional brasileira, com destaque, sobre a legitimação do tribunal para revisar as escolhas feitas nos fóruns políticos típicos e majoritários. Parte-se do pressuposto de que a soberania democrática implica participação popular na realização das escolhas políticas pelas instituições da democracia, tornando-as, assim, legítimas. Portanto, investiga se a participação popular pode contribuir para otimizar a legitimidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade pela corte constitucional brasileira. Realiza um exame da legitimação institucional do Supremo Tribunal Federal, a partir da participatividade como elemento condicionante-indutor da democracia. Especificamente, percorre pelos temas da democracia, da legitimidade do poder e do controle de constitucionalidade. Também analisa os contornos da relação das cortes constitucionais com a política, bem como os arranjos institucionais que daí derivam. Ainda, faz uma observação do perfil democrático do tribunal brasileiro, a fim de folhear possíveis soluções de otimização da legitimidade do controle de constitucionalidade, a partir da participação popular. Observou-se que a participação popular otimiza a legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente, por possibilitar espaços de debates públicos na construção de decisões da corte, o que propicia a ação coletiva dos cidadãos como legitimadora da autoridade estatal; e, por permitir a abertura do tribunal constitucional para a permeabilidade de partícipes num processo integrativo e dialógico de interpretação constitucional, o que contrabalança o constructo em torno da definitividade do pronunciamento judicial na realização das escolhas políticas. A pesquisa é transdisciplinar entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, a partir de uma perspectiva dialética dos objetos pesquisados. Desenvolve-se por meio do método dedutivo, utilizando-se de revisão bibliográfica e pesquisa documental qualitativas, as quais são abordadas por meio de um enfoque crítico.

Palavras-chave: democracia. Supremo Tribunal Federal. participação popular. controle de constitucionalidade. legitimidade.

ABSTRACT

FERNANDES, Lucas Paulo. **Popular participation as a legitimizer of the abstract judicial review**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2023.

This research delves into the tension between democracy and constitutionalism, within the contemporary global context of judiciary politicization and the consequential prominence of constitutional courts in making political choices, a scenario in which the Brazilian court is situated. The focus lies on the exercise of abstract judicial review by the Supremo Tribunal Federal, particularly on the legitimacy of the constitutional court to review choices made within typical and majority political forums. The underlying assumption is that democratic sovereignty entails popular participation in political decision-making by democratic institutions, thus rendering them legitimate. Accordingly, this study investigates whether popular participation can contribute to optimizing the legitimacy of judicial review by the Brazilian constitutional court. It examines the institutional legitimacy of the Supremo Tribunal Federal, considering participatory elements as conditioning-inducing factors of democracy. Specifically, it explores the themes of democracy, legitimacy of power, and judicial review. Additionally, it analyzes the contours of the relationship between constitutional courts and politics, as well as the resulting institutional arrangements. Furthermore, it examines the democratic profile of the Brazilian court, aiming to explore potential solutions for enhancing the legitimacy of judicial review through popular participation. It has been observed that popular participation optimizes the legitimacy of judicial review exercised by the Supremo Tribunal Federal primarily by fostering public spaces for debates in the construction of court decisions, as it enables collective citizen action to legitimize state authority. Moreover, by allowing the court to be open to the input of participants in an integrative and dialogical process of constitutional interpretation, it counterbalances the construct surrounding the definitiveness of judicial pronouncements in political decision-making. This interdisciplinary research bridges Constitutional Law and Political Science, adopting a dialectical perspective on the studied objects. It employs a deductive method, utilizing qualitative literature review and documentary research, approached from a critical standpoint.

Keywords: democracy. Supremo Tribunal Federal. popular participation. judicial review. legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EXAMINANDO CONCEITOS: CONTORNOS INICIAIS DO PROBLEMA	14
2.1 Democracia e a construção da soberania popular	14
2.1.1 A participação popular como núcleo da democracia.....	20
2.1.2 O conteúdo da participação popular	24
2.2 Legitimidade do poder político	27
2.2.1 O exercício do poder político na democracia	33
2.2.2 Legitimidade como apoio e reconhecimento políticos do poder	36
2.2.3 Legitimidade institucional e as dinâmicas do exercício democrático do poder	38
2.3 Controle de constitucionalidade	42
2.3.1 O Poder Judiciário e o controle da constitucionalidade	47
2.3.2 O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil	51
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA: ENCONTROS E DISSONÂNCIAS	55
3.1 O tensionamento entre democracia e constitucionalismo	55
3.2 Cortes constitucionais e política	65
3.2.1 Cortes constitucionais para a política da Constituição	69
3.2.2 O aspecto político da atuação das cortes constitucionais	73
3.3 Críticas e alternativas ao controle jurisdicional de constitucionalidade	79
3.3.1 Constitucionalismo popular: o retorno ao povo	81
3.3.2 Constitucionalismo dialógico: a interação constitucional	84
3.3.3 Contrapontos: <i>judicial review</i> como necessidade da democracia	88
4 OTIMIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO STF: PARTICIPAÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE	95
4.1 Um recorte democrático do perfil decisório do Supremo Tribunal Federal	95
4.2 A primazia do STF e alguns caminhos para a otimização participativa do controle de constitucionalidade	101
4.2.1 A razão pública de John Rawls.....	103
4.2.2 A sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle.....	106
4.3. A participação popular no Supremo Tribunal Federal	109
4.3.1 As audiências públicas no controle de constitucionalidade.....	114
4.3.2 Análise das audiências públicas no STF.....	117
4.4 A participação popular como possível solução legitimadora ao STF: possibilidades e potencialidades	123
5 CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	138

APÊNDICE – Relação de Audiências Públicas no STF.....	150
--	------------

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é o ponto de encontro de uma dicotomia: o constitucionalismo e a democracia. É um sistema político-normativo constituído pelo povo; não acabado, mas alicerçado num tensionamento que, de tão fundamental, tornou-se necessário. Num mesmo plano institucional são firmados os dois elementos do modelo institucional triunfante no curso contemporâneo da história política da humanidade. A convivência entre a democracia e o constitucionalismo, por vezes contrapostos entre si, é pedra angular do Estado, que molda as relações interinstitucionais e dos cidadãos com as instituições.

Se a democracia significa a soberania do povo como fundamento da autoridade estatal, a participação popular torna-se instrumento necessário à realização do poder do Estado. Nesta lógica, a formatação das instituições, normativamente estabelecida e assegurada na Constituição, deve acompanhar a mesma essência participativa. A partir desta relação, as decisões políticas devem refletir o caráter democrático-participativo no qual alicerça-se o Estado.

No entanto, quando instituições não majoritárias – a exemplo das cortes constitucionais, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) – passam tomar decisões tipicamente políticas, uma questão se coloca. O dilema se robustecesse, para mais, quando essas mesmas decisões, que tornam-se verdadeiras escolhas políticas, ocupam a centralidade político-normativa numa democracia. Mais ainda, novos contornos são acrescidos a partir do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, pelo qual o STF atua como revisor das normas e escolhas políticas feitas pelas instâncias representativas típicas.

Estes fenômenos estão inseridos num movimento judicializante e devolutivo de controvérsias sobre as relações político-sociais, em significativos volumes e de importante relevância, pelo qual a relação entre os Poderes é alterada. Se não bastasse, também ocorrem modificações entre as instituições no sistema político e, até mesmo, do STF com a própria sociedade. Todo esse contexto, ainda, é firmado sob o constructo da definitividade do Judiciário na realização das escolhas políticas.

Inobstante tratar-se de um foro não representativo – embora constitucionalmente estabelecido e parte da mesma contradição sob a qual funda-se o Estado –, o tribunal torna-se ator protuberante na realização da política. Por vezes, os *locus* típicos de realização das escolhas políticas são suplantados ou, até mesmo, substituídos pela corte constitucional. A propósito, essa característica compõe o mesmo arranjo de tensionamento inato ao regime, sob o qual, dialeticamente, desenvolve-se o percurso normativo da comunidade política organizada.

Se instituição decisória da democracia, mas não participativa, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF) torna-se passível de questionamento. Essa hesitação se acentua, mais ainda, quando a corte atua na verificação de compatibilidade constitucional das normas produzidas pelas instâncias políticas eleitas, sob um arranjo institucional firmado na definitividade da decisão judicial.

É sobre este ponto que se debruça nesta pesquisa. A investigação concentra-se na temática da democracia e da legitimidade institucional do Supremo Tribunal Federal. Se a participação popular é fundamento de legitimação institucional no regime democrático, as discussões sobre a ampliação participativa das instituições estatais compõem a ordem do dia, no que justifica-se a investigação.

De antemão, não é que se condicione a legitimação da corte à participação popular. Ao contrário, parte-se do pressuposto de que o STF tem o papel constitucionalmente previsto de garantir a observância das normas constitucionais, proteger as minorias políticas e defender o sistema democrático. O que se discute é o grau de legitimidade institucional da corte constitucional, sob a óptica participativa.

Daí porque, se a participação popular fundamenta a democracia, surge a hipótese de que serve como mecanismo para otimização da legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Assim, procura-se lançar luzes – reconhecendo a complexidade inerente ao objeto pesquisado, o que impõe a contenção de qualquer pretensão de exaurir o assunto –, sobre a possibilidade de ampliar a legitimidade democrática do STF, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da participação política popular.

Na primeira parte, num intento conceitual e crítico-descritivo, percorre-se pelos três núcleos centrais dos quais deriva o objeto pesquisado. Examina-se os contornos do problema investigado, discutindo as dimensões semânticas da democracia, da legitimidade do poder estatal e do controle concentrado de constitucionalidade. A análise é feita a partir da teoria democrática, entrelaçando os conceitos no fio condutor da ideia pesquisada que, genericamente, coloca a participatividade como elemento de maximização da legitimidade da revisão judicial.

Num segundo momento, aborda-se o tensionamento entre a democracia e o constitucionalismo, com destaque para a atuação das cortes constitucionais. Sob este pressuposto, tomando uma perspectiva institucional dos tribunais, a discussão encaminha para a natureza política da revisão judicial, quanto às origens e funcionalidade. Para lançar luzes sobre a dicotomia da relação democrático-constitucional, expõe-se duas possíveis soluções de arranjos institucionais alternativos ao constructo de definitividade decisória do Judiciário,

relacionando-as com a percepção do controle de constitucionalidade como necessidade democrática.

Ao final, propõe-se, prescritivamente, soluções possíveis para a otimização democrática do Supremo Tribunal Federal. Após um diagnóstico do perfil decisório da corte, avança-se em dois pressupostos normativo-filosóficos que possibilitam fluidificar o constructo da primazia do STF na interpretação constitucional. Com isso, analisa-se as formas de participação popular no controle de constitucionalidade, com destaque para as audiências públicas. No desfecho da pesquisa, examina-se as possibilidades e potencialidades da participação popular como elemento de ampliação da legitimidade do STF.

A pesquisa parte de uma óptica dialética, sob a perspectiva hegeliana, para analisar a relação democracia-constitucionalismo. A abordagem é transdisciplinar entre o Direito Constitucional e a Ciência Política. O método de desenvolvimento da investigação é dedutivo, com um recorte crítico dos objetos pesquisados. Para a execução da pesquisa, utiliza-se de revisão bibliográfica com seleção qualitativa em literatura nacional e estrangeira; e, pesquisa documental em normas e na jurisprudência e nos anais do STF.

2 EXAMINANDO CONCEITOS: CONTORNOS INICIAIS DO PROBLEMA

De antemão, no percurso de investigação desta pesquisa, importa apresentar os conceitos centrais a partir dos quais se desenvolvem o problema perseguido. Por certo, qualquer pretensão de esgotamento da conceituação ou de exploração absoluta, de plano, apresentar-se-ia comprometida, exatamente, pela complexidade e natureza heterogênea dos elementos pesquisados.

Se não bastasse os contornos próprios e não retilíneos dos conceitos desta pesquisa, também o arranjo de abordagem e a proposta transdisciplinar que aqui se pretendem, passam a impor desafios significativos para a conceituação cogitada. Este intento inicial, no entanto, não tem um caráter estritamente formalista, senão com o objetivo de já iniciar as discussões sobre o tema

Por isso, neste capítulo, elenca-se os elementos definidores e as concepções centrais dos conceitos que serão utilizados no desenvolvimento desta pesquisa. O esforço que aqui se cogita se justifica de um lado, para o estabelecimento dos parâmetros fundantes da investigação; e, de outro, visando cumprir os fins de apresentação dos contornos envoltos no problema investigado.

Vale dizer que se reconhece a dimensão linguístico-discursiva (SILVA, 2021) no estabelecimento de definições na investigação jurídica¹, na medida em que a opção por determinada acepção semântica implica na assunção de uma perspectiva específica de discurso jurídico (CORREAS, 1995). Daí porque, também servem essas linhas iniciais para o posicionamento teórico-metodológico que se adotará ao longo do presente estudo.

Isto posto, considerando o recorte democrático desta pesquisa, é com este conceito que se inicia a seguir.

2.1 Democracia e a construção da soberania popular

Ao debruçar-se sobre a propedêutica do conceito de democracia, Miranda (2021) aponta a plurivocidade do termo e a multiplicidade de significados possíveis, cujas diferentes conceituações podem ser até contraditórias entre si. Igualmente, Shepard (1935) faz o mesmo destaque para a grande variedade semântica, ressaltando o caráter ambíguo da terminologia.

¹ Neste ponto, valem as digressões de Correias (1995), o qual, ao analisar as ciências jurídicas, indica que a formulação do Direito como ciência perpassa por uma leitura discursiva, uma vez que o elemento ideológico se mostra presente na construção científica. Sob este pressuposto, as escolhas conceituais que ora se realiza, inevitavelmente, partem de uma determinada acepção do elemento conceitual objetado.

Historicamente, os primeiros nuances democráticos surgiram na Grécia Antiga, a partir da experiência ateniense, na qual a democracia compreendia três acepções distintas, como pontua Miranda (2021): uma que a relacionava com a comunidade dos homens armados; outra advinda de uma interpretação dos nobres gregos de que o poder é do povo; e, a última, que se referia ao governo da maioria, em que todos são iguais perante a lei.

A partir disso, na síntese de Aristóteles – embora crítico do regime democrático e defensor da aristocracia –, a democracia possuía as características da liberdade e da possibilidade de o indivíduo viver liberalmente (MIRANDA, 2021). Daí porque, predominou a ideia de que a democracia seria um governo das massas, sob a ótica então deletéria por possibilitar “o governo de muitos, em benefício próprio” (BEÇAK, 2013, p. 8).

Ocorre que, como adverte Beçak (2013), a concepção grega sobre a democracia, embora fundante do regime político, diferencia-se significativamente daquela que vem se firmar ao longo do tempo, principalmente, no final do século XIX. De toda sorte – em maior ou menor medida, inclusive, pela acepção etimológica do termo –, a democracia pressupõe um governo pelo povo (SHEPARD, 1935).

Esta perspectiva formal de democracia dos antigos – enquanto “governo do povo”, sob a noção de maioria – sofreu a influência do desenvolvimento histórico da república², o que impôs uma evolução na compreensão sobre o regime político democrático.

Ao analisar a origem do governo político norte-americano, Tocqueville (2005) estabelece uma estreita relação entre democracia e o surgimento da república, identificando a existência de uma vida cidadã política e participativa desde “a primeira era das repúblicas americanas”. Por isso, afirma-se que, a partir do século XVIII, o significado de democracia torna-se o “modo de expressão do caráter político do homem, na contraposição entre *República* e *Monarquia*” (MIRANDA, 2021, p. 224, grifo do autor)³.

Daí porque, extrai-se que o caráter diferenciador da democracia dos antigos com a noção ora desenvolvida é da “representação como condição fática de participação de todos no processo político.” (BEÇAK, 2013, p. 9).

Desta forma, servem as constatações de Dahl (2005, p. 29), para o qual a democracia é formada a partir de duas figuras: “contestação pública e direito de participação”. A nova

² Beçak (2013) apresenta a importância do desenvolvimento da república para a consolidação da democracia como regime político ideal, na medida em que houve uma diferenciação dos Estados entre republicanos (democráticos) e os autocráticos.

³ Como pontua Silva (2015), as formas básicas de governo aristotélicas (monarquia, aristocracia e república) prevaleceram até a constatação feita por Nicolau Maquiavel, o qual apresentou a existência dualista de duas formas de governo: monarquia e república.

roupagem da democracia – transmutada pelos princípios e características republicanos⁴ –, alicerça e nutre-se de uma lógica participativa, a partir da soberania popular. Com efeito, essa compreensão é fruto do processo de apoderamento do governo pelo povo, o que abrange todas as circunstâncias possíveis de exercício popular da política, assumindo as necessárias formas de realização do poder pelos cidadãos (TOCQUEVILLE, 2005).

Aparece, aqui, a centralidade do regime democrático, que, na visão de Miranda (2021, p. 223), compõe-se de dois fatores entrelaçados que indicarão para a acepção moderna de democracia: a soberania popular, “segundo a qual é o povo, o detentor originário da soberania popular, a conferir o poder ao príncipe”; e, a república “como forma constitucional da democracia, em oposição ao poder monocrático do monarca”.

Com isso – como compreende Dahl (2005, p. 25) ao tratar da poliarquia –, pode-se assumir que a característica marcante da democracia é “a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”. Note-se que o caráter responsivo do governo na consideração da participação cidadã se apresenta articulada aos já referidos elementos definidores do regime, quais sejam, a contestação e a participação.

Isso porque, a participação política na vindicação de interesses no plano de exercício do poder político somente reverbera se houver responsividade estatal às demandas do povo. Sob esta perspectiva, a democracia passa a ser compreendida “como um regime no qual se observa a progressiva ampliação da competição e da participação” (PAIVA; SOUZA; LOPES, 2004, p. 371). Em verdade, as possibilidades políticas de exercer oposição e de participar reforçam-se mutuamente, tornando-se condicionantes interdependentes do regime democrático (DAHL, 2005).

Para tanto, como dito, a igualdade entre os participantes torna-se pressuposto de realização democrática. Como pontua Rothenburg (2013, p. 253), “o igualitarismo constrói a democracia sob uma perspectiva menos individualista, ao ressaltar a importância do grupo e de sua cultura”. Isto é, faz parte do exercício participativo – ora característico da soberania popular, elementar da democracia –, uma relação de igualdade entre os indivíduos-cidadãos.

Neste mesmo sentido – para além daquele formalismo conceitual de “governo da maioria”, avançando para o autogoverno do povo⁵ –, o pressuposto de igualdade e liberdade

⁴ Para Silva (2015), a forma de governo republicana se caracteriza pelos seguintes elementos: legitimidade popular dos chefes dos poderes executivos; existência de assembleias e câmaras populares; eleições periódicas por tempo limitado, o que implica na temporariedade dos mandatos eletivos e não vitaliciedade dos cargos políticos; e, necessidade de prestação de contas pela Administração Pública.

⁵ Dworkin (1998) é incisivo em considerar que a democracia apenas proporcionará o autogoverno – tido como a realização absoluta da soberania popular –, se for concebida para além de um sistema político de regras

participativa entre os cidadãos é defendido por Dworkin (1998, p. 453, tradução nossa), ao apresentar a hipótese orientadora do que define por *partnership conception of democracy*, segundo a qual:

[...] os cidadãos de uma comunidade política governam a si mesmos – em um sentido especial, mas valioso de autogoverno – onde a ação política é apropriadamente vista como ação coletiva, por meio de uma parceria na qual todos os cidadãos participam como parceiros livres e iguais, e não numa disputa por poder político entre grupos de cidadãos⁶.

Com efeito, a arranjo democrático passa a demandar um modelo institucional⁷, já republicano, que se apresente apto para viabilizar o exercício soberano do poder pelo povo. Neste sentido, na jornada não uniforme de evolução da democracia, as revoluções liberais tiveram um papel relevante, a partir da constitucionalização do poder⁸ e da estabilização das instituições representativas (MIRANDA, 2021).

Ao comentar o processo constituinte estadunidense, Tocqueville (2005) considera que, efetivamente, a constituição estadunidense logrou êxito em consolidar a soberania popular num modelo político-institucional representativo, sob o critério da maioria. Desse modo, afirmou que “é, pois, realmente o povo que dirige” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 197) o poder norte-americano. A partir desta concepção centrada na soberania popular expressa na maioria, pode-se afirmar que o constitucionalismo – notadamente, marcado pela experiência estadunidense⁹ –

majoritárias, a fim de abranger uma perspectiva de realização de interesses coletivos. Esta questão será novamente abordada, no próximo capítulo.

⁶ No original: “*the citizens of a political community govern themselves, in a special but valuable sense of self-government, when political action is appropriately seen as collective action by a partnership in which all citizens participate as free and equal partners, rather than as a contest for a political power between groups of citizens.*” (DWORKIN, 1998, p. 453).

⁷ Cabe, neste ponto, a referência sobre o debate apresentado por Paiva, Souza e Lopes (2004, p. 371), qual seja, se a democracia seria explicada por um “arranjo político-institucional” ou pela “cultura política”. Os autores (PAIVA; SOUZA; LOPES, 2004, p. 371) constatam que existe “uma relação de fortalecimento recíproco entre instituições democráticas e cultura política”, de modo que a última conjuga alguns valores que “são importantes para a manutenção da estabilidade democrática”. Por isso, concluem que o “arranjo político institucional garante o funcionamento da democracia, mas não é capaz de criar *per se* uma cultura política democrática.” (PAIVA; SOUZA; LOPES, 2004, p. 371).

⁸ Vale pontuar que não se ignora o tensionamento existente entre democracia e constitucionalismo. Inclusive, esta questão compõe a premissa teórica norteadora desta pesquisa, do que se ocupará no capítulo seguinte. No entanto, a constatação que ora se faz é a de que, porque produto das revoluções liberais, os movimentos constitucionais contribuíram para a consolidação da democracia como regime político associado ao Estado de Direito, como é destacado por Silva (2015).

⁹ É pertinente a diferenciação que Mendes e Branco (2020, p. 48-49) fazem das experiências constitucionais norte-americana e europeia, segundo os quais, na estadunidense, os dois poderes estatais (legislativo e executivo) já procediam do voto popular, de modo que a preocupação e discussão americanas passaram a ser sobre a necessidade de proteção das minorias, cujo contexto colaborou para que a Constituição fosse um “instrumento de submissão dos poderes a limites”.

, propicia a substituição da democracia direta pela democracia representativa¹⁰, cujos fundamentos alicerçam-se nos ideais do liberalismo (MIRANDA, 2021).

Ao definir o liberalismo, Canotilho (2003), categoriza o conceito sob as perspectivas econômica, cujo enfoque é a economia capitalista de mercado; e, política, quando estaria associado às doutrinas de direitos humanos e divisão de poder estatal. Daí porque, o pensamento liberal apresenta-se com eixo fundante do próprio constitucionalismo¹¹, ao estabelecer as condições necessárias para o estabelecimento de um Estado de Direito (CANOTILHO, 2003).

Neste quadro, o Estado de Direito consolidado pelo constitucionalismo encontra na democracia o regime político adequado ao funcionamento das instituições projetadas no desenho liberal¹², as quais terão de ser ajustadas ao interesse popular (SILVA, 2015). A necessidade liberal de governo pela lei exigiu a funcionalização da soberania popular como atributo da ordem estatal.

Com isso, a democracia foi institucionalizada, a partir da óptica soberana do povo, a qual “assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular” (CANOTILHO, 2003, p. 100). O regime democrático passou a valer na estrutura institucional, ora alicerce do próprio Estado. Em verdade, como pondera Beçak (2015, p. 49 – 50), a democracia parece ter-se autoimposto “pela sua própria força”, culminando numa atual concepção “associada ao governo representativo”.

A partir da funcionalização democrática do Estado, passou a ser objeto deste a função de “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (SILVA, 2015, p. 119). Por isso, afora a noção estritamente formal de soberania popular, ao conceito de democracia foram incorporados elementos que implicaram em sua extensividade semântica¹³. Os fundamentos do Estado liberal acompanharam referida

¹⁰ Apesar da referência à democracia representativa, ocupar-se-á desta no capítulo seguinte.

¹¹ Canotilho (2003) aponta quatro ideais do liberalismo que contribuíram para a consolidação do constitucionalismo: a) a exigência de segurança jurídica para desenvolvimento da economia capitalista; b) a possibilidade de ascensão política da burguesia por meio da atividade parlamentar; c) o princípio de mínima restrição aos direitos fundamentais econômicos relevantes; e, d) a coincidência da regra de acesso às funções políticas com o esquema censitário.

¹² Lima (2021, p. 68) anota sobre a relação democracia-Estado: “A democracia precisa do Estado de direito para manter-se firme institucional e constitucional e, por sua vez, o Estado [de] direito precisa da democracia para legitimar-se como garantidor da autonomia privada e da autonomia pública.”

¹³ Marques (2010, p. 592) traz um apontamento relevante, de que outros valores compõem a noção de democracia, tais quais: “a transparência, a visibilidade, as liberdades políticas e os direitos dela decorrente e, mais uma vez, a participação propriamente dita”. O autor (MARQUES, 2010, p. 592) considera, ainda, que à exceção da participação, “é preciso admitir, nunca, ou, pelo menos, desde o advento das democracias modernas, os outros valores ganharam uma configuração tão aperfeiçoada como a atual”. Destaca-se que os valores elencados pelo autor são, notadamente, ideais do pensamento liberal.

incorporação, tornando-se pressupostos histórico e jurídico de um novo modelo estatal, a democrático (BOBBIO, 1986)

Este movimento caracteriza-se pela incorporação da igualdade¹⁴, que se tornou um vetor-paradigma de significação material da democracia, num modelo institucional que, necessariamente democrático, passou a projetar “um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos de *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*” (SILVA, 2015, p. 120, grifo do autor). No final do século XIX¹⁵, a democracia adquiriu “o sentido de *igualdade social*, que, ao mesmo tempo, se expressa no princípio constitucional da *igualdade dos cidadãos*” (MIRANDA, 2021, p. 226, grifo do autor).

Nesse compasso, no século XX, a democracia tornou-se um pressuposto de validade universal da política. Para bem dizer, passou a expressar um conjunto procedimental para “a constituição dos governos, dos acordos e das decisões políticas vinculantes para toda humanidade” (MIRANDA, 2021, p. 226). A partir deste movimento semântico-evolutivo, destaca-se que a própria soberania popular, arrimo do regime democrático, ao mesmo passo da (re)definição semântica da democracia, foi, igualmente, ressignificada.

Daí porque Shepard (1995) atribui à democracia um conceito expansivo, no qual estar-se-iam incluídos os seguintes valores: a igualdade social e legal, as liberdades individuais, oportunidades econômicas, a simplicidade de condutas e os direitos iguais de todos em todas as relações da vida. Com isso, a participação política torna-se apenas um dos valores inseridos na ideia geral de democracia (MARQUES, 2010), embora alicerce fundante de um sistema articulado a partir da concepção popular de exercício do poder político.

Sob o parâmetro da igualdade democrática, a durabilidade da responsividade governamental às preferências dos cidadãos, conforme o entendimento de Dahl (1998, p. 26), é alicerçada sob as oportunidades participativas dos indivíduos, que, em verdade, confundem-se com as condições necessárias à própria democracia¹⁶, como coloca o autor:

[...] todos os cidadãos plenos devem ter oportunidades plenas:
1. De formular suas preferências.

¹⁴ Silva (2015) anota que o Estado Social de Direito, alicerçado sob o parâmetro da justiça social, revelou-se um marco importante na consolidação da igualdade enquanto valor jurídico no contexto evolutivo das instituições estatais.

¹⁵ Vale, aqui, o destaque feito por Beçak (2015, p. 50), segundo o qual, no século XIX, a democracia foi marcadamente alterada, “com a entrada em cena dos partidos políticos”. Com efeito, estar-se-á a referir ao papel partidário na representação democrática. Como já apontado alhures, cuidar-se-á deste ponto no capítulo seguinte.

¹⁶ O autor (DAHL, 2005) enfatiza que as referidas três condições são essenciais, mas não suficientes para a democracia. Ainda, aponta a exigência de oito garantias que os Estados democráticos devem fornecer aos cidadãos, das quais não se ocupa nesta pesquisa em razão da restrição do espaço, embora remeta-se o leitor às proposições daquele autor.

2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva.
3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.

Neste sentido, ao desenvolver uma concepção mínima de democracia, Bobbio (1986, p. 18, grifo do autor) consigna a característica marcante de ser um conjunto de regras “que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. Para além da perspectiva instrumental, soma-se uma outra condição, qual seja, da necessidade de que aqueles chamados a decidir “sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra” (BOBBIO, 1986, p. 20).

Aparece, aí, o substrato material de realização da democracia: o sujeito-cidadão torna-se centro da tomada de decisão política, ou melhor, do exercício do governo político, tornando-se, também, objeto e finalidade do próprio Estado. Isto é, “a comunidade é o conteúdo da democracia” (MIRANDA, 2018, p. 238).

De tal forma, vai de encontro a definição¹⁷ apresentada por Silva (2015, p. 128, grifo do autor), para o qual a democracia é “*um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*”. Resgatando a literalidade etimológica do termo, a centralidade democrática é o povo, pelo que a realização das escolhas populares, ora soberanas, caracterizam o fazer político democrático.

Para além do que se expôs, é de se problematizar a integralização do povo no exercício do poder. Isto é, de que forma o cidadão instrumentaliza o governo político. Daí porque, necessário avançar sobre a participação popular¹⁸.

2.1.1 A participação popular como núcleo da democracia

¹⁷ O conceito apresentado não pretende encerrar o significado do termo. Como Beçak (2013, p. 7) coloca, a evolução da democracia foi “bastante lenta e, de certa forma, recente; nunca retilínea”. Por certo, qualquer definição que pretenda encerramento do tema é insuficiente. Inclusive, o atual panorama do regime democrático é passível de críticas, sobretudo, relativas ao déficit representativo, com o que se ocupará no próximo capítulo.

¹⁸ Aqui, faz-se necessário o apontamento semântico sobre o que se pretende ao referir-se à “participação política popular”. Entende-se a transmutação do conceito e a aproximação de significado à perspectiva contemporânea de deliberação, como apontado por Beçak (2013, p. 17). Inclui nesta mesma perspectiva o caráter não consensual da tomada de decisões políticas por cidadãos, em que as instituições decisivas devem ter capacidade de operar pela agregação das visões participativas dissentes entre si (FEREJOHN, 2000). Apesar deste último ponto ser melhor discutido no capítulo seguinte, já se faz referência para os estritos fins de delimitação semântica. Pontua-se que, nesta pesquisa, mesmo ao se usar o termo sem o predicado “popular” ou, ainda, simplesmente “participação” ou “participação política”, a concepção semântica é esta aqui fixada.

Porque a soberania popular é fundamento do regime democrático, é necessário que o povo participe do exercício do poder político¹⁹. Este pressuposto, de notáveis implicações práticas, impôs desafios à evolução sistêmica da política e, até mesmo, à institucionalização da democracia.

As concepções semânticas modernas de democracia avançaram num deslocamento rumo à equiparação – talvez porque parte de uma solução operacional de exercício do poder político democrático, a qual pressupunha a representação (BEÇAK, 2013) –, à democracia representativa. Isto é, a articulação política pela representação dos cidadãos conformou um modelo institucional de regime político.

Nos termos compreendidos por Bobbio (1986, p. 44), a democracia representativa relaciona-se a um formato em que “as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte [sic] mas por pessoas eleitas para esta finalidade.”. No entanto, a redução da democracia ao modelo representativo, restrito à formalidade da relação eleitor-eleito, passou a ser questionada²⁰.

Smith (2017) faz uma crítica à representação, por considerá-la apenas como uma forma de legitimar a democracia. Por isso, caracterizar o regime democrático a partir da representatividade, para além de insuficiente, apresenta-se significativamente formal. O governo meramente representativo diminui o espaço político e as ações políticas do povo.

Estes questionamentos implicaram em novos paradigmas, os quais foram impulsionados pelo movimento de redemocratização na segunda metade do século XX (BEÇAK, 2013). Daí porque, o exercício do poder político pelo povo adquiriu uma nova roupagem, tal qual, a própria democracia²¹. Ora, por uma (re)significação sistêmica do regime político, a participação política passou a desenvolver-se de forma contígua às possibilidades de oposição política pública (DAHL, 2005), esta, então, gênese das mencionadas transformações redemocratizantes.

¹⁹ Neste ponto, servem as contribuições de Bobbio (1986) que, ao examinar a teoria de Rousseau, pondera que o exercício democrático pela representação, em verdade, funda-se numa concepção relativa de democracia, na medida em que a soberania do povo não seria passível de ser representada. No entanto, o mesmo autor pondera pelas dificuldades instrumentais de operacionalização democrática de forma diversa da representação.

²⁰ Para Smith (2017), as soluções da democracia representativa reduzem a participação popular a um nível mínimo, a ponto de reservar ao povo atividades estritamente relacionadas às eleições ou a eventuais protestos. Esse caráter reducionista seria o ponto crítico do governo representativo.

²¹ Vale, aqui, a observação de Rothenburg (2013, p. 254), para o qual as teorias da democracia – empenhadas numa formulação classificatória do regime político –, “têm muito de conteúdo, ou seja, distinguem-se substancialmente, e fazem-se todas acompanhar de um modo de aplicação relativamente próprio, ou seja, distinguem-se também adjetivamente.”.

Faz parte desta compreensão democrática, a concepção de Fishkin (2010), que aponta para a existência de três valores internos ao design de democracia: igualdade política, participação e deliberação²².

Dworkin (1998) condiciona o exercício democrático a uma necessária igualdade substancial entre todos os cidadãos para participar e ter voz nas tomadas de decisões coletivas, de modo que os indivíduos possam deliberar e executar as escolhas políticas da coletividade. Para além disso, ao fazer um contraponto com o modelo de agregação, Ferejohn (2013) defende que a deliberação pretende posicionar o exercício do poder político para além de um mecanismo agregativo-somatório de pontos de vista e preferências políticas, a fim de permitir a ação pública desejável, ora voltada à coletividade.

No que se refere à participação popular, novamente Fishkin (2010, p. 68, tradução nossa), a coloca como “um valor político que tem independência em relação à deliberação e à igualdade política”²³, porque é o elemento que mais se aproxima, em conteúdo, das massas populares. Tal como distingue Shepard (1995), a participação típica da soberania popular é aquela do povo propriamente dito, então entendido para além do eleitorado votante ou de determinada população de um país.

De outro lado, Silva (2015, p. 133) considera a participação como um princípio do regime democrático, que permite a efetiva expressão da vontade popular. Por sua vez, Canotilho (2013, p. 301) aponta para a existência do princípio da participação, o qual permite a radical democratização da sociedade, por meio da otimização direta e ativa dos cidadãos nas tomadas de decisões políticas. Apresenta-se, reconhecidamente, como um direito de construção participativa na tomada de decisões coletivas (PATMORE, 2015).

Com isso, pode-se apontar que a democracia requer “a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental” (SILVA, 2015). Verifica-se, por isso, uma relação de subsistência-*enforcement* entre a participação política e o regime democrático. Em verdade, a democracia implica no uso de instrumentos de discussão e razão para a tomada de decisões políticas (SHEPARD, 1935), ao que serve a participação dos cidadãos no processo político.

Daí porque, Patmore (2015), tomando uma perspectiva procedimental, indica que o direito de participação política pode expressar-se em três princípios: 1) a escolha de

²² Não se pretende esmiuçar os conceitos de cada um dos elementos apresentados pelo autor, justamente, pela limitação e objetivos desta pesquisa. A digressão que se faz visa apenas a contextualização da questão.

²³ No original: “*The point is that participation is a political value that has independent standing from deliberation and political equality*”.

representantes por meio de eleições diretas; 2) os eleitos, sozinhos, tomarem decisões legislativas e executivas em nome dos cidadãos; e, 3) os eleitores poderem tomar decisões políticas por meio do uso eventual do referendo e do plebiscito.

Note-se, ainda, que o exercício da participação política se aproxima do modo de realização da própria democracia²⁴. Ora, a soberania popular, materializada no exercício do poder político pelo povo²⁵, passou a implicar direitos de natureza democrática²⁶, ora propulsores do funcionamento e caracterizadores do respectivo regime político.

Ao condicionar a democracia à participação política, Dahl (2005) coloca a última de forma diretamente proporcional à popularização do *locus* político. Isto é, quanto maior for a expressão da soberania popular, mais inclusivo será o regime político. Por isso, contextualiza-se a afirmação do autor (DAHL, 2005) de que “desenvolver um sistema de contestação pública não é necessariamente equivalente à democratização plena”. A participação popular articula-se com interdependência à possibilidade de exercício de oposição pública.

Daí porque, afirma-se que a ampliação das possibilidades de participação aproxima as instâncias governamentais aos ideais democráticos, na medida em que coloca o cidadão no centro das tomadas de decisões da coletividade (SPRAGUE, 2000), propiciando espaços de disputa de ideias. A participação popular identifica-se na possibilidade de construir deliberações a partir das diferentes perspectivas dos sujeitos-cidadãos. O marco de rompimento da mera representação política seria, exatamente, a apropriação do debate pelo povo (SMITH, 2017).

Smith (2017, p. 76) considera que a participação política “deve incluir tanto os meios para participar dos mecanismos formadores de opinião, como a participação no processo de tomada de decisão”²⁷. Aparece, com isso, uma noção abrangente da participação política popular. Para que o cidadão participe da política exige-se a expressividade popular não apenas nas tomadas de decisões, mas também, na formação de uma agenda opinativa da política.

²⁴ Silva (2015) apresenta três formas de exercício do poder democrático: as democracias direta, indireta e semidireta. Tais formas refletem maneiras de execução da participação política.

²⁵ Beçak (2013, p. 12-13) destaca a democracia “semidireta” como modelo expressivo de exercício da participação política direta nas escolhas políticas, por meio da qual “a população decide diretamente, quando assim demandada, sobre determinada matéria.”. Nesta pesquisa não se pretende discutir os modelos de democracia, tampouco debruçar-se na modelagem apresentada. Mas, nesta oportunidade, aponta-se a colocação do autor, indicando a importância dos mecanismos de realização direta do poder popular para concretização da participação política.

²⁶ Patmore (2015) aponta para a existência de “direitos democráticos”, os quais foram consolidados no século XIX, a partir do movimento burguês no Reino Unido, podendo ser identificados em seis pontos básicos: sufrágio universal; voto secreto; extensão da capacidade de votar e ser votado àqueles que não possuíam propriedades; pagamento aos membros do parlamento; igualdade entre os eleitores; e, eleições periódicas.

²⁷ No original: “*Participation in politics must include both the means to participate in the opinion forming mechanisms of debate and deliberation as well as participating in the decision making process.*”

Ou melhor, a participação política tem o aspecto elementar de habilidade-possibilidade para que cada cidadão possa participar do debate público, contribuindo sob sua perspectiva, de modo significativo a ponto de ser considerado e levado a sério pelos outros²⁸ (SMITH, 2017).

Com isso, pode-se indicar, como faz Silva (2015, p. 143), para a existência de uma concepção de democracia que se caracteriza “pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo”. Ora, a participação popular ultrapassa o processo formal de representação para se instrumentalizar como eixo de um governo de maior radicalidade democrática.

De tal forma, fixa-se a participação popular como núcleo central do regime democrático. Para além de radical da democracia, é marco de instrumentalização e legitimidade do poder político institucionalizado. Na sequência, traça-se algumas nuances da participação popular nesta pesquisa para, encaminhando à segunda sessão do capítulo, analisar a legitimação política das instituições.

2.1.2 O conteúdo da participação popular

Partindo da essência da participatividade para a compreensão semântica da democracia, neste momento, importa delimitar o conteúdo da participação.

Neste sentido, para Sen (2010), o desenvolvimento da sociedade é condicionado a cinco liberdades instrumentais²⁹, dentre as quais as liberdades políticas. Faz parte da compreensão destas liberdades, as “oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios”, representando “a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, de ter liberdade de expressão política e uma imprensa sem censura, de ter a liberdade de escolher diferentes partidos políticos etc” (SEN, 2010, p. 58). Nesta perspectiva, a construção política, efetivamente, perpassa pela participação popular, concretizada na performance do sujeito político como um debatedor público e partícipe de discussões da sociedade.

²⁸ Smith (2017) adverte que tais possibilidades do cidadão participar da política partem do pressuposto de que todos estejam sob um mesmo parâmetro de igualdade. De fato, a questão da igualdade aparece criticamente aos ideais de participação política. No capítulo seguinte, ao tratar-se dos desafios da democracia, abordar-se-á este ponto de modo mais detido.

²⁹ As liberdades instrumentais – tipificadas pelas liberdades políticas, as facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora –, Sen (2010, p. 58) destaca que “tendem a contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, mas também tem o efeito de complementar umas às outras”, relações estas que se tornam “essenciais para uma compreensão mais plena do papel instrumental da liberdade.”

É por isso que a participação incorpora significados que estão igualmente encartados à democracia, da mesma forma que a última condiciona a primeira. Como destacado por Sen (2010), a participação popular assegura a possibilidade de discussões e debates públicos, que se colocam de forma paralela e entremeada à realização democrática, já que as alterações públicas desempenham um papel fundamental na construção dos próprios valores da sociedade.

O debate público e a discussão política de questões da sociedade possibilitam ao indivíduo ocupar uma posição de centralidade política, ao que funcionaliza a participação popular. A participação, então, passa a compor a realização das escolhas políticas, concretizando a vontade popular. Na perspectiva de Sen (2010), a participação do sujeito materializa-se na capacidade de articulação cidadã e na possibilidade de envolvimento do indivíduo nas discussões da sociedade.

Nesta óptica, as instituições da democracia deixam de ser meros instrumentais mecânicos; ao invés, estão funcionalizadas a partir da mobilização e alteração da sociedade, funcionalidades que se tornam elementos de validação institucional.

Em outras palavras, a participação popular proporciona um percurso institucional bidirecional; qual seja, serve tanto à formatação das instituições, como impulso para ampliação progressiva da participatividade dos indivíduos. Daí porque, há uma auto complementação da participação, já que quanto mais participatividade, maiores são as condições que propiciam a atuação política do cidadão. Assim, o processo participativo é integralizado não apenas pelos benefícios de discussão das questões da comunidade, mas também pelo fomento e desenvolvimento do próprio regime democrático (SEN, 2010).

A participação proporciona a amplitude e o alcance da própria democracia (SEN, 2010). Isso porque, a participação popular pode ser entendida a partir da possibilidade-capacidade dos indivíduos discutirem publicamente, entre si e na coletividade, sobre os variados assuntos da sociedade.

Nesta perspectiva, a participação popular aproxima-se da ideia de concertação, entendida como um trespasse da relação unilateral do indivíduo com o Estado, como é desenvolvido por Moncada (2009). O autor examina a participatividade sob a perspectiva administrativa, a partir da interação entre os cidadãos e a Administração Pública. A atuação cidadã permite a produção de influências processuais e procedimentais. Por isso, cria-se uma espécie de fluxo ativo da cidadania nas instâncias decisórias do Estado, a fim de afetar as configurações institucionais e as tomadas de decisões políticas³⁰ (MONCADA, 2009). Os

³⁰ Neste ponto, importante as constatações de Diz e Caldas (2016, p. 85), que estabelecem uma relação entre a participação popular e a boa realização das políticas públicas, segundo os quais “a qualidade, a pertinência e a

sujeitos, então, colaboram e influenciam no processo decisório, por meio da discussão de seus próprios interesses³¹.

Diz e Caldas (2016) observam a importância deste modo de compreensão da participação, na medida em que – por possibilitar uma significativa ampliação democrática –, igualmente, contribui para o aumento da legitimidade decisória das instituições. Por isso, afirma-se que a participação popular impulsiona a construção compartilhada das escolhas públicas. O contato antes unidirecional estabelecido na relação Estado-povo é modificado para uma arrumação bidirecional entre o cidadão e as instituições (MONCADA, 2009).

A abertura destes pontos de contato entre o indivíduo e as instituições possibilita que os cidadãos colaborem com as tomadas de decisões políticas (DIZ; CALDAS, 2016), tornando-se, mediamente, agentes construtores da própria democracia. Assim, a sociedade civil empodera-se por meio da atuação dos indivíduos no *locus* público, realizando debates em prol da coletividade.

É neste sentido, então, que o conteúdo da participatividade aproxima-se da ideia de deliberatividade que é percorrida por Beçak (2014). A participação popular supera a semântica estrita da realização de escolhas pela maioria ou a tomada de decisões restritas ao conceito de sufrágio. Passa a ser entendida, então, como a participação dos sujeitos “em um processo coletivo, no qual a livre exposição de ideias e suas justificativas para que a decisão seja tomada num sentido ou noutro, serão livremente debatidas, com iguais oportunidades” (BEÇAK, 2014, p. 75).

Esta é, portanto, a perspectiva que se adota. A participação expressa um modelo construtivo de transformação da sociedade, para além de um molde simplesmente agregativo das preferências dos cidadãos³². Pode-se dizer, então, que a participação popular é a ação

eficácia das políticas públicas implicam uma ampla participação da cidadania. Uma participação reforçada de deveria gerar uma maior confiança nos resultados e nas instituições das quais emanam as políticas públicas.”.

³¹ Aqui, vale destacar a consideração feita por Moncada (2009, p. 143-145, grifos do autor), de aproximação dos interesses privados do debate público, bem como da importância do primeiro para o ganho democrático das decisões estatais, de modo que “a **concertação** ou consensualidade é uma alternativa à tradicional unilateralidade da decisão e actuação administrativas. Nesta medida, manifesta também o fenómeno da **participação** administrativa e a presença do interesse privado na formação da mesma decisão, repudiando as concepções, tão apreciadas no nosso país, para as quais o interesse público se opõe necessariamente²⁰ privado e é exclusivo da Administração, o que tem consequências dogmáticas vastíssimas no direito administrativo, mas que não podem ser agora e aqui tratadas...”.

³² Vale dizer que Beçak (2014) faz essa constatação ao tratar da “deliberação”, anotando que, além de conceituações, a deliberatividade envolve um substrato material, tal qual, a expressão dos valores de uma discussão, anterior, mas trespassada à mera tomada de decisões políticas. Aqui, adotamos essa perspectiva – sem fazer a distinção terminológica – para utilizar, semanticamente, a concepção de deliberação à de participação nesta pesquisa.

coletiva de discussão pública de ideias pelos cidadãos, livres e iguais, com amplo debate de opiniões para a tomada das decisões políticas.

2.2 Legitimidade do poder político

O debate sobre a legitimidade política perpassa pela compreensão da soberania do Estado, senão, também do modo de exercício do poder político. A manifestação estatal, dotada de autoridade própria, é fruto da expressão dos valores políticos da sociedade³³, então racionalmente institucionalizados e funcionalizados à consecução das finalidades escolhidas pelos indivíduos. A autoridade estatal está entrelaçada à legitimidade normativa das instituições, porque o exercício do poder deve fundamentar-se nas normas que constituem o Estado.

Também vale dizer que o problema da legitimidade se coloca imiscuída num regime político. Nitidamente, o exercício do poder estatal interpenetra a própria dimensão institucional, sobretudo, enquanto forma do Estado. Silva (2015) destaca que o regime político possui duas dimensões: ao mesmo passo que expressa um conjunto de instituições e princípios que delimitam determinado modelo estatal, também possui uma modelagem ativa, dada a existência do necessário elemento funcional de atividade e fim estatais. Em poucas palavras, o regime político consolida “a estrutura global da realidade política com todo o seu complexo institucional e ideológico” (SILVA, 2015, p. 126).

Para além disso, Kelsen (2005) aponta a soberania como uma qualidade essencial do poder do Estado, o qual significa a própria validade e eficácia da ordem institucional³⁴. O Estado é uma autoridade suprema, eis que capaz de emitir comandos obrigatórios àqueles subordinados ao seu domínio. Essa autoridade deriva de uma correspondente ordem normativa, na qual fundamenta-se uma autorização consequente, que possibilita a imposição de normas e comandos pelas instituições aos indivíduos, que a respeitam com base num mesmo reconhecimento normativo.

Afirma-se, então, que a soberania do Estado possui um fundamento normativo de validade e eficácia (KELSEN, 2005). Isto é, não se pode falar num poder soberano que não encontre seu exercício estabelecido a partir de normas jurídicas. A ordem jurídica de um Estado

³³ Weffort (1988, p. 9) destaca que a legitimidade pressupõe a existência de “crenças, normas e valores que [...] plasman o espaço das ações e das relações sociais, estas sempre ligadas à noção de uma reciprocidade entre os atores.”.

³⁴ Na análise feita por Kelsen (2005, p. 364), a partir dos característicos traços positivistas do autor, o poder tem uma roupagem específica de validade e eficácia da própria ordem jurídica, “de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo.”.

conforma o exercício do poder político. A autoridade estatal deriva de uma capacidade jurídica de realização do poder estatal.

Daí porque, no Estado Moderno³⁵, o poder é jurídico, originário e embasado a partir da consolidação normativa da cessão de autoridade às instituições para realização dos valores da sociedade (DIAS, 2011). Ao mesmo passo que a soberania é condicionante da normatividade que a garante, ela mesmo consolida o exercício do poder que funda (CHUEIRI; GODOY, 2010). É nesse sentido que a soberania aparece como expressão de um poder jurídico-normativo³⁶, a partir do qual se estruturam as próprias instituições.

De antemão, já é o caso de registrar que a ideia de soberania, atualmente, vê-se embutida num movimento que ultrapassa as fronteiras nacionais. Isso porque, o exercício democrático, na atualidade, “implica a existência de uma intersecção, de uma integração política entre Estados e também uma nova concepção de cidadania” (DIAS, 2011, p. 63). O próprio Kelsen (2005) faz esse destaque, apontando para a tendência de objetivismo estatal, no qual reconhece-se a existência de uma ordem jurídica internacional³⁷.

De toda maneira, no percurso revolucionário francês que antecedeu a Queda da Bastilha de 1789, o pensamento de Sièyès (2001) foi fundamental para firmar a ideia de soberania entrelaçada à normatividade. O abade francês entendeu que a ordenação jurídica de um Estado, ora fundadas a partir de uma Constituição, pressupõem a existência de um poder imanente à nação, o qual representava a soberania popular. Em verdade, o autor referia-se à existência de um poder constituinte, superior aos demais poderes e de impossível modificação.

A fundação do Estado estaria submetida à vontade autônoma desse poder, não vinculada ou dependente de nenhuma outra condicionante que não a si mesmo (SIÈYÈS, 2001). Neste

³⁵ Importante as considerações de Miranda (2018, p. 12-13, grifo do autor) sobre os traços do Estado Moderno, com destaque para o constitucionalismo liberal e a importância que passa a ser atribuída à Constituição: “O constitucionalismo moderno desponta, como se sabe, estreitamente ligado a certa ideia de Direito – a ideia de Direito liberal, de liberdade política e de limitação do poder. [...] Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância aos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.”

³⁶ Para Silva (2015, p. 109, grifo do autor): “o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a *soberania do Estado* [...]”.

³⁷ Embora não se pretenda entrar neste ponto, já que extrapola o objeto desta pesquisa, registra-se que Kelsen (2005) faz uma longa abordagem sobre a coexistência de ordens nacionais soberanas e uma ordem jurídica internacional. O autor (KELSEN, 2015, p. 521-591) vale-se de duas teorias monistas, o objetivismo e o subjetivismo, para discutir sobre a soberania e a relação de primazia entre o direito nacional e internacional – um sobre o outro, inobstante essa reflexão possa levar a “conclusões que se opõem ao conteúdo efetivo do Direito Positivo” –, além de reconhecer o direito internacional e, o que se pode sintetizar, a coexistência de soberanias.

sentido, a vontade soberana nacional³⁸ aparece num grau de aproximação ou, até mesmo, de confusão com o próprio poder constituinte. É essa vontade nacional soberana que constitui o Estado. A fundação do Estado perpassaria pela manifestação do poderio soberano, isto é, pela criação de uma ordem jurídico-normativa. A ideia do francês funda na vontade nacional, dotada de absoluta autonomia de existência, a origem de toda ordenação estatal, como arremata o autor (SIÈYÈS, 2001, p. 50):

O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto fiel às leis que forem impostas. A vontade nacional, ao contrário só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade.
Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está.

A propósito, torna-se relevante lembrar a teoria de Kelsen (2005), sobre a existência de uma norma fundamental predecessora à ordem normativa, dotada de validade. É certo que a ideia do jurista austríaco não expressa, identicamente, o poder constituinte tal como tido pelo abade francês. No entanto, existe um ponto de similitude paralela no pensamento kelseniano, qual seja, a existência de uma norma fundamental da ordem jurídica, válida em si mesmo, com a função de “conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato.” (KELSEN, 2005, p. 170).

Vale destacar, ainda, as considerações de Bonavides (2015), para o qual, progressivamente, houve um deslocamento da soberania nacional, no modelo teorizado por Sièyès, para o ideal de soberania popular. Enquanto na prática francesa o órgão constituinte encerrava o exercício da soberania nele mesmo, na experiência norte-americana as realizações do poder constituinte foram condicionadas a uma legitimação posterior, pelo povo³⁹. O ideal norte-americano expandiu-se mundo afora, a partir do qual a organização política consolidada num texto constitucional, em última instância, deve refletir o próprio povo, “titular da soberania e base de todos os poderes constituídos” (BONAVIDES, 2015, p. 159).

³⁸ Neste ponto, relevante o comentário feito por Chueiri e Godoy (2010, p. 162) sobre a ideia de nação para o autor francês: “é importante destacar que a ideia de soberania, para Sièyès, fundava-se na soberania nacional, e não na soberania popular, pois para ele a ideia de povo estaria subsumida na ideia de nação.” Destaca-se que a própria ideia de povo – como conceito alargado, inclusivo; e, prospectivamente, evolutivo à ideia de nação –, só vai aparecer com o desenvolvimento do próprio Estado, muito em virtude do surgimento de uma nova ordem de preocupação social, como apontado por Beçak (2014). Já para o abade francês (SIÈYÈS, 2001), a nação é representada pelo Terceiro Estado, o qual se sobrepunha, em termos de importância e relevância política, à nobreza e ao clero. Por isso, justamente em razão da noção de povo não ter aparecido à época, não se pode afirmar que Sièyès fizesse referência ao que, atualmente, entende-se como soberania do povo (popular).

³⁹ Sobre essa questão, sintetiza Bonavides (2015, p. 160): “Em suma, de acordo com a doutrina da soberania popular, há duas alternativas teóricas, seguidas historicamente: a francesa, segundo a qual a Constituinte é o povo (concepção falsa, visto que a soberania é de natureza indelegável), e a americana, que vê na Constituinte ou Convenção apenas uma assembleia limitada cujo trabalho se legitima unicamente com a aprovação do povo.”.

Como colocam Chueiri e Godoy (2011, p. 166), há um movimento dinâmico entre soberania e os poderes constituinte e constituído, o qual refere-se, em última análise, à “capacidade do povo de se autolegislar e fundar a ordem normativa que lhe regerà”. A autonomia soberana de constituir as normas da sociedade é que condiciona o exercício do poder político. Daí porque, serve a afirmação de Dias (2011, p. 56), para a qual a “autoridade nada mais é do que a expressão do poder político legitimado no momento em que as relações sociais entre governantes e governados se estabilizam”.

Essa estabilidade⁴⁰ ocorre, então, na manifestação da vontade soberana do poder constituinte. Ou seja, encontra na Constituição o encerramento da formatação jurídico-política do poder, sendo a expressão normativa do próprio poderio do Estado. Em verdade, como coloca Miranda (2018), a vontade implica poder, de modo que a Constituição – por ser um ato de vontade do poder constituinte –, também é um ato de poder.

Se a ordem normativa é fruto da manifestação da soberania, pode-se falar de uma relação típica entre o cidadão e a norma constituída; senão, até de uma convicção popular de cumprimento e validação dessa norma da coletividade. Aliás, essa ideia remete aos princípios revolucionários antiabsolutistas, a partir dos quais o poder desloca-se da titularidade do monarca e passa para o povo (BEÇAK, 2014). Essa nova titulação do poderio e a subsunção do Estado a uma forma legal coloca o exercício do poder numa lógica diversa do que então era verificada.

A partir dessa lógica, para Arendt (2001), o poder é uma ação coletiva, advinda da ação conjunta dos cidadãos. O poder presume uma coletividade, sem a qual não há modo de manifestação, tampouco razão de realização. Isso porque, o exercício do poder presume a existência de um ambiente político comum, no qual os titulares da soberania possam, conjuntamente⁴¹, realizar as escolhas políticas. Por isso, o exercício de poder é a capacidade humana de agir em conjunto, numa mesma ação coletiva.

Neste sentido, a autoridade, no pensamento de Arendt (2001, p. 37), não se impõe a partir da força ou pela violência⁴², sendo marcada pelo “reconhecimento inquestionável por

⁴⁰ A estabilização da relação governantes-governados não significa ausência de tensionamento, mas também não expressa uma volubilidade. “Se é o poder constituinte um impulso, ele funda a Constituição, mas nela permanece em tensão com os poderes constituídos.” (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 165). Esse movimento é típico dos regimes políticos democráticos, em que se verifica um processo dialético entre o poder e a soberania popular.

⁴¹ Neste sentido, a colocação de Dias (2011, p. 59): “O poder político, sob essa perspectiva, não se restringe a uma relação social de mandato e obediência, de coerção, de domínio. O poder deve ser fruto do consenso, do processo deliberativo que englobe o povo, a comunidade.”

⁴² No que tange à questão da violência e poder para Arendt, seguem os comentários de Siqueira (2007, p. 89): “Já a violência tem seu caráter instrumental. [...] Violência e poder são elementos opostos, onde um domina absolutamente o outro está ausente.” Para a filósofa alemã, o poder pode ser substituído pela violência, já que a

aqueles a quem se pede que obedeçam; nem a coerção nem a persuasão são necessárias”. Há uma verificação de reciprocidade entre os titulares do poder e a autoridade do exercício político-institucional. Essa característica implica reconhecimento das instituições pelos cidadãos. De tal sorte, o exercício de autoridade se verifica sem a coarctação dos sujeitos, por meio da legitimação da atuação estatal. Não se verifica uma justificação do poder, como ocorre com a violência; ao contrário, há uma legitimação da autoridade, o que se torna inerente à existência das comunidades políticas (ARENDR, 2001).

É certo que a autoridade, por si só, não guarda suficiência de exequibilidade. Tampouco poder-se-ia afirmar que a imediata e simples observância normativa implica legitimação do poder. A partir da ideia de Arendt (2001), tem-se que outra óptica de análise, o poder é fruto do constructo coletivo; necessariamente, íntimo à ação social coletivamente ordenada. Isto é, faz parte da legitimidade do poder a expressão da vontade popular, do mesmo povo que, enquanto pressuposto do poder político, também deve ser parâmetro ontológico de realização do poderio estatal.

Daí porque, Dias (2011, p. 59) afirma que “não basta apenas o cumprimento das normas constitucionais”, sendo necessário que “o exercício do poder político por meio dos órgãos estatais expresse verdadeiramente os interesses sociais, os valores mais profundos da comunidade.”. Aparece, com isso, a dimensão axiológica intrínseca aos regimes políticos⁴³. A bem da verdade, o modo de ser do Estado expressa, imanentemente, o perfilamento valorativo de uma comunidade política.

Os valores constitucionalmente previstos devem ser, então, diretamente refletidos no exercício do poder institucionalizado. Em outras palavras, o poder não se consolida apenas a partir da eficácia normativo-institucional; mais que isso, o regime político exige a validação axiológica como condicionante de exercício do poderio estatal (SILVA, 2015). O traço distintivo dessa acepção⁴⁴ é a dinamicidade⁴⁵ da concepção sobre o próprio Estado, a qual sobrepõe-se às restritivas atividades de governança ou à simplista execução de tarefas institucionais (SILVA, 2015).

última passa por um processo de glorificação, em razão da “burocratização da vida pública, a frustração do agir no mundo contemporâneo e a monopolização da violência.” (SIQUEIRA, 2007, p. 89).

⁴³ Conforme Baracho (1986), o regime político aparece como uma compreensão evolutiva das ideias sobre as formas de Estado. Essa ampliação deve-se, justamente, em razão de uma expansão semântica do modo de entender as organizações e comunidades políticas.

⁴⁴ A acepção que aqui se adota segue o mesmo entendimento de Silva (2015), o qual filia-se à definição da escola espanhola de Barcelona.

⁴⁵ Muito desse caráter dinâmico deve-se em razão de a democracia ter-se consolidado como Forma de Estado mundo afora em contraposição às autocracias. É da natureza democrática estabelecer-se num arranjo ordenado de organização institucional, mas não estático ou imobilizado; ao revés, em constante movimentação dialética e progressivamente construtiva (BEČAK, 2014; CHUEIRI; GODOY, 2010).

Daí porque, afirma-se que todas as organizações políticas fundam-se em determinados valores políticos. Para Miranda (2018, p. 38), esses valores servem, de parte, para “alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem”. O exercício do poder deve lastrear-se nos valores que compõem o regime político, os quais tornam-se condicionantes para a respectiva realização do poderio estatal. Em outras palavras, a realização do poder deve apoiar-se na composição do regime político, que é representado pela “síntese integradora das instituições, das forças e das ideias que operam numa sociedade”⁴⁶ (SILVA, 2015, p. 126).

Pode-se dizer, portanto, que o poder do Estado deve manifestar-se com escopo na fundação axiológica da comunidade política. Aliás, o regime político avança num movimento de significação do modo de ser estatal. Baracho (1986) já colocava que, para além da fundamentação do poder na autoridade, deve existir uma conformidade de fim à organização política, então consolidada num complexo estruturante das instituições, o regime político.

O mesmo autor (BARACHO, 1986) sistematiza a existência de um regime político a partir da identificação de quatro componentes. Isto é, a dimensão valorativa da organização política provoca uma nova compreensibilidade sobre a organização política do Estado. O regime político se caracteriza pela existência de um núcleo central de ideias – isto é, de ideologias, então fixadas como princípios constitucionais, as quais inauguram uma fórmula institucional específica –, de tal modo apoiado na legitimação do poder e correspondendo a uma específica ordem econômica e social (BARACHO, 1986).

Como se observa, passa a ser imanente ao Estado uma lógica de estabelecimento não apenas pela autoridade; mas, em verdade, a partir de uma nova estruturação institucional. O Estado sai da abstratividade de poderio especulativo e concretiza-se a partir de fundamentos ideológicos factuais, os quais amparam a legitimação da autoridade política. Aliás, para Baracho (1986, p. 184), “a legitimidade do regime é essencial para a sua própria configuração”.

Vale ressaltar que a Constituição passa a ocupar um papel elementar nesse movimento de redefinição da organização política⁴⁷ e dos próprios valores políticos. Os textos

⁴⁶ Aqui, valem as colocações de Baracho (1986, p. 184) sobre a complexidade dos modelos estatais, sobretudo, em razão da amplitude de possibilidades institucionais e de demandas sociais, então conciliadas numa forma de organização da política: “As doutrinas políticas e suas respectivas teorizações, que se materializam institucionalmente, devem perceber que surgem de um conjunto de propostas coerentemente integradas, de maneira a possibilitar a conciliação das necessidades sociais autênticas, com as soluções institucionais.”

⁴⁷ Bonavides (2015, p. 189) aponta para a existência de uma transformação do próprio constitucionalismo, a partir do surgimento e incorporação normativa dos valores sociais: “como estamos em plena idade do Estado social, a busca desesperadora de reconhecimento e efetivação dos direitos sociais parece representar a tarefa mais árdua e importante dessa forma de Estado. [...] Urge sobretudo que a ‘juridicidade’ das Constituições não seja diminuída; ‘juricidade’, que não é abstrata nem insulável, porquanto reside já na força normativa da Constituição-lei, já na própria normatividade da esfera fática, reino da Constituição-realidade.”. Em igual sentido, Miranda

constitucionais abandonam uma concepção formalista, típica do positivismo jurídico, e adquirem uma substancialidade material (BONAVIDES, 2015). Essa alteração lógica no modo de concepção normativo-constitucional modifica a estruturação valorativa do Estado, impondo reflexos, também, na forma de cumprimento das normas constitucionais.

Como coloca Bonavides (2015, p. 189), a característica material do texto constitucional contribui para “fazer firme e incontestável a observância, a autoridade e a força imperativa” da Constituição-realidade, a fim de produzir “uma perfeita adequação do constitucional ao real”. Via de consequência, como afirma Miranda (2018), existe uma relação intrínseca entre a diversificação dos conteúdos de uma Constituição e as variações dos regimes políticos. Isto é, cada regime político corresponde a uma determinada semântica da respectiva Constituição em sentido material.

Por certo, como se observa, a tipicidade do regime político implica a forma como serão realizadas as escolhas políticas na realização do poder por meio da autoridade. Por isso, Silva (2015) coloca que, atualmente, diferem-se duas formas de regimes políticos, os autocráticos e democráticos. Essa percepção fora desenvolvida por Kelsen (2005), ao contrapor a democracia com a autocracia, tomando-as um critério para definir a forma como a ordem jurídica de determinado Estado é concebida⁴⁸.

2.2.1 O exercício do poder político na democracia

A partir deste enfoque, para o jurista (KELSEN, 2005, p. 406), a democracia “significa que a ‘vontade’ representada na ordem jurídica do Estado é idêntica às vontades do sujeito”. Daí porque, o regime político democrático caracteriza-se pela instituição democrática como valor-princípio imanente à organização política. De tal sorte, esses Estados têm na democracia um modelo compromissário de conciliação dos interesses da sociedade, que se aproxima do ideal de autodeterminação, o qual, por sua vez, impõe como exigência que “a ordem social seja criada pela decisão unânime de todos os seus sujeitos e que permaneça em vigor apenas enquanto goza da aprovação de todos” (KELSEN, 2005, p. 408).

(2018, p. 14) aponta para a progressiva incorporação de valores nos textos constitucionais, num processo evolutivo que “deixa de se considerar como padrões fundamentais da vida coletiva as liberdades individuais e a separação dos poderes para, ou acrescentar-lhes direitos econômicos, sociais e culturais (o Estado Social de Direito), ou para acolher diferentes sentidos da pessoa humana e do povo e diferentes tarefas do poder político (o Estado marxista-lenista, o facista e fascizante e o de fundamentalismo islâmico).”

⁴⁸ No que tange à composição dos regimes políticos, Kelsen (2005, p. 407) destaca que cada Estado “representa uma mistura de elementos de ambos os tipos [democracia e autocracia], de modo que algumas comunidades estão mais próximas de um pólo, e algumas mais próximas do outro. Entre os dois extremos existe uma profusão de estágios intermediários, a maioria dos quais sem nenhuma designação específica.”

Percebe-se que, para além do desenvolvido na parte anterior dessa pesquisa, a democracia torna-se uma condicionante de exercício do poder político e da autoridade estatal. É a exigência democrática estabelecida como princípio normativo – de que o poder seja realizado pelo povo –, que, afora a função de moldar o funcionamento das instituições, torna-se parâmetro de validação da autoridade. Isto é, a democracia permite a sujeição voluntária de todos os indivíduos a uma ordem jurídica (KELSEN, 2005), o que passa, então, a legitimar o poderio estatal.

A propósito, os mesmos valores democráticos – inerentes ao regime correspondentemente lastreado na democracia –, tornam-se princípios⁴⁹ estruturantes da organização política. Como entende Bonavides (2015, p. 264), a inserção constitucional de princípios apresenta-se uma relevante “revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo”, em virtude de os princípios espargirem “clareza sobre os entendimentos das questões jurídicas”, inobstante a complexa relação entre as normas no interior de um sistema normativo.

Os princípios tornam-se leis, constituindo parte integrativa das normas jurídicas, isto é, passando a compor o arcabouço jurídico-normativo. Daí a fundamentalidade, senão o caráter relevantemente estruturante e condicionante dos princípios sobre o modo de ser do Estado e da organização política. Comentando os pensamentos de Quadri, Bonavides (2015) indica que os princípios são normas primárias, intimamente derivados da vontade social. Por isso, ao se tornar princípio, a democracia passa a ter uma tal normatividade, ao ponto de valer-se como norma jurídica estruturante da organização política, achando-se em relação direta com o exercício do poder e da realização da autoridade, exatamente, na base do sistema político-normativo (BONAVIDES, 2015).

Isto é, a democracia torna-se, efetivamente, o parâmetro para o exercício do poder e formatação da organização política do Estado. Em outras palavras, “toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder” (SILVA, 2015, p. 135). Daí porque, a anotação de Baracho (1986, p. 184), segundo o qual as organizações

⁴⁹ Bonavides (2015, p. 295, grifo do autor) elucida as características dos princípios, bem como a relação destes com os valores da sociedade: “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arrestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência *principal* [...]”.

políticas ocidentais “expressam-se através do poder político que recebe sua legitimação do corpo eleitoral, cuja extensão produziu modificações essenciais na natureza de seus regimes.”.

Na linha de raciocínio que se expõe, pode-se dizer que a democracia se torna a ideia para legitimação do poder político. Silva (2015), inclusive, coloca-a como condição para realização de todos os outros valores políticos da sociedade, no que se incluem os direitos individuais⁵⁰. Nota-se, portanto, uma sistematização política em torno da democracia enquanto princípio-valor; isto é, como estrutura fundante da organização política. Nesta perspectiva, o regime democrático, então, pode ser compreendido como aquele em que há a “participação consensual do povo, em clima de liberdade, com igualdade na formação dos órgãos do poder e o seu exercício.” (BARACHO, 1986, p. 183), o que encerra, cabalmente, uma forma de ideologia para a organização política.

De toda sorte, essa ideologia democrática passa a espalhar-se difusamente no Estado, fundamentando a realização da autoridade e tornando-se parâmetro de validação de legitimidade do exercício da autoridade. De outro modo, partindo do pressuposto que a democracia requer “a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental” (SILVA, 2015, p. 138), pode-se dizer, então, que só é legítimo o poder democraticamente exercido.

Por isso, pode-se entender que a democracia é condição de “legitimidade e existência do próprio Estado na realização de suas atribuições políticas e institucionais” (DIAS, 2011, p. 61). Isso porque, como coloca Weffort (1988, p. 13) ao se falar de “legitimidade política se fala também de partidos políticos, de sistemas eleitorais, de regimes de governo [...]”.

É de se notar uma aproximação – inerente e, então, necessária –, entre o reconhecimento da autoridade estatal e a substancialidade do regime democrático. Até porque a democracia tornou-se uma ideia hegemônica⁵¹ (BEČAK, 2014), como já apresentamos, parece ser

⁵⁰ Sen (2010) aponta a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades socioeconômicas, que permitem e viabilizam o desenvolvimento humano e das sociedades. É verdade que a abordagem do autor (SEN, 2010, p. 195) parte de uma visão econômica das relações político-sociais, segundo a qual “as verdadeiras questões que têm de ser abordadas residem em outra parte, e envolvem observar amplas inter-relações entre as liberdades políticas e a compreensão e satisfação de necessidades econômicas.”. A partir desse pressuposto, para Sen (2010, p. 197-199), ao comparar o regime democrático com as autocracias, “há poucas evidências gerais de que governo autoritário e supressão de direitos políticos e civis sejam realmente benéficos para incentivar o desenvolvimento econômico. [...] Os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir ação pública apropriada. A resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos (votar, criticar, protestar etc.) pode realmente fazer a diferença. Essa é uma parte do papel ‘instrumental’ da democracia e das liberdades políticas.”.

⁵¹ Neste mesmo sentido é a constatação de Sweet (2000, p. 37, tradução nossa), a partir da qual a ideia de democracia pode ser associada à do ápice evolutivo do próprio constitucionalismo: “Como uma ideologia política abrangente, ou teoria do Estado, o novo constitucionalismo não enfrenta nenhum rival sério hoje.”. Cf. a nota de rodapé nº. 58.

indissociável pensar a legitimação do exercício do poder na atualidade sem considerá-la inserida no ambiente democrático. Desta sorte, pode-se afirmar que a legitimidade requer um certo apoio sistêmico ao exercício político, como se ocupa na sequência.

2.2.2 Legitimidade como apoio e reconhecimento políticos do poder

No avançar do que se pretende explorar, importa ocupar-se, nesse momento, especificamente, com aquilo que pode ser entendido por legitimidade política. Apesar da construção dialética⁵² da ideia de legitimação da autoridade estatal⁵³ ao longo do percurso histórico e das diversas experiências mundo afora – realidade que passou a implicar novas concepções ao longo dos processos políticos globais –, Easton (1975) analisou a legitimidade a partir das atitudes de reconhecimento da autoridade pelo cidadão⁵⁴.

De forma genérica, o apoio pode expressar o modo como uma pessoa se orienta, avaliativamente, para algum objeto, por meio de suas atitudes ou comportamentos (EASTON, 1975). No entanto, no enfoque do autor, são as atitudes que expressam o apoio político à autoridade estatal.

De tal forma, como colocam Seligson, Booth e Gómez B. (2006), é possível verificar, recorrentemente e ao longo do progresso das sociedades, a existência de uma certa atitude de

⁵² Por dialética, ao longo desta pesquisa, refere-se à perspectiva adotada por Hegel (2012, p. 163, grifos do autor), segundo o qual, a dialética “é esse ultrapassar *imane*te, em que a unilateralidade, a limitação das determinações do entendimento é exposta como ela é, isto é, como sua negação. [...] O dialético constitui pois a alma motriz do progredir científico; e é o único princípio pelo qual entram no conteúdo da ciência a *conexão* e a *necessidade*, assim como, no dialético em geral, reside a verdadeira elevação – não exterior – sobre o finito.” Entende-se que tal perspectiva possibilita uma compreensão explicativa dos fenômenos político-jurídicos, já que parte do pressuposto de superação da realidade por ela mesma, num movimento de negação progressiva, que culmina no desenvolvimento construtivo da própria sociedade. Nesta óptica, os resultados são produtos de contradições, num evoluir histórico típico dos fenômenos aqui pesquisados. O dialético funda-se no paradigma da finitude dos elementos, óptica a partir da qual todo o finito, “em lugar de ser algo firme e último, é antes variável e passageiro; e não é por outra coisa senão pela dialética do finito que ele, enquanto é em si o Outro de si mesmo, é levado também para além do que ele é imediatamente, e converte-se em seu oposto” (HEGEL, 2012, p. 165). Para além de uma forma de explicação da realidade, o dialético torna-se perspectiva de compreensão de tudo o que compõe as esferas naturais e espirituais. A dialética pode ser concebida como “o princípio de todo o movimento, de toda a vida, e de toda atividade na efetividade”, instrumento por meio do qual tende-se, justamente, “a considerar as coisas em si e para si” (HEGEL, 2012, p. 163-164).

⁵³ Destaca-se a importância de uma concepção evolutiva sobre a ideia de legitimidade política, já que esse desenvolvimento é intimamente relacionado e acompanhado pela existência do próprio Estado, como é apresentado por Weffort (1988).

⁵⁴ Seligson, Booth e Gómez B. (2006) alertam para limitações de ordens empírica e conceitual sobre as concepções originais de legitimidade desenvolvidas por Easton (1975), além da existência de outras diversas variáveis estruturais para exame da legitimidade política. Nesta pesquisa, faz-se a opção metodológica de abordar apenas a teorização de Easton (1975). De um lado, porque as contribuições iniciais do autor – especialmente, sobre a multidimensionalidade da legitimidade política –, fornecem o substrato de desenvolvimento das demais explorações teóricas; e, noutra medida, considerando o espaço e objeto desta investigação, esta noção serve para os fins de desenvolvimento investigativo a que se propõe.

apoio dos cidadãos à autoridade estatal. Este suporte teria sido construído progressivamente, tendo servido como origem de sustentação e aceitabilidade do poder estatal. Para Easton (1975, p. 451, tradução nossa), então, a legitimidade significa “a convicção ‘de que é certo e apropriado ... obedecer às autoridades e sujeitar-se às exigências do regime’”. Registra-se que – inobstante a existência de uma relação com a representação no atual paradigma evolutivo do Estado –, a legitimidade não implica ter que garantir a representatividade para todo o povo (BRESSER-PEREIRA, 1995).

Seja como for, há uma exigência condicionante, até mesmo indispensável, de um *animus* do próprio sujeito-cidadão em reconhecer determinada autoridade política e sujeitar-se ao poderio estatal. De alguma maneira, conforme Easton (1975), existe uma identificação moral do cidadão com os elementos da esfera política, de modo que esse sujeito passa a identificar tais objetos de acordo com o senso particular do que é certo e próprio à organização política.

É neste aspecto que reside a legitimação do exercício do poder, o envolvimento individual, coletivamente organizado, com o ambiente político. O cidadão passa a ter um sentimento de compromisso político, ao ponto de pretender manter e defender as estruturas e as normas da organização política (EASTON, 1975). A fundação de uma ordem normativa pelo povo passa a exigir, no mesmo compasso, que tal sistema normativo seja correspondentemente respeitado pelo próprio povo (CHUEIRI; GODOY, 2010). Assim, o apoio⁵⁵ deriva de uma disposição na manutenção estrutural das instituições políticas, justamente porque a legitimidade do poder implica existência de um sistema social (WEFFORT, 1988).

Na teoria multidimensional de Easton (1975), existem dois aspectos principais de apoio político, o difuso, que compreende as posições do sujeito em relação à comunidade política e aquelas voltadas para o regime; e, o específico, relativo ao suporte dado aos ocupantes do poder. Dessa forma, ao mesmo passo que o poder se estrutura a partir de uma lógica de dominação individual, também tem uma raiz no consentimento difuso e específico daquele que se subordina (WEFFORT, 1988).

Esse conjunto de reconhecimento consentido do poder e a sujeição à autoridade condicionam o apoio necessário à subsistência de uma organização política, no que se encerra o conceito de legitimidade do poder político (EASTON, 1975).

⁵⁵ À época de desenvolvimento de sua teoria, Easton (1975) já apontava para a existência de uma ambiguidade no uso do termo “apoio” e as próprias limitações de verificabilidade de sua proposta. De toda maneira, na ideia de Easton (1975, p. 436, tradução nossa), o apoio à organização política é um elemento central, sendo descrito como “uma atitude pela qual uma pessoa se orienta para um objeto favorável ou desfavorável, positivamente ou negativamente”.

Em outras palavras, a manutenção do poder político condiciona-se à legitimidade que ele mesmo possui, isto é, ao apoio popular que os cidadãos o dão (SELIGSON; BOOTH; GÓMEZ B., 2006). Por isso, afirma-se que a legitimidade garante durabilidade ao exercício do poder, da mesma maneira que coloca no cidadão a origem do suporte às instituições estatais e ao próprio funcionamento da organização política. Aparece com isso, sobre outro ângulo, a mesma relação democracia-legitimidade, representada pelo esteio popular de apoio ao poder político.

Fixada a compreensão da legitimidade como reconhecimento e apoio popular ao poder político, é o caso de analisar como deve ser o legítimo exercício do poder democrático pelas instituições.

2.2.3 Legitimidade institucional e as dinâmicas do exercício democrático do poder

Se é vetor de organização política e critério de legitimação do poder estatal, a democracia impõe, organicamente e de modo reflexo, exigências práticas ao exercício do poder pelas instituições do Estado. Isto é, a configuração do regime democrático funcionaliza que a organização política se arranje de tal forma que permita à autoridade institucional um esteio popular.

Em outras palavras, as instituições democráticas devem se operacionalizar a partir do exercício de poder pelo povo. Como coloca Bresser-Pereira (1995, p. 92), “a sociedade civil é a fonte real de poder do Estado na medida em que estabelece os limites e condicionamentos para o exercício desse poder.”⁵⁶.

Daí porque, a organização política institucional passa a estabelecer possíveis “estruturas de mando que estejam autorizadas ou consentidas pelos indivíduos que a compõem” (WEFFORT, 1988, p. 15). Parece natural pressupor esta lógica organizativa. No entanto, chama-se a atenção de que a exigência desse requisito passa a ser uma espécie de condição endógena do regime democrático.

⁵⁶ No entendimento de Bresser Pereira (1995, p. 91), a sociedade civil “é o povo organizado e ponderado de acordo com os diferentes pesos políticos de que dispõem os grupos sociais em que os cidadãos estão inseridos”, o que engloba todas as relações “que estão à margem do Estado mas que exercem algum tipo de influência sobre ele.”. Nesta pesquisa, usa-se o termo “sociedade civil” para fazer referência ao povo, mas organizado politicamente, tal como longamente já construído. No entanto, não se pretende abrir uma categoria político-ideológica nova na abordagem da legitimidade do poder. O uso justifica-se pela opção terminológica adotada por Bresser-Pereira (1995), mas na mesma expressividade semântica inicial, apenas destacando o caráter de que “na sociedade civil o povo, constituído pelos cidadãos, se organiza, formal e informalmente.”.

Isto é, a estruturação institucional baseada no princípio democrático deve ter sua legitimação inicial⁵⁷ na vontade dos governados, na qual reside o escoro e o amparo do exercício da autoridade estatal (BONAVIDES, 2015). A concretização institucional consolidada num texto constitucional deve projetar o fundamento de estruturação do regime político democrático, o poder do povo. Daí porque, a Constituição exerce um papel fundamental nesse movimento⁵⁸, já que se revela fundamento concreto da autoridade institucional, além de instrumento para a ação dos governantes⁵⁹ (MIRANDA, 2018).

Seja como for, visto dessa maneira, como é destacado por Weffort (1988, p. 15), “a questão da legitimidade política diz respeito à possibilidade de um povo governar-se a si próprio”. Isto é, o governo pelo deve estar espelhado na forma de realização da autoridade pelas instituições e atores estatais. Para além de uma estipulação formal, exige-se uma concretização material da essência democrática, como é defendido por Miranda (2018, p. 18):

Democracia exige exercício do poder pelo povo, pelos cidadãos, em conjunto com os governantes; e, esse exercício deve ser atual, e não potencial, deve traduzir a capacidade dos cidadãos de formarem uma vontade política autónoma [sic]. Mais: democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de ação dos governantes.

⁵⁷ Bonavides (2015) coloca essa questão ao tratar da legitimidade do poder constituinte. Daí porque, aqui, mencionamos tal perspectiva sob a óptica de uma “legitimidade inicial da estruturação institucional”. Se, como já foi possível apresentar, pragmaticamente, o poder constituinte é que delinea as instituições estatais e a organização política, é dele que deriva o arranjo de exercício institucionalizado da autoridade. Neste sentido, para Bonavides (2015, p. 164), “a distância e debilidade da interferência dos governados conduz a legitimidade constituinte aqui aos seus níveis mais baixos, tocante ao princípio democrático de organização das instituições políticas no interior do sistema representativo clássico e tradicional da cultura política do ocidente”. Vale destacar, por último, que não se confunde a legitimidade de poder constituinte com a legitimidade do poder e da autoridade políticos. A relação presumível que se estabelece é de causalidade: quanto mais legítimo o poder constituinte, com escopo no princípio da participação popular, mais legitimamente democráticas serão as instituições por ele projetadas.

⁵⁸ Vale destacar que um dos significativos êxitos do constitucionalismo contemporâneo consiste na consolidação de direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais, representado pelo processo de desenvolvimento do próprio Estado, com destaque para o surgimento do Estado Social (BONAVIDES, 2015; MENDES; BRANCO, 2020; SILVA, 2021). “Mas, por toda parte, persiste ou triunfa o desígnio de uma estruturação racionalizada e exaustiva do estatuto do Estado, a vontade de fazer a Constituição uma representação de como devem ser o poder e a comunidade política.” (MIRANDA, 2018, p. 14).

⁵⁹ Mendes e Branco (2020) destacam as relevantes contribuições das experiências constitucionais liberais no que tange à estruturação estatal e ao exercício do poder, isto é, para a organização da política e do Estado, a partir da juridicidade. Neste compasso, Bonavides (2015) aponta para uma crise do caráter de juridicidade na atualidade, que teria sido substituído por uma acepção de programaticidade constitucional. É verdade que os textos constitucionais atuais, após as experiências sociais do século XVIII, sofreram alterações significativas, mudando a natureza de suas normas. No entanto, não parece ter havido uma perda do caráter jurídico das normas constitucionais. Aliás, a normatividade dos textos constitucionais contemporâneos é característica marcante dos atuais movimentos constitucionais mundo afora (MENDES; BRANCO, 2020), pelo que é possível apontar, até mesmo, a normatividade de normas programáticas.

Não se pode falar, portanto, em legitimidade abstrata do exercício do poder. Para que a autoridade seja legítima deve refletir, materialmente, a democracia enquanto o constructo de valores da sociedade (DIAS, 2011). As instituições democráticas não devem apenas espelhar o exercício popular do poder, mas construírem a partir deste mesmo alicerce. Já que a democracia se funda com suporte na participação política, o poder deve ser fruto de um mesmo processo participativo, capaz de abarcar o povo, enquanto comunidade política (DIAS, 2011).

Dessa forma, o apoio do povo ao exercício do poder é concretizado por meio da participação política. Torna-se fundamental que a autoridade das instituições esteja respaldada na própria sociedade – então articulada por meio da participação popular –, a qual passa a atuar como dirigente das ações governamentais (SIQUEIRA, 2007). É por isso que Bresser-Pereira (1995, p. 91) sintetiza essa ideia ao afirmar que “o poder político deriva da sociedade civil”. Na mesma medida, impõe-se a participação para a legitimação do exercício do poder político.

Resgatando as ideias de Arendt (2001), a ação coletiva é essencial para o exercício legítimo do poder político. Já que os cidadãos se sujeitam às ações governamentais, são eles próprios que, em maior grau, figuram como responsáveis e destinatários do modo como a autoridade estatal será exercida. Então, a participação da coletividade torna-se “elemento essencial para a tomada de decisões de índole coletivas” (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 169).

Portanto, a legitimidade do poder pressupõe a organização política⁶⁰ dos cidadãos (WEFFORT, 1988). Não basta que as instituições tenham um perfilamento estrutural espelhado na democracia. Para além disso, exige-se que uma propulsão democrática endógena; o próprio povo deve, pois, atuar nas esferas políticas governamentais. A coerência e concretização da autoridade estatal torna-se produto construído a partir dos diversos elementos que se fundem na estruturação das instituições políticas (WEFFORT, 1988). É verdade, portanto, que existe

⁶⁰ Os partidos políticos são um marco relevante no modo de organização política dos cidadãos, a partir de meados do século XIX. Beçak (2014, p. 25) anota essa relevância, constatando que os partidos políticos “tornam-se eixo de expressão do pluralismo político, obtendo, sobretudo a partir de seu reconhecimento constitucional, já para meados do século XX, nível institucional percebido como inseparável da democracia.”. De fato, as agremiações partidárias constituem importantes instrumentos de consolidação institucional da organização política popular. No entanto, ao menos na atualidade, parece ter havido uma degeneração da representação partidária, com destaque para o caso brasileiro, como é apontado por Weffort (1988, p. 24), em apertada síntese de um problema complexo: “temos, no Brasil, grandes partidos políticos que, contudo, não formam governo e que, portanto, não assumem responsabilidades de Estado. São partidos que se definem apenas para funções eleitorais e para a administração de interesses de clientelas”. Para os fins desta pesquisa, vale dizer, não se restringe à questão da legitimidade das instituições de participação política, como os partidos políticos. Ao contrário, estar-se-á a desenvolver sobre a legitimidade institucional das instâncias políticas governamentais decisórias. O registro feito aos partidos políticos como uma instituição ocorre em referência à aceção de um ente institucionalizado de organização da participação popular. Por certo, extrapola o objeto pesquisado o tratamento da questão partidária, mas a indicação é feita neste momento para, também, exemplificar e contextualizar as dificuldades participativas atuais, sobretudo, no que tange à coesão e adequação político-ideológica, elementos essenciais à concretização da participação política.

uma codependência entre o grau de legitimação institucional e a intensidade da participação política dos cidadãos⁶¹.

Assim dizendo, parece haver uma relação simbiótica entre o escoramento da legitimidade democrática no povo e a participação popular como garantidora da legitimação do poder. É a essencialidade da democracia que passa a impor essa interação, vetorizando – numa espécie de condicionamento –, que a autoridade política observe a participação popular. Como ressalta Bresser-Pereira (1995), essa convivência desenvolve-se num processo dialético, a partir do controle mútuo exercido entre as instituições estatais e a sociedade civil.

De toda maneira, atitudes de apoio difuso e específico à organização política (EASTON, 1975) materializam-se por meio da participação popular. São as práticas participativas do cidadão que passam a apoiar o poder político (EASTON, 1975) e compromissá-lo com a realização de escolhas políticas de interesses do povo. Por isso, as instituições são um sistema organizado de poder, construído a partir da dialeticidade estabelecida com outro sistema de poderio difuso, a sociedade civil (BRESSER-PEREIRA, 1995).

Da percepção que adotamos (SILVA, 2015; BRESSER-PEREIRA, 1995), as instituições estatais e o poder político não estão dissociados da realidade sociocultural na qual estão imersos. Aliás, são produtos dela mesma. Por isso, a comunidade política é compreendida por uma pluralidade de grupos e indivíduos “aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar” (SILVA, 2015, p. 109).

É sobre essa lógica estrutural que a legitimidade das instituições deve ser entendida, a partir da tipificação democrática da própria sociedade, como arremata Bresser-Pereira (1995, p. 101-102):

O Estado terá um regime democrático se o governo que o dirigir, além de possuir legitimidade, ou seja, apoio da sociedade civil, estiver submetido às regras procedimentais que definem a democracia [...]. O regime político, entretanto, será substancialmente mais ou menos democrático dependendo do tipo de sociedade civil a que estiver ligado. Se se tratar de uma sociedade civil ampla, diversificada e razoavelmente igualitária, a democracia será substantiva. Em contrapartida, se se tratar de uma sociedade civil ela própria autoritária, na qual as diferenças de classe são enormes e os valores democráticos, débeis, a democracia tenderá a ser meramente formal. Uma sociedade, para ser democrática precisa não apenas de instituições estatais democráticas – particularmente de uma constituição e de todo um sistema

⁶¹ Neste sentido é o entendimento de Bresser-Pereira (1995, p. 91): “o caráter mais ou menos democrático do sistema político existente em um país fará com que sua população se transforme ou não em povo, ou seja, no conjunto de cidadãos com direitos políticos efetivos e teoricamente iguais.”. Partindo desse pressuposto, se a afirmação de direitos adveio das reivindicações dos sujeitos, participando da vida política (MENDES, BRANCO, 2020; WEFORT, 1988), então, na medida em que se eleva a participatividade, aumenta-se o caráter de cidadania, este elementar à legitimidade do poder, como apresentado.

legal que garantam os procedimentos democráticos – mas também de uma sociedade civil em que as contradições existentes, embora reais, não sejam insuperáveis.

Destarte, sintetiza-se que a legitimidade política está intimamente ligada ao apoio da sociedade civil às instituições do Estado. A expressividade popular assenta-se numa lógica dialética com a estrutura institucional, de modo que a expansão do poder institucional passa a conviver num mesmo paradigma, diretamente relacionado, com a participação popular (BRESSER-PEREIRA, 1995). O assento da legitimidade do poder político reside na organização política do povo, participando ativamente das escolhas e ações governamentais.

De tal sorte, como coloca Weffort (1985), retoma-se o raciocínio anterior de que a democracia é o único regime de legitimação do poder, já que institucionaliza o consentimento popular de exercício da autoridade, sem o qual a legitimidade não se sustenta. Há uma significativa relevância da ação coletiva cidadã para a performance das instituições políticas. A legitimidade institucional deriva da participação popular nas instâncias decisórias de governo.

Com isso, encerra-se a segunda parte deste capítulo. A discussão é importante para funcionalizar a democracia; mais que isso, instrumentalizar o regime democrático para o exercício de poder. Desse modo, encaminha-se para a última problematização que se pretende discutir nesta pesquisa. Nas linhas seguintes, apresenta-se o controle de constitucionalidade.

2.3 Controle de constitucionalidade

A expansão do controle de constitucionalidade é um fenômeno recente. Sobretudo se comparado a outras estruturas normativo-jurídicas – como os movimentos constitucionais, o próprio surgimento do Estado e a separação de poderes –, o controle da constitucionalidade das leis é muito mais contemporâneo. Seja como for, além de compor a ordem política do dia, encontra-se no tronco do constitucionalismo contemporâneo⁶².

De antemão, vale dizer que controle de constitucionalidade se insere no paradigma da divisão de poderes do Estado. Kelsen (2005) aponta que este princípio é um standard da organização política; e, como tal, implica coordenação entre as funções estatais nos diferentes estágios de criação e aplicação jurídicas. Para o autor existem duas funções do Estados, de criar

⁶² Sweet (2000, p. 37, tradução nossa) caracteriza o atual estágio do constitucionalismo da seguinte forma: “os preceitos deste novo constitucionalismo podem ser simplesmente listados: (1) as instituições estatais são estabelecidas e derivam sua autoridade exclusivamente de uma constituição escrita; (2) esta constituição atribui o poder final ao povo por meio de eleições; (3) a utilização da autoridade pública, incluindo a autoridade legislativa, só é legal na medida em que esteja em conformidade com a lei constitucional; (4) essa lei incluirá direitos e um sistema de justiça para defender esses direitos.”

e aplicar o Direito, simultaneamente executadas pelos poderes constitucionalmente estabelecidos. Com isso, há uma relativização da separação dos poderes estatais, a partir da existência de zonas de interpenetração funcional entre as instituições.

O referido jurista austríaco (KELSEN, 2005) entende que não se pode falar numa separação, mas na distribuição de poderes do Estado. A divisão de poderes possui um aspecto operacional. Ou seja, visa confiar a cada uma das instituições e órgãos governamentais o exercício de cada uma das funções de governo (SILVA, 2015). De toda sorte, a consagração da separação de poderes funcionaliza-se muito mais “antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes” (KELSEN, 2005, p. 402). Mantém-se uma unidade do poderio e autoridade estatais, embora exista a especialização funcional e a dependência orgânica⁶³ entre as instituições (SILVA, 2015).

A síntese teórica da tripartição de poderes foi, pela primeira vez, realizada por Montesquieu (1973), no exame da Constituição da Inglaterra. O filósofo italiano identificou a existência de três poderes, separando-os funcionalmente nos atributos normativos do Estado de legislar, executar e julgar. Nesta concepção, a separação das funções estatais está, em última instância, direcionada à garantia da liberdade dos indivíduos, na medida em que regula o exercício do poderio estatal de tal modo que possibilite uma modelagem garantidora de uma organização para a comunidade política⁶⁴.

Montesquieu (1973) aponta que a relação entre os poderes se constitui a partir de duas aptidões dos três poderes: a faculdade de estatuir, que é a capacidade de um poder normatizar por si mesmo e realizar correções do que fora ordenado pelos outros; e, a faculdade de impedir, representada pela possibilidade de que um poder anule um ato tomado por qualquer outro. Essas faculdades são pontos de encontro da relação entre as instituições, compondo o arquétipo institucional. Miranda (2018) sintetiza essa ideia, destacando que a separação de poderes traz equilíbrio no exercício das ações governamentais, por permitir o controle e a limitação do poder do Estado.

⁶³ Silva (2015, p. 111, grifo do autor) destaca que “hoje, a princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento, [...] tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes* [...]”.

⁶⁴ Neste sentido, para Montesquieu (1973, p. 157), “a liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. [...] Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”. A partir desse pressuposto, o autor italiano entende que a Inglaterra tem um regime marcado pela liberdade, que é devidamente garantido pelas leis do Estado, muito embora não faça um juízo sobre o gozo ou não das liberdades pelos ingleses.

Se a separação dos poderes garante a liberdade, mediatamente assegura a democracia. Isso porque, como já discurremos, a liberdade é elemento intrínseco da democracia. De tal forma, pode-se dizer que a separação de poderes se torna pedra angular do regime democrático; e, via de consequência, do próprio Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o arranjo político-normativo atual no qual ancora-se todo o exercício da autoridade estatal é o Estado Democrático de Direito. Para além de um aspecto aglutinador – ao agrupar um conceito ideológico revolucionário, num típico processo dialético – a concepção atual do Estado assenta-se na realização social, por meio do “exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade humana” (SILVA, 2015, p. 122). O já mencionado composto ideológico dos regimes políticos – neste caso, a dignidade humana –, é incorporado na formatação normativa do Estado. É a partir dela que vetoriza-se a autoridade do Estado Democrático de Direito.

A partir do paradigma do constitucionalismo do Estado de Direito⁶⁵, as Constituições são dotadas de normatividade jurídica, sendo posicionadas na centralidade dos regimes políticos (BARROSO, 2010), como documentos político-normativos superiores às demais normas. Em verdade, as Constituições surgem como o traço distintivo do Estado Moderno (MENDES; BRANCO, 2020). E é neste ponto que o controle de constitucionalidade encontra assento. A Constituição torna-se não apenas o instrumento de poder, mas o verdadeiro fundamento da autoridade estatal (MIRANDA, 2018).

Bonavides (2015) faz o destaque de que a característica de supremacia é marcante das Constituições rígidas⁶⁶, de modo que as exigências para reforma do texto lhes conferem mais estabilidade em relação às demais espécies normativas. Em sentido semelhante, Silva (2021) destaca que a justificativa de supremacia constitucional também ocorre em virtude da rigidez da maleabilidade dos textos constitucionais. A superioridade da Constituição deriva, então, de uma hierarquia superior dos textos constitucionais face às legislações ordinárias.

Nesta mesma perspectiva, Silva (2021) destaca que a supremacia constitucional pode ser entendida de duas formas. Sob o aspecto da substancialidade, a Constituição “disciplina questões fundamentais para o exercício do poder em uma sociedade”; e, do ponto de vista

⁶⁵ Para Miranda (2018, p. 10), o constitucionalismo moderno é inaugurado a partir das experiências históricas do século XVIII, caracterizado pela tendência de “disciplinar toda a atividade dos governantes e das suas relações com os governados; declara uma vontade autónoma de refundação da ordem jurídica; e declarando-a, pretende abarcar todo o âmbito do Estado, através de normas jurídicas adequadas aos fins assumidos por governantes e governados em cada época histórica.”

⁶⁶ Constituições rígidas “são aquelas que preveem um processo de alteração de seu conteúdo que seja mais difícil do que o processo de elaboração e alteração das leis ordinárias” (SILVA, 2021, p. 40).

material, um texto constitucional possui supremacia por estar “acima de outros tipos de leis, as quais, portanto, não podem contrariá-la” (SILVA, 2021, p. 43). Disso deriva a consequência prática, principalmente, no que importa ao controle de constitucionalidade, de que as demais espécies normativas estão subordinadas à Constituição (SILVA, 2021; SILVA, 2015).

A propósito, a noção de supremacia constitucional já estava presente na relevante experiência histórica estadunidense⁶⁷. Já se colhia de Hamilton (1993, p. 480-482) a defesa da supremacia da Constituição:

Portanto, nenhum ato legislativo contrário à constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.

[...]

É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.

[...]

Assim, sempre que determinado estatuto contradiz a Constituição, será dever dos tribunais judiciais ater-se a esta última e desconsiderar os primeiros.

É notável que o raciocínio hamiltoniano deriva de uma articulação das instituições de Estado a partir da separação de poderes. Seja como for, os textos constitucionais, no topo da supremacia normativa, tornaram-se parâmetro de validação jurídico-política. A centralidade das Constituições foi acompanhada pela supremacia judicial, de modo a consolidar “a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, 2010, p. 8).

No percurso de consolidação da revisão constitucional⁶⁸ mundo afora, significativamente emblemático é o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos do

⁶⁷ De acordo com Miranda (2018, p. 12, grifo do autor), “Nos Estados Unidos, até porque a Constituição de 1787 foi o ato constitutivo da União, muito cedo se apercebeu que ela era também, por isso mesmo, a norma *fundamentadora* de todo o sistema jurídico.”

⁶⁸ Nesta pesquisa, entende-se por revisão constitucional, seguindo as ideias de Brandão (2019), a atividade dos tribunais de interpretar as normas jurídicas, fazendo um juízo de adequação e conformidade destas com a Constituição, a fim de declarar a validade ou não daqueles textos à luz das normas constitucionais. Não se trata, como o nome pode sugerir, necessariamente de uma atividade na via de sucedâneo recursal, isto é, do modelo estadunidense. Mais ainda, no que tange à natureza ideológica da revisão constitucional, conforme Bonavides (2015, p. 327, grifo do autor), compreende-se o *judicial review* é como “criação típica do Estado liberal. Nas

caso *Marbury v. Madison*⁶⁹. No ano de 1803, ao resolver um conflito sobre a nomeação de um juiz de paz pelo governo federal, pela primeira vez, a Suprema Corte estadunidense entendeu que uma legislação inferior não poderia conter disposições antagônicas às previsões do texto constitucional (USA, 1803).

Com isso, ao Poder Judiciário foram conferidos poderes de declarar inválida uma norma que seja contrária à Constituição. A partir da decisão da corte estadunidense, foi impulsionado um movimento que “acabou se convertendo em uma teoria que reconhece a supremacia judicial na interpretação constitucional”, de modo que o Poder Judiciário assumiu a função de definidor da conformidade constitucional (WILLEMAN, 2014, p. 158). Os tribunais assumiram a tarefa de colmatar as equivalências normativas com as normas constitucionais, a fim de resguardar a prevalência das últimas.

O fio condutor do voto dado pelo juiz John Marshall (USA, 1803), derivou de uma interpretação da concepção inicialmente construída pelos Federalistas⁷⁰, justamente, sobre a existência de uma supremacia da Constituição (HAMILTON, 1993). Essa posição de centralidade dos textos constitucionais passava a exigir, então, algum tipo de verificação de compatibilidade normativa, inclusive, para fazer valer a dita supremacia da Constituição (SILVA, 2021).

Bonavides (2015, p. 304) destaca que ausente o controle de constitucionalidade, “a supremacia da norma constitucional seria vã”, na medida em que haveria uma restrição à

suas origens, esse instrumento se explica pelo teor das instituições produzidas por aquela modalidade de Estado.”. Ainda vale destacar que, ao se utilizar o vocábulo “judicial review”, não se está restringindo ao controle de constitucionalidade realizado na via concreta de exceção, senão à mesma ideia anteriormente exposta. De tal forma – como escopo metodológico, já que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto (cf. subtópico 2.3.2) – usar-se-á, nesta investigação, os termos “revisão judicial” e “*judicial review*” na acepção semântica do exercício da competência do controle da constitucionalidade de uma lei por um órgão jurisdicional, aí inclusa a modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, a par da alusão restrição que possa remeter ao modelo estadunidense. Portanto, para fixar, também não faremos distinção conceitual entre “revisão judicial” e “controle de constitucionalidade”, eis que não pertinente para o objeto que se investiga. É verdade que alguns autores fazem distinção (BONAVIDES, 2015; MENDES; BRANCO, 2020; SILVA, 2015). Mas, aqui, utilizar-se-á *judicial review* para referir-se ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. A escolha da tipologia dos termos e a identidade semântica atribuída entre eles tem como critério de eleição terminológica, especificamente, a atividade de revisão normativa – seja em qualquer modelo verificado –, exclusivamente, realizada por tribunais e cortes constitucionais. A propósito, é a partir desta característica institucional que decorre o problema aqui enfrentado.

⁶⁹ Vale destacar que Brandão (2019) faz uma releitura crítica sobre a real influência deste precedente para a consolidação da supremacia judicial no controle de constitucionalidade. No entanto, a cultura e literatura jurídicas enxergam o caso como paradigmático na afirmação e consolidação da revisão constitucional, talvez, pelo ineditismo, até então, da ideia de controle judicial de constitucionalidade.

⁷⁰ Willeman (2014) destaca que a concepção dos Federalistas mais se aproximava de uma posição relacionada à organização do Estado, pelo que é questionável a existência de uma previsão de supremacia judicial na significação constitucional, como futuramente o controle de constitucionalidade fora consolidar-se. Brandão (2019) também coloca que a ideia de Hamilton (1973) foi de estabelecer a supremacia da Constituição, mas não a supremacia judicial no controle de constitucionalidade. Esta questão será desenvolvida na segunda parte da pesquisa.

máxima “vantagem que a Constituição rígida e limitativa dos poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.”. Isto é, o controle de constitucionalidade faz-se necessário, justamente, para assegurar a natureza de superioridade constitucional. Em outras palavras, como consignam Mendes e Branco (2020, p. 1185), “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição.”

Neste sentido, a ideia normativa de inconstitucionalidade torna-se essencial para a verificação da conformidade constitucional. A obrigatoriedade⁷¹ do texto constitucional e as ausências de eficácia e validade⁷² de qualquer norma contraveniente, assentam-se numa lógica normativo-axiológica (MENDES; BRANCO, 2020). É justamente a partir dessa óptica que Silva (2021) indica a atribuição do caráter inconstitucional de uma norma como um juízo de valor de quem a interpreta face às disposições constitucionais.

Portanto, a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma depende de uma adequação ao conteúdo constitucional e ao modo de elaboração previsto na Constituição (MENDES; BRANCO, 2020). Atualmente, o juízo de adequação normativo-constitucional, experiência repetidamente verificada é a realização por um órgão jurisdicional, o que se passa a examinar.

2.3.1 O Poder Judiciário e o controle da constitucionalidade

O controle de constitucionalidade realizado por tribunais ou cortes constitucionais são aqueles tipos de fenômenos certamente verificáveis, que parecem impor-se como

⁷¹ Sobre a obrigatoriedade da Constituição, vale o registro do destaque feito por Kelsen (2003, p. 179): “[...] Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual, no entanto, são subordinados e da qual todos eles deduzem sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior. Esse grau deficiente de força obrigatória real está em desacordo com a aparência de firmeza, que chega ao extremo da fixidez, conferida à Constituição ao submeter sua reforma a condições estritas. Por que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase imodificáveis, são na realidade quase sem força obrigatória?”.

⁷² Mendes e Branco (2020) destacam a superação do dogma da nulidade absoluta da norma tida por inconstitucional, de modo que a os efeitos da declaração de inconformidade constitucional foram progressivamente relativizados, muito em função da experiência constitucional austríaca (1920-1929). Em igual sentido, para Silva (2021, p. 566), a declaração de inconstitucionalidade traz diferentes efeitos práticos relativos ao momento de decretação da nulidade normativa, pelo que muito embora ainda se adote a ideia de retroação *ex tunc* dos efeitos de inconformidade constitucional, este entendimento evoluiu ao longo do tempo e encaminhou-se ao cabo de “superar a ideia de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tem de retroagir ao momento de sua entrada em vigor.”.

necessários. A afirmação e consolidação dessa atividade e a experimentação mundo afora contribuíram para consolidar o *judicial review* como uma estrutura dominante (BRANDÃO, 2019). Tanto é verdade que até pode-se afirmar – sobretudo, nas expressividades práticas recorrentes –, uma quase redundância do controle de constitucionalidade à atividade realizada por cortes e tribunais constitucionais.

Brandão (2019) destaca que as traumáticas experiências da II Guerra Mundial tornaram imediata a necessidade de delegação de atribuições contramajoritárias a uma instituição para defesa dos direitos fundamentais⁷³. É certo que os fatores de impulsionamento da jurisdição constitucional são variados. Mas, de toda forma, representativamente, se o fenômeno já era observado na realidade estadunidense desde o início do século XIX, na segunda metade do século XX espalhou-se pela Europa, rompendo com uma tradição típica da confiabilidade dos direitos a um parlamento⁷⁴.

A afirmação da necessidade de um controle de constitucionalidade pela jurisdição constitucional teve a significativa contribuição kelseniana, a partir de uma análise sobre a função legiferante do Estado. Para o jurista austríaco (KELSEN, 2003, p. 150-153), a jurisdição constitucional funciona para subordinar o parlamento⁷⁵ às normas constitucionais:

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

[...]

a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional. Portanto os mesmos princípios essenciais que presidem sua constituição são válidos para a organização dos tribunais ou dos órgãos executivos.

Como se observa, Kelsen (2003) ressalta a natureza jurisdicional do controle de constitucionalidade, justamente, em virtude do papel exercido pelos tribunais. No arranjo dos

⁷³ Brandão (2019) aponta que uma das marcas dos textos constitucionais do Pós-Guerra é a confiança na defesa de direitos fundamentais por instituições contramajoritárias. Esse aspecto, de suma relevância para a compreensão do atual paradigma do controle de constitucionalidade, será melhor explorado na segunda parte da pesquisa.

⁷⁴ Neste sentido, seguem as considerações de Mendes e Branco (2020, p. 1189): “A ruptura que a *judicial review* consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.”

⁷⁵ Apesar de ser melhor explorada na segunda parte, aqui, são relevantes as colocações de Mendes e Branco (2020, p. 1249) sobre a relação do Judiciário com os demais poderes no exercício do controle de constitucionalidade: “cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.”

poderes, a equiparação funcional do Judiciário já serviria para a atividade de controle de constitucionalidade. Em alguma medida, existem semelhanças com o que fora defendido por Hamilton (1973), para o qual o Judiciário seria o poder menos temário dentre os três. Daí porque, a partir do ideal positivista – porque a juridicidade é caráter elementar da Constituição –, a verificação de adequação normativa, ao final, tratava-se da aplicação⁷⁶ das normas constitucionais (KELSEN, 2003, 2005). Por isso, como anota Bonavides (2015, p. 308), “ao adquirir supremacia decisória tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria tutelando o próprio Estado”.

Vale destacar que o modelo de controle de constitucionalidade kelseniano não se afirmou por unanimidade. Além das críticas feitas à supremacia judicial na interpretação constitucional⁷⁷, num contraponto, na contemporaneidade do jurista austríaco, Schmitt (2007) entendia de modo diferente. Para o filósofo alemão – que desenvolveu suas ideias sobre o escopo da Constituição de Weimar e no período entre guerras –, a Constituição deveria ser defendida pelo Reich da Alemanha, no qual repousaria a legitimidade para a guarda do texto constitucional. Uma própria concepção da Constituição como documento político moldara a proposta schmittiana.

Para Schmitt (2007), haveria uma genuinidade democrática⁷⁸, então natural, em confiar a defesa constitucional ao Presidente do Reich. A justificativa residiria numa suposta neutralidade e num presumido perfil mediano do ocupante do Executivo, cujos interesses restringir-se-iam àqueles institucionais e do Estado. Na ideia schmittiana, o Presidente do Reich guardaria a posição representativa da unidade estatal, senão, do próprio Estado⁷⁹.

Malgrado o percurso histórico ter demonstrado o diverso – nitidamente, em virtude das jornadas autoritárias na Europa –, na lógica schmittiana, o Poder Executivo estaria posicionado

⁷⁶ Brandão (2019, p. 75) sintetiza a proposta kelseniana, para o qual “Kelsen buscou equilibrar as noções contraditórias de supremacia da Constituição e da lei, ou, em outras palavras, cuidou de defender a criação de um Tribunal Constitucional, atribuindo força normativa à Constituição, sem abrir mão da tradição europeia de supremacia do Parlamento, pois as principais questões político-constitucionais continuavam a ser decididas pelo Legislativo.”.

⁷⁷ Maior destaque será dado aos motivos que levaram à adoção do *judicial review*, à expansão do Judiciário, bem como a uma abordagem crítica da jurisdição constitucional na segunda parte desta pesquisa.

⁷⁸ Neste sentido, vale do destaque do autor alemão (SCHMITT, 2007, p. 233): “O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um ‘apelo ao povo’.”.

⁷⁹ Schmitt (2007, p. 199) assim entendia o papel e a posição ocupados pelo Presidente do Reich: “o chefe de Estado em semelhante Constituição representa a continuidade e a permanência da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos.”.

em paralelo aos demais poderes estatais, como uma espécie de mediador constitucional, com autoridade e interesses democráticos suficientemente representativos da unidade do Estado (SCHMITT, 2007). Por isso, no debate travado com Kelsen, Schmitt (2007) afirmou que a transferência dos poderes de guarda da Constituição ao Judiciário significaria a derrocada da soberania do Estado.

A partir de concepções diversas sobre o positivismo e da compreensibilidade ideológica do Estado, os autores desenvolveram estruturas diferentes para garantir a concretização da supremacia constitucional. Até em virtude das já referidas experiências autoritárias, o modelo positivista liberal de controle de constitucionalidade fora o que prevaleceu na Europa (BRANDÃO, 2019).

Inobstante a complexidade envolta no controle jurisdicional de constitucionalidade – que melhor se analisará na segunda parte –, majoritariamente, triunfou a fórmula na qual a força normativa da Constituição é assegurada pela jurisdição constitucional. Atualmente, como defende Arantes (2013, p. 195), os tribunais constitucionais representam o mais importante mecanismo de “fiscalização e controle nas modernas democracias constitucionais.”

Num último esforço sobre a caracterização da jurisdição constitucional, ainda é relevante diferenciar os modelos europeu e estadunidense de fiscalização da adequação constitucional⁸⁰. A clássica ideia de *judicial review*⁸¹ remete às experiências norte-americanas enquanto, no sistema da Europa, a atividade é realizada por um único órgão imbuído da tarefa de resguardar a supremacia da Constituição (ARANTES, 2013). O sistema estadunidense é denominado de controle difuso, já que realizado por mais de um órgão do Judiciário; e, o modelo europeu é intitulado de controle concentrado, cujo monopólio de exercício é de uma Corte Constitucional (SILVA, 2015).

Noutras experiências, a exemplo do caso brasileiro⁸², ainda se verifica uma espécie de controle misto, que cumula os dois modelos anteriores, caracterizado pela iniciativa de ação e exceção na fiscalização de constitucionalidade (BONAVIDES, 2015). Este sistema conjuga uma roupagem híbrida, a partir da qual existem possibilidades diversas de controle da

⁸⁰ Apesar da existência de uma forma de controle de constitucionalidade preventivo, não se ocupará desta análise nessa pesquisa. A delimitação do tema impõe o recorte do objeto, de modo que na análise do controle de constitucionalidade realizado pelo STF, não cabe discorrer sobre o controle preventivo de constitucionalidade. Para registro, Mendes e Branco (2020) apontam a experiência francesa como representativa desse modelo, na qual o Conselho Constitucional emite opiniões vinculantes sobre determinadas espécies normativas antes de sua vigência. No entanto, em regra, “o modelo judicial é de feição repressiva. Somente se admite, em princípio, a instauração do processo de controle após a promulgação da lei ou mesmo de sua entrada em vigor” (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1188).

⁸¹ Cf. as notas de rodapé n.º. 68 e n.º. 70.

⁸² Remete-se ao tópico 2.3.2, no qual explora-se o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

adequação normativa à Constituição. Isto é, neste modelo há possibilidade, como coloca Silva (2015), de fiscalização constitucional por meio de três vias distintas, quais sejam, acesso direto à Corte Constitucional, no bojo de qualquer processo judicial e por iniciativa própria do juiz.

Vale pontuar que as classificações dos modelos remetem, muito mais, às formas de organização e estruturação institucional de cada experimentação jurídico-política. O núcleo da ideia de defesa e proteção jurisdicional da Constituição permanece, inobstante as escolhas de formatos. A partir da óptica dialética que ilumina a leitura dos fenômenos ora investigados⁸³, as conjunturas históricas e as experiências de cada regime político contribuíram para as definição e opção de determinado modelo por cada Estado. Portanto, eventuais diferenças, confluências e arranjos diferentes do controle de constitucionalidade são naturais e esperados.

Seja como for, a jurisdição é constitucional é realidade mundo afora (MENDES; BRANCO, 2020). O controle de constitucionalidade por instituições judiciais é amplamente verificado⁸⁴. Como destacado por Arantes (2013), na maioria das democracias contemporâneas pode-se observar alguma forma de controle externo ou de revisão jurisdicional das normas jurídicas. Essa situação é a mesma verificada na realidade brasileira, com o que se segue.

2.3.2 O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

Perfilado o Judiciário no controle de constitucionalidade e a consolidação da jurisdição constitucional, é o caso de avançar-se na fiscalização de constitucionalidade brasileira. De fato, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem ocupado um caráter significativo e central na atividade de conformação normativa à Constituição, com destaque, para a atividade na via abstrata. Sem a pretensão de esgotar esse extenso assunto, as linhas seguintes alinhavam um panorama geral do fenômeno na corte constitucional brasileira.

Retomamos a constatação de que o modelo misto de controle jurisdicional de constitucionalidade é adotado no Brasil. A Constituição Federal de 1988 veio consolidar um extenso e acessível sistema híbrido de controle de constitucionalidade, combinando elementos dos modelos difuso e concentrado (ARANTES, 2013; SILVA, 2015). É significativo o impacto do texto constitucional de 1988 na ampliação do controle de constitucionalidade jurisdicional

⁸³ Cf. nota de rodapé n. 52.

⁸⁴ Neste sentido, as colocações de Mendes e Branco (2020, p. 1249): “o controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mãos eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.”.

brasileiro (MENDES; BRANCO, 2020), que acabou por estabelecer várias formas de acesso à jurisdição constitucional.

Ocorre que a verificação brasileira de adequação normativa à Constituição também é realizada por outros órgãos não judiciais. Silva (2021) aponta que, atualmente, no caso brasileiro, o controle de constitucionalidade é exercido por sete autoridades diferentes, em seis momentos distintos, identificando-se diversos arranjos possíveis.

Portanto, o Judiciário não possui o monopólio da verificação de compatibilidade normativa às Constituição. Ao lado do controle jurisdicional, existe o controle político, quando há a entrega da “verificação de inconstitucionalidade a órgãos de natureza política”, além do controle misto, observado quando a “constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional” (SILVA, 2015, p. 51). Ao mesmo passo que adotamos um modelo misto de controle jurisdicional, órgãos políticos também exercem a fiscalização sobre a adequação normativa à Constituição, o que produz um complexo arranjo sistêmico-institucional para controlar a adequação das normas à Constituição (ARANTES, 2013).

De toda maneira, o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil é fruto de um processo histórico-constitucional próprio⁸⁵. O compasso evolutivo das diversas experiências constitucionais brasileiras aprimorou, progressivamente, a revisão judicial de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade foi previsto pela primeira vez na Constituição de 1891, que, conforme Bonavides (2015), fundamentou-se tipicamente nos ideais do liberalismo, a fim de alicerçar um sistema voltado para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais.

Até 1965, o STF apenas realizava o controle de constitucionalidade incidental, espécie caracterizada pela arguição de inconstitucionalidade “no contexto de um processo ou ação judicial” (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1187). Com a emenda constitucional nº. 16, de 1965, houve a introdução do controle em abstrato, quando a questão constitucional “é suscitada autonomamente em um processo ou ação principal” (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1187). Em síntese, atualmente, como destaca Silva (2015, p. 54, grifo do autor), adotamos “a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional combinando os *critérios difuso e concentrado*, este de competência do Supremo Tribunal Federal.”

⁸⁵ Para melhor compreensão do percurso histórico de consolidação do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, remete-se a Mendes e Branco (2020, p. 1249-1278).

No controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, o Supremo Tribunal Federal possui a atribuição de julgamento em abstrato das questões constitucionais, por meio das ações diretas de constitucionalidade⁸⁶ (MENDES; BRANCO, 2020). Apesar das múltiplas outras funções e atribuições do STF, atualmente, a centralidade do tribunal coloca-se na apreciação das típicas questões de desafio normativo à Constituição. Como destaca Silva (2021), progressivamente, o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado tornou-se robusto e relevante, ao ponto de diminuir a autonomia de juízes e tribunais na fiscalização de constitucionalidade.

Desde a inserção do controle concentrado no Brasil, diversos mecanismos de fiscalização constitucional foram acrescentados ao desenho inicial, substancialmente, a partir da Constituição de 1988. No que tange ao controle abstrato, além da previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em 1993 foi introduzida a Ação Declaratória de Constitucionalidade. A partir de então, o Recurso Extraordinário deixou de ser o mais importante meio de acesso ao Supremo Tribunal Federal, dando lugar aos mecanismos de controle na via de ação (MENDES; BRANCO, 2020).

Nesse mesmo compasso, a possibilidade de provocação da corte deixou de ser do Procurador Geral da República e tornou-se compartilhada com outros oito autores. Essa alteração colocou o STF com o grande “desafio de lidar com uma plethora de particularismos organizados” (ARANTES, 2013, p. 205). A ampla possibilidade de acionamento da corte para o controle abstrato de constitucionalidade, além da previsão de ser encampado por uma série de legitimados, redimensionou o perfil do tribunal. Em outras palavras, Mendes e Branco (2020, p. 1269, grifo dos autores) fazem a síntese das implicações verificadas:

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil.

⁸⁶ Existem cinco tipos de ações diretas de constitucionalidade, no controle concentrado e abstrato: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Representação Interventiva. A última, pouco em uso atualmente, diz mais respeito ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade brasileiro, mais utilizada como meio de equilíbrio federativo e menos para o controle normativo (MENDES; BRANCO, 2020).

É por isso que o controle de constitucionalidade se torna um objeto tão complexo, suscetível de reflexões e potencialidades exploratórias. Se não bastasse a própria natureza da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade, as condições nas quais ocorre no Brasil colocam o controle concentrado de constitucionalidade no centro da dinamicidade político-normativa, razão pela recorta-o nesta pesquisa.

Assim, o recorte recai, exclusivamente, sobre o controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário. Isto é, sobre a atividade revisora das cortes e tribunais constitucionais, com destaque, no Supremo Tribunal Federal. Especificamente, nosso objeto é a realização da fiscalização constitucional concentrada⁸⁷.

⁸⁷ A partir de então, a menção ao controle de constitucionalidade reserva-se à verificação de compatibilidade normativa com o texto constitucional, exclusivamente, daquela realizada pelo Poder Judiciário, tal como desenvolvido neste tópico, no controle concentrado de constitucionalidade. Mais ainda, como discute-se o suposto déficit democrático da jurisdição constitucional, não será examinado o controle difuso ou na forma incidental. Neste ponto, seguimos a classificação e o entendimento (MENDES, BRANCO, 2020; SILVA, 2015; SILVA, 2021) de que, no modelo misto, além da fórmula difusa, a outra forma de controle de constitucionalidade é concentrada, abstrata e por via de ação, também conhecido por controle principal, em oposição ao modo incidental. Ainda, vale o destaque de Silva (2021), segundo o qual o STF pode exercer o controle difuso, concreto e incidental não apenas na via recursal, mas também, eventualmente, no julgamento de uma ação de competência originária. Retomando a condução metodológica da pesquisa, o caráter subjetivo das demandas concretas aumenta a natureza participativa da verificação de adequação constitucional, mesmo quando realizada pelo Judiciário. As partes litigantes possuem interesses próprios, recursos processuais e mecanismos de litígios à suas disposições, que implicam em construções lógico-argumentativas tão concretas em si mesmas, as quais imbuem, naturalmente ao litígio, um caráter participativo mais capaz de democratizar a decisão judicial e significativamente mais verificável do que nos processos objetivos e concretos. Mais que isso, inobstante a progressiva consolidação, doutrinária e jurisprudencial (MENDES; BRANCO, 2020) do reconhecimento de efeitos vinculantes das decisões tomadas na via de exceção, este papel institucional do STF, de sucedâneo recursal, é limitado e não o caracteriza, robustamente, como corte constitucional. O que se pretende analisar é a atividade típica das cortes e tribunais constitucionais. Quer seja pela funcionalidade de delimitação do objeto, como pela maior adequação à premissa investigativa desta pesquisa, aqui, o foco recai unicamente sobre o controle concentrado de constitucionalidade. Com isso, também, justifica-se o recorte metodológico adotado.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA: ENCONTROS E DISSONÂNCIAS

Se, de um lado, o controle de constitucionalidade é recorrentemente verificado mundo afora; de outro, não há um consenso em torno da natureza democrática da *judicial review*.

Não é que as cortes constitucionais estejam desassociadas da democracia, até porque são estruturas institucionais funcionalizadas, idealmente, para a preservação e manutenção do próprio regime (KELSEN, 2003). No entanto, estes tribunais são instâncias políticas minoritárias, com atribuições significativas na conjuntura decisória do Estado. Decisões judiciais, não raras vezes, produzem impactos nos âmbitos institucional e individual, implicando alterações concretas da realidade humana e política.

Juízes deixam de compor, meramente, um quadro técnico-profissional de servidores públicos do Estado. Passam a ocupar, em alguma medida, um espaço político-normativo de tomadas de decisões, ainda que em processos judiciais. Decisões judiciais tornam-se instrumentos de realização política, sobretudo, em se tratando de cortes constitucionais (DA ROS, 2017). Neste cenário, escolhas democráticas são realizadas por instituições e fóruns atípicos no que tange à expressividade da soberania popular (BICKEL, 1986; BRANDÃO, 2019), embora exercentes de um poder num contexto democrático.

É sobre este arquétipo que se desenha um contraponto, mesmo aparente, entre a natureza popular do exercício político e a institucionalização do poder. Em alguma medida, o próprio constitucionalismo torna-se um limitador da realização plena da democracia. A questão também se posiciona diante da diminuição da possibilidade de participação popular, já que as instituições judiciais não estão tipicamente funcionalizadas ao exercício participativo (BOLONHA; GANEN; ZETTEL, 2013).

De tal maneira, a relação democracia-constitucionalismo é marcada por pontos simultâneos de interação e distensão. Sobre esta dinâmica é que se debruça no presente capítulo, avançando, de início, sobre as tensões entre constitucionalismo e democracia.

3.1 O tensionamento entre democracia e constitucionalismo

No exame das tensões na relação democracia-constitucionalismo, importe uma análise que perpassa pela separação dos poderes. Isso porque, há uma dinâmica relevante na distribuição do poder no sistema político, num equilíbrio entre a institucionalização de mecanismos independentes de conformação democrática e a própria essência de funcionamento

sob o qual se funda a democracia (DA ROS, 2007). É no enlace institucional do exercício do poder que as escolhas democráticas são realizadas.

Conforme Montesquieu (1973), na configuração institucional, reservava-se, funcionalmente, um poder de julgar, então encoberto pelo manto da aplicação normativa. Se, no modelo observado pelo filósofo, na Inglaterra a função de julgar era verificada junto ao Executivo, progressivamente, o Judiciário se institucionalizou a partir de outras experiências estatais, culminando na configuração atual. Como destaca Carvalho (2007), os federalistas norte-americanos⁸⁸ compuseram um modelo institucional que, partindo das ideias montesquieuanas, aperfeiçoou os instrumentos de controle entre os Poderes. Estas novas conformações institucionais “foram cruciais para o fortalecimento da supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar que à época reinava.” (CARVALHO, 2007, p. 165).

De toda sorte, nunca como dantes a atuação de juízes e tribunais foi tão expressiva e o Poder Judiciário tivera tamanha relevância, inclusive, no desenho institucional e na relação com os demais Poderes. Cortes constitucionais estão na centralidade da realização política contemporânea. No mesmo compasso evolutivo do constitucionalismo liberal, a democracia demandou um modo de ser em que se pudesse resguardar a normatividade constitucional na realização do poder do Estado (BONAVIDES, 2015).

Neste sentido, é que se fundaria a jurisdição, como guarda democrática. Entretanto, como colocam Souza Neto e Sarmiento (2013), a mesma medida de imposição de limites democráticos pelas cortes constitucionais pode, se em exagero, revelar-se antidemocrática. Isso porque, pode-se haver a substituição da possibilidade de autogoverno pelo povo.

A autoridade das cortes constitucionais na declaração de invalidade de normas criadas por legisladores eleitos, em alguma medida, pode colidir com os princípios democráticos (FREEMAN, 1990). De ímpeto, se a soberania popular é expressão última da democracia, instituições não representativas não poderiam intervir em decisões tomadas pelas instâncias políticas majoritárias.

É verdade, como constata Gaspardo (2011), a existência um deslocamento institucional do eixo governo-parlamento em direção ao protagonismo das cortes. Juízes passam a ser agentes de realização dos direitos sindicalizados, não raras vezes, em razão da deficiência dos

⁸⁸ A respeito disso, é importante o destaque sobre a posição do Judiciário na estruturação pensada pelos *founders fathers*. Willeman (2014, p. 170), ao analisar as premissas federalistas, conclui que não “há, igualmente, referência ao caráter vinculante da interpretação judicial em relação aos demais ramos de poder. Aliás, muito pelo contrário, o Judiciário é identificado como o mais fraco dos poderes, exatamente como aquele que não exerce nem força, nem vontade.”. Essa perspectiva é importante para a ideia que ora se desenvolve, de participação popular na significação constitucional.

típicos mecanismos representativos. Daí porque, em substituição à própria representação política, o Poder Judiciário, que inicialmente incumbia-se do controle e legitimação dos demais poderes, passou a cuidar da efetivação de determinados direitos⁸⁹, em especial, daqueles fundamentais sociais.

Aliás, esse mesmo fenômeno era destacado por Kelsen (2005, p. 401), para o qual a delegação de autoridade judiciária para controle da legislação expressa “certa desconfiança em relação aos órgãos legislativo e executivo”. Em certa medida, portanto, a jurisdição constitucional serve como elemento definidor do modo de realização da relação entre os Poderes, com significativo peso no desenho institucional. No entendimento do mencionado jurista austríaco, o Judiciário funciona, de fato, “como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do poder executivo” (KELSEN, 2005, p. 401).

Apesar do ideal kelseniano da função jurisdicional como contrabalanço da atuação dos demais poderes, observa-se que o Judiciário tem despontado em destaque no cenário político-institucional. A propósito, Ramos (2015) anota que há um desequilíbrio na relação entre os poderes, em razão de o Judiciário ter avançado na realização de funções essencialmente típicas de outras instâncias decisórias da política. Em igual sentido é o entendimento de Brandão (2019), segundo o qual, com destaque para o caso brasileiro, pode-se falar, potencialmente, numa supremacia do Judiciário em relação aos demais poderes constituídos.

Vale destacar que, para alguns, esse fenômeno seria necessário, em decorrência da necessidade de substituição representativa dos espaços políticos majoritários. Isto é, o Judiciário teria ocupado o atual espaço em razão de um hiato institucional. Este é o entendimento de Barroso (2010), para o qual a atuação do Judiciário serve para suplantar o déficit de realização dos direitos constitucionalmente garantidos pelas instâncias políticas majoritárias⁹⁰. Daí porque, justificar-se-ia na efetivação constitucional a referida postura jurisdicional face aos demais poderes.

De toda maneira, esse movimento de protuberância do Judiciário é acompanhado, senão proporcionado, pela judicialização da política⁹¹ (ARANTES, 2013; BEÇAK, 2008;

⁸⁹ Kelsen (2005) explica que a atual atribuição de salvaguarda de direitos ao Judiciário derivou de circunstâncias históricas, em razão da necessidade de restrição do poder monárquico. Para o jurista austríaco (KELSEN, 2005, p. 401), o referido desenvolvimento histórico “explica a posição privilegiada dos tribunais dentro do sistema político, a sua prerrogativa de controlar a legislação e a administração, a crença profundamente enraizada de que os direitos dos indivíduos podem ser protegidos apenas pelo ramo judiciário do governo[...]”.

⁹⁰ Gaspardo e Andrade (2018, p. 156) ponderam que “a conjugação das constituições do Estado Social com a frustração da capacidade de se fazer representar pelas vias políticas tradicionais acabou por criar a possibilidade de exercício de uma cidadania à margem ou paralela ao circuito Governo/Parlamento, constituindo o Judiciário como locutor político alternativo para a busca de efetivação de direitos.”.

⁹¹ Esse fenômeno pode ser analisado pela óptica politização do Judiciário. Aqui, entendemos que não é o caso. Se a inércia é um dos pressupostos de funcionamento da jurisdição (MENDES; BRANCO, 2020), não parece crível

BARROSO, 2010). É um movimento devolutivo de capacidades e possibilidades institucionais ao Judiciário na realização de escolhas políticas. Brandão (2019) destaca a existência de três tipos de condições – políticas, institucionais e interpretativas⁹² –, que ampliaram a judicialização dos assuntos típicos da política e proporcionaram a atuação de juízes e tribunais em questões outrora reservadas às instâncias representativas.

Vale o destaque de que o fenômeno não é apenas brasileiro⁹³. Arantes (2013) atrela esse movimento às reformas políticas havidas no século XX, a partir da progressiva constitucionalização dos regimes políticos e da incorporação da revisão constitucional no período posterior à II Guerra Mundial. No mesmo sentido é o entendimento de Beçak (2008), que destaca a função dos tribunais, desde algum tempo, de não apenas regular o resultado da lei elaborada, mas também de examinar o próprio processo político do qual as normas derivam.

Seja como for, parece perceptível que o então arranjo institucional dos poderes nas experiências anteriores, atualmente, flexiona-se num peso maior do Judiciário na arena político-institucional. Até a forma com que os poderes Legislativo e Executivo relacionam-se com o Judiciário impõe novos contornos institucionais. Aliás, na relação entre os poderes “o desequilíbrio hoje é flagrante”, como destaca Beçak (2008, p. 335). De tal forma, a estrutura institucional das democracias contemporâneas passa a funcionalizar em torno das cortes constitucionais as atribuições de limitação e controle da autoridade exercida pelo demais Poderes, como é apresentado por Binenbojm (2014, p. 48–49):

O equilíbrio e a harmonização dos ideais do Estado democrático de direito se buscam através da complexa estrutura de funcionamento do sistema de divisão de poderes entre órgãos políticos e jurisdicionais, adremente delineada na Constituição. Nos países que adotam o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, os eventuais conflitos políticos de índole constitucional não se resolvem, em caráter definitivo, pela decisão da maioria, mas, ao contrário, por uma decisão do Tribunal Constitucional. Realmente, como intérprete último da Constituição, compete-lhe ditar aos demais poderes os limites de sua autoridade, velando por que atuem pautados pelos procedimentos e dentro dos limites substanciais constitucionalmente previstos.

projetar que o Judiciário avançou, por si mesmo, sobre os assuntos da política, sem nenhuma provocação. Não desprezamos o caráter tipicamente político das cortes constitucionais, com o que cuidaremos na sequência, mas é marcante o caráter devolutivo das diversas circunstâncias sociais a juízes e tribunais, bem como o significativo processo de judicialização verificado no Brasil.

⁹² Brandão (2019) sistematiza as principais hipóteses que levaram à judicialização da política: a) a existência de prerrogativas típicas dos poderes Legislativo e Executivo; b) a validação judicial de mudanças de regime político; c) a necessidade de fiscalização da democracia e o controle do processo democrático pelo Judiciário; d) a justiça restaurativa; e, e) o aparecimento de questões típicas da política para serem decididas, como conflitos étnicos, linguísticos e religiosos de grande repercussão social.

⁹³ Especificamente sobre o caso brasileiro, Gasparido e Andrade (2018, p. 156) destacam que “o fortalecimento do controle de constitucionalidade nasce vinculado a um projeto constitucional ambicioso, sobretudo quanto à proposta de revitalização da cidadania, ressinificando os cânones democráticos e inserindo a atuação judicial no centro das disputas sociais por direitos.”.

Evita-se, com isso, que o poder da maioria se tire, suprimindo os direitos das minorias e pondo em risco o próprio funcionamento do regime democrático.

De tal forma, a supremacia judicial na interpretação e aplicação da Constituição parece ter-se firmado como marco institucional típico a partir da segunda metade do século XX, sendo traço característico na contemporaneidade. Resende e Vieira (2016) salientam o caráter cultural⁹⁴ de reconhecer-se às cortes constitucionais uma elevada vantagem na dinâmica de freios e contrapesos entre os Poderes. Cogita-se, também, como trazido por Brandão (2019), de uma suposta maior capacidade institucional do Judiciário em interpretar o texto constitucional⁹⁵. Em igual sentido, Carvalho (2007) anota que o modelo de supremacia da Constituição – pelo qual os atos governamentais devem estar ligados à sociedade, o que facilita a sindicalização jurisdicional para a proteção de direitos –, tem influenciado as experiências constitucionais ocidentais.

O Judiciário passa a monopolizar a definitividade interpretativa sobre o significado da Constituição, ultrapassando as fronteiras de estrito guardião constitucional (BARREIRO; CRUZ, 2021) ou a posição ordinária de legislador negativo (BRANDÃO, 2019). Pode-se dizer que esse movimento provoca, inclusive, uma ideia distorcida de que a supremacia constitucional implicaria hegemonia da jurisdição constitucional. Nesta lógica, o Judiciário assume a palavra definitiva na interpretação constitucional, no contraponto ao Legislativo⁹⁶, impondo-se um status permanente sobre o que já decidido pelas cortes constitucionais. Como abordado por Kozicki e Araújo (2015), ao menos idealmente, esta mesma perspectiva

⁹⁴ Ao abordarem a retórica em torno da supremacia judicial na interpretação da Constituição, Kozicki e Araújo (2015, p. 116) destacam o isolamento dos juízes do contexto em que se verifica uma controvérsia constitucional, o qual seria a “pedra de toque das chamadas teorias do pré-comprometimento. Imunes à irracionalidade que toma conta da maioria no momento de comoção social, os juízes decidiram com maior propriedade por serem atores externos do espírito independente [...]. De espírito independente, o juiz não é contagiado pelo estado patológico de tomada de decisões que contamina a multidão”. Essa mesma suposição aparece muito claramente na já referida ideia de Hamilton (1993) sobre a atuação de juízes e a formatação do Judiciário.

⁹⁵ Aparece, aqui, a questão das capacidades institucionais do Judiciário. Segundo desta noção, os juízes possuiriam maior capacidade no exame da Constituição. Nos dizeres de Brandão (2019, p. 249-250), esta ideia pode ser sintetizada pela existência de “elementos confeririam ao juiz uma posição especialmente favorável para a interpretação de questões de princípio, na medida em que propiciariam a sua desvinculação de interesses econômicos e/ou políticos e o seu compromisso com a aplicação imparcial do Direito. Ademais, o treinamento e expertise em matéria jurídica evidenciarão a sua especial aptidão para a interpretação da Constituição, além de a análise da lei após algum tempo de aplicação conferir-lhe um acervo privilegiado em relação ao legislador quando da sua edição [...]”.

⁹⁶ Vale destacar que esta posição jurisdicional é significativamente diferente daquela proposta por Kelsen, já que o jurista austríaco elaborou um modelo de controle de constitucionalidade deferente à atividade do legislador (Brandão, 2019). Para Kelsen (2003), o Judiciário estaria restrito à função de legislador negativo, porque, caso houvesse a extrapolação do limite de análise das incompatibilidades constitucionais das normas, os juízes estariam imiscuindo-se num espaço livre de discricionariedade do Legislativo, o que seria ilegítimo.

consolidou-se no caso brasileiro⁹⁷, muito em razão do desenho institucional da Constituição de 1988.

Com efeito, como destaca Brandão (2019), há uma projeção de que o STF domine o sentido indeterminado da Constituição, como verdadeira instituição vocacionada para tal atividade interpretativa. Em torno do tribunal ajunta-se uma crença⁹⁸ normativa de que a interpretação constitucional encerra na corte seu ápice de realização. O STF “assumiria uma posição de primazia na definição da ‘última palavra’ sobre o sentido da Constituição, não apenas no caso concreto, mas também no futuro” (BRANDÃO, 2019, p. 223).

O mesmo compasso da supremacia judicial é acompanhado por aquilo que se denomina “dificuldade contramajoritária” das cortes constitucionais. Souza Neto e Sarmiento (2013) identificam o fenômeno a partir de um reconhecimento de que a interpretação judicial da Constituição poderia culminar na criação de normas constitucionais. Com isso, os juízes, valendo-se da vagueza e abertura dos textos constitucionais⁹⁹, passam a moldar “a Constituição

⁹⁷ Neste sentido, Kozicki e Araújo (2015, p. 116) entendem que o STF assumiu para si a função de “guardião entrenchado”, tornando-se zelador último da Constituição, de modo a submeter o político ao jurídico, a fim de “forçar o legislador ordinário, movido somente por interesses políticos egoístas e imediatos, a obedecer ao legislador extraordinário que se manifesta nos momentos constitucionais.”. A respeito disso, Barreiro e Cruz (2021) colhem de próprios julgamentos do STF a visão de que o tribunal teria a supremacia interpretativa na significação constitucional.

⁹⁸ Sobre essa construção em torno da supremacia da jurisdição constitucional, valem os comentários de Resende e Vieira (2016, p. 410, grifo dos autores): “se perfaz necessário reconhecer que a supremacia judicial evidencia uma **premissa ideológica** construída com o propósito de persuadir os cidadãos a crer na sua imanência direta da Constituição, que se associa ao processo histórico de sedimentação do conceito.”

⁹⁹ Aqui, vale a pena discorrer sobre o ativismo judicial, inobstante as diversas formas de conceituação e tratativa do fenômeno, bem como diante da ausência de consenso em torno da própria definição do termo. Muito embora este não seja o objeto pesquisado, invariavelmente, ao se tratar da atuação de cortes constitucionais, o modo como esses tribunais interpretam a Constituição é temática digna desta digressão, já que correlata à contextualização da relação democracia-constitucionalismo. Brandão (2019) adota uma postura crítica ao ativismo judicial, caracterizando-o pela utilização de métodos interpretativos fluidos pelos tribunais, o que pode distanciar as decisões da própria normatividade, num movimento de diminuição da aderência aos textos normativos e do uso de fundamentações maximalistas. Esta mesma posição é enfaticamente compartilhada por Ramos (2015, p. 131–141), para o qual o ativismo judicial aparece como “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”, de modo que o autor aponta uma “sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem a desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.”. Já noutra perspectiva, para Barroso (2010, p. 11), o ativismo judicial associa-se “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. Destaca-se, ainda, a ideia de Hirschl (2020), segundo o qual o fenômeno então denominado “ativismo judicial” instaurou uma nova ordem política de transferência de poder ao Judiciário para decidir sobre tantas questões quanto sejam – especialmente, as controvérsias políticas mais pertinentes e marcantes experimentadas pelas sociedades –, o que passou a ser verificado rapidamente ao redor do globo, como ocuparemos adiante. Os pontos de vistas se contrapõem, exatamente, no juízo valorativo atribuído à atividade interpretativa das cortes constitucionais, além da restrita ocupação daquele que seria o perfil inicialmente idealizado para a atuação jurisdicional. A partir do ponto de vista adotado – e não é que não se reconheça a legitimidade do Poder Judiciário na colmatação de espaços normativos, tal como faz Beçak (2008) –, filia-se, aqui, à primeira concepção. Assim como fazem Barreiro e Cruz (2021, p. 185), compartilha-se a visão de que o ativismo judicial e a judicialização da política são fenômenos imbricados, “centrados na questão da efetivação de direitos por meio de posturas expansivas do Judiciário [...]”. Como abordado nesta seção, no ímpeto de afirmação e concretização de direitos, por meio do uso de recursos interpretativos fluidos, o Poder Judiciário pode produzir decisões cujos resultados, por vezes,

de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 127).

Uma das primeiras análises desse fenômeno foi realizada por Bickel (1986), que se debruçou sobre o controle de constitucionalidade estadunidense. O cientista político (BICKEL, 1986, p. 16, tradução nossa) entende que a revisão judicial das leis pelo Judiciário “constitui o controle por uma minoria não representativa de uma maioria eleita.” O autor faz essa crítica a partir da capacidade de representação das instâncias judicial e legislativa, avaliando a interpretação que fora consolidada sobre as ideias de Hamilton (1993).

Partindo disso, o controle de constitucionalidade estaria em oposição à representatividade, que se expressa nos Poderes Executivo e Legislativo. Bickel (1986) defende que o controle feito pelo Judiciário frustra a vontade dos representantes eleitos, na qual residiria as centralidade e essência da democracia. A cessão de poder aos representantes por meio das eleições integra a prática democrática. Por isso, ao rever uma escolha feita por aqueles que detêm a capacidade representativa do povo, então firmada na eleição, o controle de constitucionalidade estaria na contramão da substancialidade do regime político.

Nota-se, em alguma medida, que a construção do autor resgata a noção de supremacia parlamentar¹⁰⁰, de modo que a representatividade do povo estaria encerrada no Legislativo. Neste sentido, ainda, Bickel (1986, p. 20, tradução nossa) traça uma diferença entre as capacidades do Judiciário e do Legislativo diante do controle de constitucionalidade, ao caracterizar a *judicial review* como “o poder de aplicar e interpretar a Constituição, nas questões mais importantes, contra a vontade de uma maioria legislativa, que é, por sua vez, impotente para afetar a decisão judicial.” Observa-se o realce da impotência do Legislativo diante da atividade de revisão judicial normativa.

Com isso, Bickel (1986) reforça que o controle de constitucionalidade aparece como uma contradição interna dos sistemas políticos, que afeta diretamente os cânones fundantes e caracterizadores da democracia¹⁰¹. Parece surgir, desta forma, uma espécie de atipicidade da revisão judicial com os preceitos estruturantes da democracia representativa. Daí porque,

podem extrapolar, até mesmo, os necessários limites da legalidade, os quais são corolários e caracterizadores do Estado Democrático de Direito (MENDES; BRANCO, 2020).

¹⁰⁰ A respeito disso, Carvalho (2007, p. 162–172) anota que o controle jurisdicional de constitucionalidade representa o “início do processo de superação da supremacia do Parlamento pela supremacia da Constituição”, o que vai consolidar-se nas experiências europeias após o término da II Guerra Mundial, a partir da “codificação dos direitos fundamentais e das liberdades individuais. A sua consequência imediata foi a diminuição do poder discricionário do legislador ordinário e do próprio Executivo perante esses direitos.”

¹⁰¹ Neste sentido, Dahl (2009, p. 30) é incisivo em apontar que “nenhum tipo de adulteração da teoria democrática poderá esconder que um sistema no qual as preferências de política pública das minorias prevalecem sobre as maiorias vai de encontro aos critérios tradicionais que distinguem uma democracia de outros sistemas políticos.”

afirma-se que o monopólio interpretativo da Constituição pelas cortes constitucionais não guarda, por si mesmo, compatibilidade democrática (RESENDE; VIEIRA, 2016).

Diante dessa perspectiva, Dahl (2009) é incisivo em destacar a incompatibilidade da natureza contramajoritária do controle de constitucionalidade com a democracia. Isso porque, a característica típica do regime democrático – o qual é logicamente alicerçado na soberania popular expressa nas escolhas feitas pela maioria –, é afastada, a despeito de se admitir a prevalência das posições judiciais de uma minoria. Por isso, o controle de constitucionalidade torna-se democraticamente anômalo, já que arrimado em oposição à prevalência da soberania popular e do domínio da igualdade democráticas (DAHL, 2009).

Seja como for, é certo que a análise feita por Bickel (1986) recai sobre o contexto estadunidense, então marcado pela criação judicial da revisão constitucional. No entanto, Barreiro e Cruz (2021) fazem uma distinção importante sobre o STF, ao destacarem que, diferentemente dos Estados Unidos, a Constituição de 1988 prevê o controle de constitucionalidade. Na realidade brasileira, o contraste democrático da *judicial review* deriva muito mais da forma de atuação do tribunal constitucional.

Isto é, a dificuldade contramajoritária do STF residiria na intensidade e no modo de realização do controle de constitucionalidade (BARREIRO; CRUZ, 2021). Em igual sentido são as colocações de Souza Neto e Sarmiento (2014) para os quais a objeção democrática, no Brasil, identifica-se na dosagem e recorrência de utilização do controle de constitucionalidade, ao invés da pura existência da *judicial review*. Daí porque, o modo de realização da supremacia jurisdicional vai impor as nuances de contraposição democrática das cortes constitucionais, dada a contingência das configurações de cada tribunal.

De toda forma, o desvio democrático da ideia de supremacia da *judicial review* é latente, “especialmente diante do grau de imunização dos atos judiciais frente à interferência normativa legiferante (RESENDE; VIEIRA, 2016, p. 409). A própria formatação processual e o encerramento das decisões judiciais garantem uma espécie de definitividade constitucional. A supremacia judicial cria resistências, provocando uma espécie de submissão do processo político aos ditames jurisdicionais, o que obstrui a desejável transformação dialética¹⁰² da sociedade¹⁰³.

¹⁰² Cf. nota de rodapé nº. 52.

¹⁰³ Neste sentido, valem as colocações de Resende e Vieira (2016, p. 410, grifo dos autores) sobre os limites da ideia de supremacia judicial diante do processo político: “até mesmo os requisitos fundantes da certeza e da estabilidade atribuídos ao regime da supremacia judicial não resistem a maiores testagens, tendo em vista que atores políticos outros situados fora da estrutura judiciária podem encontrar-se também imbuídos dos valores da **previsibilidade e estabilidade**, sem falar nas diversas ocasiões em que uma mesma Corte Suprema altera seu

Desta maneira, parece perceptível que os tribunais possuem limitações na realização das atividades de controle de constitucionalidade. Gaspardo (2011) indica para a existência de limites relativos à legitimidade, capacidade e funcionalidades de juízes e tribunais no exercício da *judicial review*. A natureza tipicamente pouco representativa das cortes constitucionais torna o intervencionismo jurisdicional limitado, já que fixado sob um eixo de atuação que se contrapõe às instâncias majoritárias.

O problema da tensão que se apresenta adquire novos contornos ao permitir o enfraquecimento do processo democrático. Ao realizar o controle de constitucionalidade, o Judiciário acaba por substituir o Legislativo, ao diminuir a responsabilidade do último na realização e condução da política (BEÇAK, 2008). Em outras palavras, na medida em que o Judiciário adjudica para si a tarefa de primazia na interpretação constitucional, ocorre a “diminuição da responsabilidade política dos titulares dos demais poderes estatais”, rompendo com o típico círculo democrático de compartilhamento de atribuições estatais (RESENDE; VIEIRA, 2016, p. 410).

No mesmo sentido é entendimento de Gaspardo (2011), para o qual o controle de constitucionalidade promove a retirada do conflito da ordem política para ser integralizado ao âmbito jurídico. Decorre disso um deslocamento do *locus* institucional de realização da escolha política. Os espaços majoritários de decisão são suprimidos pelo Judiciário, num movimento de diminuição das capacidades e possibilidades democráticas dos representantes eleitos¹⁰⁴. A propósito, Bickel (1986) destaca que a *judicial review* pode gerar uma certa desconfiança no Legislativo, que enfraquece a dinâmica da democracia, também, por afastar o senso e a capacidade política de fiscalização pelos eleitores.

Em poucas palavras, a crítica remanesce em razão da substituição dos espaços políticos pelo Judiciário. Esta lógica parece ter uma natureza tipicamente inadequada, na medida em que o “sistema jurídico não pode desempenhar a função nem operar com o código do sistema político” (GASPARDO, 2011, p. 267). Por isso, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade acaba por impor uma disfuncionalidade sistêmica, embaraçando o funcionamento da democracia, de modo a enrijecer o adequado exercício das funções pelos Poderes, como colocam Kozicki e Araújo (2015, p. 116):

posicionamento originário, de modo a protagonizar um movimento de mutação constitucional em interregnos longos ou curtos.”

¹⁰⁴ Gaspardo (2011, p. 273) é contundente em afirmar que, se o sistema jurídico tentar operar com códigos típicos de outros sistemas, “poderá ser colocada em risco sua própria independência, assim como as instituições democráticas e a liberdade dos indivíduos”, o que impõe o enfrentamento da questão “por meio de ajustes no próprio sistema político, e não por meio da transferência de atribuições desse sistema para o sistema jurídico”.

Além, a retórica tem o condão de liberar Corte e Parlamento do ônus argumentativo. À primeira, resta a interpretação e aplicação exegética da norma constitucional, sem exigir maior fundamentação. Já os legisladores [...] se sentem isentos de fundamentar suas posições em razões constitucionais e se prendem à estrita legalidade de seus atos. Se a lei ou a política pública incorressem em vício, haveria a aferição posterior pelo Judiciário. A infalibilidade de juízes é presumida e, com isso, a possibilidade e os reflexos do seu erro são subestimados.

Um outro aspecto que também é de relevante observação a partir do enfoque de tensionamento democrático da *judicial review* é a substituição do indivíduo pelo Judiciário, quer seja de suas individualidades, como das expressões coletivas.

A respeito disso, resgatando elementos da psicanálise, Maus (2000) anota a existência de um movimento de ratificação do infantilismo dos sujeitos, a partir do qual há a transferência do superego da sociedade para o Poder Judiciário. Com isso, a realização do processo democrático – notadamente, na formulação de consensos políticos, a partir de manifestações cidadãs, então forças democráticas –, é transferida para uma instância estatal, a qual passa a centralizar a consciência social.

Para a autora (MAUS, 2000), o Judiciário tem servido como uma espécie de revelador da moral social, na medida em que passa a expressar as pretensões individuais dos sujeitos, tornando-se uma espécie de figura paterna¹⁰⁵ para uma sociedade órfã. Desta forma, parece visível o duplo movimento de substituição-regência do indivíduo pelo Judiciário. Se, de um lado, a consciência individual instrumentaliza-se pelo Judiciário; noutra óptica, a instituição passa a tomar o governo das pretensões da sociedade.

Mais ainda, Maus (2000, p. 186) entende que no compasso em que o Judiciário se eleva “à condição de mais alta instância moral da sociedade [,] passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social [...]”. Este aspecto torna-se uma disfuncionalidade democrática, justamente, por colocar o Judiciário imune ao controle social, que é uma exigência da democracia. Via de consequência, referida circunstância amplia a força coercitiva do Estado, como destaca a autora:

Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que qualquer fato imaginável pode ser identificado como

¹⁰⁵ A respeito da postura paternalista do Judiciário, Maus (2000, p. 190) faz a seguinte explicação, referenciando-se à corte constitucional alemã, e observando um certo fetichismo criado em torno da ideia do Judiciário como instituição resolutive dos dilemas sociais dos cidadãos: “[a] Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, por isto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional uma retificação de sua própria postura frente às questões que envolvem a cidadania”.

juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. Com isso o poder de sanção do Estado expande-se, vindo de encontro a exigências que, de acordo com o entendimento clássico do Estado de direito, somente valiam como exigências morais, ficando legadas à problematização social imanente. [...] Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas "livres" e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral (MAUS, 2000, p.201-202).

Todo este contexto produz, em verdade, um dilema de tensão marcante nas democracias recentes. Apresentando-se para além de uma mera dicotomia interna, trata-se da adoção de um “Poder Judiciário com instrumentos bastante importantes do ponto de vista formal, na expectativa de que restringissem arbitrariedades e salvaguardassem a dinâmica política democrática” (DA ROS, 2007, p. 101). Esta instituição, então, assume capacidades e possibilidades que ultrapassam as fronteiras de um ator de restrição e salvaguarda, imiscuindo-se na seara política.

Portanto, nítida a relação do controle de constitucionalidade com a política, o que vai muito além da tradicional distinção realizada entre esses dois campos. As conexões entre Direito e Política tornam-se progressivamente evidentes, demandando um esforço conciliatório que permita a convivência necessária¹⁰⁶ (BARROSO, 2010).

Entendemos que a própria gênese das cortes constitucionais as funcionaliza para a realização de escolhas não necessariamente jurídicas. Estes tribunais, em verdade, são vocacionados para o exercício da política. Essa relação, com o que se ocupa nas linhas seguintes, é central tanto na abordagem aqui proposta, como para o exame da conjuntura na qual o Supremo Tribunal Federal se insere.

3.2 Cortes constitucionais e política

Se cortes constitucionais possuem uma tipicidade política constitucionalmente prevista, assim foram projetadas ao tempo da elaboração da Constituição. Isso em razão de que as escolhas dos constituintes vão determinar os contornos do desenho institucional. Daí porque, afirma-se que o *constitution-making* envolve tanto um conjunto de pretensões dos constituintes, como aspirações deles mesmos, todas as quais refletem-se nas configurações dos textos constitucionais.

¹⁰⁶ Neste sentido, Da Ros (2007, p. 88) indica a indispensabilidade de uma leitura política da realidade jurídicas, de modo que se impõe a “recomendação de buscar empregar o estudo da política como auxiliar para a compreensão do fenômeno jurídico, como a emergência do Estado de Direito e do constitucionalismo, além das funções políticas da independência do Poder Judiciário e do próprio ativismo judicial.”

A consolidação dessas vontades encerra-se numa Constituição, que é fruto de um processo tipicamente político. Portanto, as cortes constitucionais e a relação delas com a própria política derivam de uma projeção feita pelos constituintes.

Para Elster (1995), a elaboração de uma Constituição está envolvida na realização de escolhas coletivas, inobstante as restrições e limitações típicas existentes no processo constituinte¹⁰⁷. De tal forma, na medida em que condicionada à adoção pela coletividade, pode-se dizer que uma determinada escolha constitucional levada a efeito depende da agregação por mais de um constituinte. Diante desse cenário, a elaboração de uma Constituição envolve três componentes: as já mencionadas restrições, a própria agregação de vontades e as motivações individuais dos constituintes (ELSTER, 1995).

Em sentido semelhante avança o modelo teórico apresentado por Knight (2001), para o qual as expectativas dos constituintes sobre o texto em elaboração podem condicionar as preferências estruturais e procedimentais da Constituição em confecção. Então, num arranjo tipicamente contingente, o produto constitucional final estaria subordinado às circunstâncias ao tempo de sua elaboração. Como um dos resultados dessa subordinação, o autor (KNIGHT, 2001) indica o modo e o grau de interferência da *judicial review*. Com isso, as configurações das capacidades e das interações políticas das cortes constitucionais seriam produto das possibilidades e dos interesses que permeiam o processo constituinte.

Nesta lógica, pode-se assumir que, se as cortes constitucionais possuem poder e autoridade políticos, de algum modo seria expressão das circunstâncias políticas ao tempo do desenho constitucional.

A respeito disso, Arantes (2013) diferencia dois modos de compreender o fenômeno. Numa perspectiva normativa, o avanço da *judicial review* seria positivo, já que serviria à descentralização e domesticação do poder; e, noutra concepção, de natureza estratégica, a transferência de autoridade às cortes está relacionada ao componente político e às expectativas ao tempo do *constitution-making*. Ainda, Brandão (2019) explora uma terceira forma de abordagem, sob uma ótica funcionalista, pela qual a expansividade das cortes constitucionais decorre de uma formatação estrutural do sistema jurídico-institucional.

Ao sumarizar a literatura referente à matéria, sob a ótica da ciência política, Ginsburg e Veersteeg (2013) indicam para a existência de quatro teorias possíveis para explicar sobre os

¹⁰⁷ Ao tratar das limitações do poder constituinte, valem os destaques feitos por Silva (2021, p. 47, grifo do autor), para o qual “não parece possível supor que o poder de criar uma constituição é absoluto e ilimitado no sentido de poder criar *qualquer* constituição”; e, de Mendes e Branco (2020, p. 102), segundo os quais “haverá limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte.”.

motivos de delegação de poder e autoridade às cortes constitucionais. De acordo com as *Ideational Theories*, a *judicial review* deriva de uma associação entre o constitucionalismo e a proteção de direitos, em semelhança à mencionada teoria normativa. Um segundo modelo seria das *Coordination and Commitment Theories*, segundo as quais a revisão judicial estaria funcionalizada à coordenação dos dilemas advindos da separação dos poderes e à garantia do crescimento econômico, tudo a partir do pressuposto da neutralidade judicial. Para um terceiro nicho teórico, das *Electoral Market Theories*, a adoção da *judicial review* estaria integrada às questões da política doméstica, de modo que os tribunais constitucionais seriam funcionalizados às demandas típicas da classe política. Já para o último modelo teórico, as *Diffusion Theories*, a *judicial review* adviria por pressões externas, a partir da adoção massiva de cortes constitucionais por outros países, de modo a encadear a difusão nas experiências constitucionais.

Posto isso, assim como entende Brandão (2019, p. 91), tais teorias não são exclusivas, mas “antes iluminam elementos distintos que fomentam” a delegação de autoridade política às cortes constitucionais, pelo que “um sistema constitucional pode apresentar elementos inerentes” às diversas formulações teóricas (BRANDÃO, 2019, p. 91).

Seja como for, ao dimensionar a análise para a interação dos tribunais constitucionais com a política, o enfoque parece alcançar o modelo estratégico, isto é, as *Electoral Market Theories*¹⁰⁸. Isso porque, neste modelo, o comportamento das elites políticas é determinante (ARANTES, 2013), de modo que o elemento político se torna central no debate do tema, com o que ora se preocupa¹⁰⁹.

A propósito, ao realizarem um levantamento empírico¹¹⁰, Ginsburg e Veersteeg (2013) identificaram que a adoção da *judicial review*, predominantemente, é melhor explicada pelas *Electoral Market Theories*. Os autores identificaram uma disposição dos constituintes em

¹⁰⁸ Brandão (2019, p. 89) coloca que “atualmente há um grande consenso doutrinário acerca da vinculação entre a expansão da democracia e a ampliação do controle de constitucionalidade, ainda que as virtudes e os vícios do fenômeno comportem visões distintas. [...]”.

¹⁰⁹ Em razão da óptica de dialeticidade que orienta esta investigação, não se faz a opção de uma ou outra teoria. Reconhece-se uma relação de complementação entre os modos de explicação do fenômeno de delegação de poderes a cortes constitucionais. A opção pela abordagem da teoria estratégica é metodológica, dado o enfoque que ora se propõe, além de encontrar a proposta interdisciplinar com a ciência política.

¹¹⁰ O levantamento feito pelos autores não é impassível de críticas. Existem restrições metodológicas, especialmente, como por eles mesmos destacadas (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013), relativas à ausência de subsídio empírico para explicar a adoção do *judicial review* por questões de ideologia, demandas do federalismo ou pressões externas. Neste último ponto, com efeito, parece ser perceptível que as externalidades, em alguma medida, contribuem para a adoção da *judicial review*, como é destacado por Silva (2021, p. 47): “do ponto de vista do direito internacional e das relações internacionais, as limitações do poder constituinte são claras quando se pensa na continuidade do Estado.”. Haveria, portanto, uma significativa possibilidade de explicação da questão pelas *Diffusion Theories*.

delegar poder e autoridade políticos às cortes constitucionais como forma de projetar, no longo prazo, os interesses político-partidários ao tempo da elaboração constitucional. Como ressalta Brandão (2019), a aversão ao risco, típico da política, encontra na *judicial review* uma forma de reduzir as inconstâncias eleitorais.

Ao debruçar-se sobre os motivos da delegação de poderes a cortes constitucionais, Ginsburg (2003) entende que o controle de constitucionalidade serve como uma espécie de seguro (*insurance*) político, ante a incerteza do jogo político. Assim, as cortes constitucionais servem como uma espécie de arrimo para o futuro. A constitucionalização e a judicialização que decorrem desta lógica tornam-se fronteiras do próprio processo político (BRANDÃO, 2019).

Neste sentido, Ginsburg (2003, p. 24, tradução nossa) sintetiza o que define por *insurance model of judicial review*, assim caracterizado:

[...] Assume-se que os próprios redatores constitucionais são políticos, que estão interessados em governar após a adoção de uma nova constituição. Segue-se que eles buscarão projetar instituições que maximizem sua capacidade de governar sob a nova ordem constitucional. O fator-chave da perspectiva dos redatores é a incerteza da configuração política futura no momento do desenho constitucional.

Ao comentar as ideias do autor, Arantes (2013, p. 197) acrescenta que o surgimento da jurisdição constitucional como um seguro é típico de processos constituintes fragmentados, os quais acarretam a adoção de “um sistema de controle constitucional forte e acessível”. Ou seja, há uma funcionalização das cortes constitucionais para a proteção sistêmica da política. Os constituintes veem-se diante de circunstâncias nas quais os custos de outorga de poder e autoridade às cortes constitucionais tornam-se menos arriscados do que a incerteza futura do jogo democrático (BRANDÃO, 2019).

Em tratando-se da América Latina, Ríos-Figueroa e Pozas-Loyo (2010), também identificam uma relação muito próxima entre o modo de configuração da *judicial review* e a estrutura política que o precede. Isso porque, sistemas partidários competitivos, marcados pela dispersão do poder político, tendem a delegar poder e autoridade a tribunais constitucionais (BRANDÃO, 2019). Por isso, as cortes constitucionais e as capacidades políticas da revisão judicial são produtos da estruturação político-partidária diante do cenário de incerteza futura ao tempo da elaboração da Constituição (RÍOS-FIGUEROA; POZAS-LOYO, 2010).

Em arremate, como pontua Arantes (2013, p. 198), a delegação de poder e autoridade às cortes constitucionais desponta como “interação estratégica entre elites interessadas em se proteger da incerteza futura que a própria política democrática acarreta”. É neste sentido que

Knight (2001) aponta a natureza política das cortes constitucionais como dependente da perspectiva futura dos constituintes na avaliação de riscos para serem assumidos. Pelo *insurance model of judicial review*¹¹¹, cortes constitucionais são funcionalizadas para a realização da própria política.

Diante disso, é o caso de examinar a natureza política das cortes constitucionais, isto é, a funcionalização para a realização da política constitucional, bem como o aspecto político da atuação destes tribunais.

3.2.1 Cortes constitucionais para a política da Constituição

Como já exposto, cortes constitucionais dividem um espaço de atuação com outros atores institucionais. Daí porque, existe uma interação entre juízes e políticos num mesmo arquétipo institucional que, em alguma medida, aproxima as decisões judiciais das escolhas tomadas nos foros típicos. Pode-se dizer, então, que os tribunais constitucionais estão intrinsecamente posicionados na realização da política da Constituição, ampliando os mecanismos político-constitucionais.

Neste sentido, Dahl (2009, p. 41–42) posiciona esses tribunais como integrantes da classe política:

Como um elemento na liderança política da aliança nacional, a Suprema Corte apoia as principais políticas da aliança [...]

A Suprema Corte, porém, não é simplesmente um agente da aliança. Ela é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição. A Suprema Corte põe em risco essa legitimidade caso se oponha claramente às principais políticas da aliança dominante. [...]

a Suprema Corte faz o seu melhor para conferir legitimidade, e não simplesmente sobre as políticas particulares e restritas da aliança política dominante, mas sobre os padrões comportamentais básicos necessários para a operação de uma democracia.

No mesmo compasso, Hirschl (2020) identifica um endosso do fortalecimento do Judiciário, por meio da constitucionalização, como resultado de um pacto estratégico tripartite. O ponto comum no arranjo de sustentação entre os atores desta aliança é a preservação de seus interesses e a hegemonia classicista. As elites políticas hegemônicas pretendem manter seus

¹¹¹ Convém trazer, também, algumas limitações do *insurance model of judicial review*. Ginsburg (2003) anota três objeções ao modelo por ele desenvolvido: a) a existência de configurações institucionais diversas – a exemplo da dificuldade de emendamento da Constituição, o bicameralismo e a representação proporcional –, as quais poderiam substituir as funções institucionais da revisão constitucional; b) de que o uso do termo “insurance” indicaria, estritamente, uma aversão ao risco político, então inevitável à própria democracia; e, c) por último, uma possível barganha dos partidos dominantes entre a estipulação de um desenho de tribunal constitucional e a adesão à Constituição elaborada (*commitment theory*).

poderes, ao passo que as elites econômicas possuem um compromisso com o livre mercado, enquanto os tribunais buscam aumentar a autoridade simbólica, fortalecendo sua posição institucional.

Em igual sentido, ao analisar o cenário europeu, Sweet (2000) destaca que o movimento de atribuições de poder político aos tribunais, em especial às cortes constitucionais, é fruto de um conjunto de barganhas entre diferentes partes. O fenômeno aparece, então, como um *constitutional contracting*, que “em si mesmo produz uma demanda para o estabelecimento de algo como as cortes constitucionais” (SWEET, 2000, p. 41, tradução nossa). Há uma necessidade endógena de que algum mecanismo institucional esteja funcionalizado para a realização das preferências da própria classe política.

É por isso que o autor relaciona o surgimento das cortes constitucionais – e dos próprios mecanismos de revisão constitucional –, como uma forma de preenchimento da incompletude sistêmica, que visa a resolução futura da incerteza e do *enforcement* democráticos (SWEET, 2000). As decisões dos tribunais encadeiam-se numa associação com as próprias decisões tomadas pelos legisladores, cujos fins últimos, nas duas searas decisórias, são a realização da política constitucional. Em outras palavras, o escopo institucional sob o qual se funda a correlação das instituições não é fruto do acaso, senão devidamente projetado para tanto (SWEET, 2020).

Pode-se afirmar, então, que o parâmetro e o mecanismo para a tomada de decisões por juízes e legisladores partem de um mesmo pressuposto: quer seja o contrato político que os sustentam mutuamente; como, os fins colimados e ajustados entre si, próprios da classe política¹¹². Neste ponto, pode-se cogitar, até mesmo, que o controle de constitucionalidade se aproxime das preferências majoritárias, viabilizando as escolhas realizadas pelas coalisões dominantes.

¹¹² Neste sentido, são relevantes as colocações de Hirschl (2020, p. 350), ao posicionar as cortes constitucionais fidelizadas às narrativas que encadeiam a realização da política da própria Constituição, o que passa a modelar o modo decisório dos juízes: “os tribunais superiores nacionais tendem a se conformar às visões de mundo predominantes, às metanarrativas nacionais e aos interesses das elites influentes ao lidar com questões políticas importantes. Ocasionalmente, os tribunais podem emitir decisões contrárias ao establishment e inovadoras sobre questões políticas fundamentais. No entanto, essas raras ocasiões de intervenção judicial não convidada na esfera política provavelmente não transformarão as metanarrativas formativas de uma determinada sociedade, nem tampouco alterarão seus padrões historicamente enraizados de desigualdade na distribuição do poder. Do mesmo modo, dificilmente tais desvios judiciais ocasionais sobreviverão à resistência a longo prazo de uma esfera política recalcitrante e muitas vezes ainda superior em termos de poder. Aqueles que iniciaram e realizaram o processo de fortalecimento do judiciário nesses países como um antídoto às vicissitudes da política democrática conseguiram exatamente o que queriam: um meio de proteger suas preferências políticas contra as pressões políticas populares sem arriscar os perigos potenciais de delegar poder aos tribunais.”

Assim, um entendimento realístico sobre a delegação de poder às cortes constitucionais deve concentrar-se “nos incentivos egoísticos dos vários detentores do poder político para a deferência ao poder judiciário” (HIRSCHL, 2020, p. 87-88). Nesta perspectiva, é da necessidade de acomodação de interesses que decorre a autoridade dos tribunais constitucionais. Isto é, o estabelecimento do controle de constitucionalidade encontra as próprias relações entre os atores institucionais como forma de manutenção do poder de competitividade destes no jogo democrático; muito ao contrário, como pode parecer, de representar uma transferência alheada ou absorta.

É neste sentido que servem as constatações de Stephenson (2003), segundo o qual o controle de constitucionalidade associa-se a um sistema político com alto grau de competitividade. Se a revisão judicial foi pensada para dirimir os dilemas políticos, a concorrência da própria classe política endossa o uso do controle de constitucionalidade. Pode-se dizer, então, que cortes constitucionais são mecanismos inatos ao funcionamento do sistema político. Em outras palavras, a possibilidade de contraponto partidário, as diferenças políticas e a competitividade dos atores políticos, quer entre si mesmos ou das respectivas agendas, reforçam a adoção de uma revisão judicial hígida.

Para além do estágio de criação constitucional das cortes constitucionais, o controle de constitucionalidade não se dissocia das preferências que o constituiu. A associação de interesses políticos entre os atores e as instituições, mesmo após a inauguração constitucional, exige uma espécie de necessidade permanente do controle de constitucionalidade (STEPHENSON, 2003). A ideia do *judicial review* como seguro futuro permanece funcionalizada para o desenvolvimento da política da Constituição, na qual a própria corte constitucional está inserida.

As incertezas futuras previstas ao tempo da elaboração constitucional garantem suporte ao controle de constitucionalidade ao longo do tempo. As expectativas em torno da delegação de poder aos juízes estruturam a continuidade da *judicial review*. Isso vai ao encontro do entendimento de Stephenson (2003), para o qual a revisão judicial apenas se sustenta em virtude de um conjunto de fatores, quais sejam, além da já mencionada competitividade do sistema, uma postura moderada do Judiciário e as aversão e preocupação dos atores políticos ao risco futuro do jogo democrático.

Por isso, pode-se afirmar que higidez da revisão judicial está diretamente relacionada à concorrência política, de modo que os tribunais constitucionais aparecem como ponto de estabilidade para os demais atores políticos (STEPHENSON, 2003). Em razão disso é que se identifica o controle de constitucionalidade como uma ideia predominante, não como um

resultado da casualidade; mas, é construído¹¹³ pela agregação de preferências reunidas, eis que projetado para corresponder às respectivas prioridades. De tal sorte, como coloca Stephenson (2003), é por isso que as cortes constitucionais tendem a adotar posições intermediárias. Esses tribunais decidem de modo a acomodar as diversas predileções reunidas em torno de sua atuação¹¹⁴.

Da Ros (2007) aponta que, inobstante a existência de disposições normativas que garantem a independência judicial¹¹⁵, o Judiciário é dependente das correlações de forças do sistema político. Desse modo, juízes tendem a aproximar suas decisões das preferências e interesses dominantes como forma de sustentar suas posições. A mesma premissa serve para justificar uma preocupação dos magistrados com a implementação decisória, já que a aderência e as possíveis retaliações tornam-se determinantes do modo de construção das decisões e das escolhas feitas pelos tribunais (DA ROS, 2007).

De tal maneira, porque não está apartado da política, o controle de constitucionalidade torna-se instrumento estratégico para concretização dos interesses político-partidários e das preferências legislativas (SWEET, 2000). Assim, o Judiciário assume uma acepção instrumental; por certo, de verdadeiro meio para o exercício político. Nesta perspectiva, a diminuição de autoridade e capacidade decisórias do Legislativo e do Executivo – acompanhados da transferência de autoridade ao Judiciário – torna-se um deslocamento atraente aos detentores do poder político (HIRSCHL, 2020).

Neste sentido, Da Ros (2007, p. 101) afirma que a ideia de que os tribunais constitucionais “salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todas, como muitas vezes se veicula nos círculos jurídicos acadêmicos, pode ser considerada ingênuo.”. Para

¹¹³ Neste mesmo sentido é incisivo entendimento de Hirschl (2020, p. 104): “O poder do judiciário não cai do céu; é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização de direitos e o fortalecimento da revisão judicial resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas, porém crescentemente ameaçadas, que procuram insular suas preferências políticas contra as mudanças de humores da política democrática, fazendo-o em associação com elites econômicas e judiciais que possuam interesses compatíveis. As mudanças que emergem refletem uma combinação de preferências políticas e interesses profissionais destes grupos.”.

¹¹⁴ Stephenson (2003, p. 84, tradução nossa) destaca, neste ponto, uma postura de pragmatismo das cortes constitucionais, ao desempenharem um papel tal qual as diversas preferências expectativas reunidas em torno do controle de constitucionalidade: “um sistema judicial independente será menos atrativo para todas as partes quando adotar uma doutrina demasiado restritiva ou demasiado deferente. Na medida em que o judiciário tem controle sobre sua própria doutrina, esperamos que ele se ajuste de acordo e adote um nível intermediário de deferência.”.

¹¹⁵ A Constituição Federal de 1988, no artigo 95 e seus incisos, bem como o parágrafo único estabelece quatro garantias aos magistrados: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e imparcialidade. Para Silva (2015) essas garantias são denominadas de funcionais, sendo que a última aparece como forma de restrições formais, ou seja, vedações aos magistrados, a fim de proporcionar-lhes condições para a prolação de decisões imparciais. O mesmo autor também indica a existência de garantias institucionais, as quais são de duas ordens: orgânico-administrativas, relativas à independência na estruturação e no funcionamento dos órgãos judiciais; e, financeira, que diz respeito à independência na elaboração e na execução orçamentárias.

além de uma redução que pode simplificar a complexidade do controle de constitucionalidade como mecanismo institucional de proteção das minorias políticas¹¹⁶, juízes constitucionais também podem performar como atores políticos¹¹⁷. Então, passa-se ao exame da natureza política da atuação das cortes constitucionais.

3.2.2 O aspecto político da atuação das cortes constitucionais

Como parece evidente supor, se poder e autoridade são delegados às cortes constitucionais, esses tribunais terão, ao menos em algum aspecto, performances políticas. Observa-se, tal como Ferejohn (2002), que juízes possuem competência técnica na significação constitucional, o que minimamente lhes confere capacidade para estabelecer juízos normativos sobre as normas da Constituição¹¹⁸. No entanto, permanece o elemento político intrínseco à própria instituição jurisdicional – a funcionalidade de preservação dos interesses dominantes da política –, que modela a atuação dos tribunais constitucionais.

Neste sentido, conforme Hirschl (2020), existem três fatores que facilitam o fortalecimento do Judiciário, na mesma medida em que possibilitam a redução dos riscos da política, tais quais, a) o suficiente grau de certeza de que os juízes provavelmente irão produzir decisões que aproximem-se dos interesses dos próprios políticos; b) o controle geral, das elites políticas, sobre a composição dos integrantes dos tribunais, especialmente, das instâncias

¹¹⁶ Hirschl (2020, p. 95-96) discute a real funcionalização das cortes constitucionais para a proteção dos direitos das minorias políticas, com o aumento da cessão de autoridade aos tribunais: “confrontadas com possíveis ameaças às suas preferências políticas nas arenas majoritárias de tomada de decisão (tais como uma crescente influência de parte de grupos historicamente desfavorecidos ou sub-representados, bem como de interesses em órgãos políticos democraticamente eleitos), as elites que possuam acesso desproporcional a, ou influência sobre, a arena legal podem iniciar um processo de consagração constitucional de direitos de modo a transferir poder para as cortes supremas”. Nesta lógica, o fortalecimento do controle de constitucionalidade mais serviria às classes dominantes, ao invés da defesa das minorias políticas, o que estaria em descompasso com o desenho kelseniano. Parece certo supor, de qualquer modo, que a ampliação de poder dos tribunais constitucionais não provoca, tão somente, maior concretização de direitos apenas dos grupos dominantes, os quais teriam delegado autoridade visando tal retorno. No entanto, a observação que se coloca é a de que, conforme esta perspectiva, o aumento de autoridade do Judiciário não implica, necessariamente, maior proteção dos grupos minoritários.

¹¹⁷ Vale destacar, neste ponto, a constatação de Morais e Brum (2016, p. 108), para os quais a relação entre as classes políticas e o Judiciário – sobretudo, por estarem inseridas na complexidade do Estado Democrático de Direito – é marcada pela existência de “pressões externas e internas, públicas e privadas, que incidem sobre esse arranjo político-jurídico, as quais, para alguns autores, podem caracterizar indicativos de verdadeiras crises de gestão e soberania.”

¹¹⁸ Este argumento serve, também, para justificar a definitividade das interpretações judiciais sobre o texto constitucional, com anteriormente explorado no início do capítulo.

superiores; e, c) a expectativa e confiança¹¹⁹ da opinião pública sobre a imparcialidade¹²⁰ do Judiciário. Esse conjunto de circunstâncias, então, constrói um cenário factível para que as instituições jurisdicionais se ocupem de atribuições então típicas das instâncias majoritárias.

Não é que os tribunais adjudicam para si funções políticas. Como foi possível explorar, o desenho institucional projeta essa atribuição às cortes constitucionais. O que se verifica é um ascendente movimento de ocupação dos espaços majoritários por juízes e tribunais; ou melhor, até mesmo, uma substituição dos fóruns e atores próprios de discussão dos dilemas sociais.

Exemplo marcante deste modo de atuação das cortes constitucionais pode ser verificado no âmbito das políticas públicas. Como ressalta Gaspardo (2011), no século XX deu-se início ao processo de constitucionalização dos direitos sociais, aos quais foi garantido o caráter jurídico, implicando exigibilidade perante os tribunais. Daí porque, ante as conhecidas limitações e a complexidade dos desafios do Estado na efetivação destas garantias, a sindicalização perante o Judiciário torna-se alternativa inevitável para a concretização da inclusão social. Pode-se apontar, até mesmo, uma certa expectativa sobre o papel e a importância dos tribunais na promoção dos direitos sociais.

¹¹⁹ Neste ponto, importante uma digressão sobre a percepção da população sobre o Poder Judiciário no Brasil. De acordo com o Relatório ICJBrasil, em 2021, 40% da população confiava no Judiciário, número relativamente pequeno, mas o segundo maior desde o início da série histórica, em 2011, quando o índice de confiança na instituição era de 47% (RAMOS, *et. al.*, 2021). O mesmo relatório tratou, especificamente, sobre a percepção de confiança no Supremo Tribunal Federal no mesmo ano de 2021, de acordo com o qual 42% dos entrevistados disseram que o STF é uma instituição confiável ou muito confiável; e, oito a cada dez respondentes da pesquisa manifestaram que o fechamento do STF pelo Presidente da República seria injustificável. Com efeito, o relatório trata da percepção de confiabilidade dos cidadãos na corte constitucional brasileira, o que não se aproxima, necessariamente, da correlação hirschliana entre delegação de poder e credibilidade da opinião pública na imparcialidade judicial. Vale dizer, ainda, que a análise de Hirschl (2020) recai sobre países como Estados Unidos, Israel e outros de constitucionalismo mais recente, cenário amostral diverso que pode leva-lo à argumentação feita. Embora os índices trazidos no Relatório ICJBrasil sejam relativamente baixos, os pesquisadores (RAMOS, *et. al.*, 2021) os associam a fatores e dificuldades estruturais da Justiça brasileira, como a morosidade processual, os custos e a falta de acessibilidade ao cidadão. Seja como for, parece factível supor que os recentes acontecimentos da agenda política brasileira – sobretudo, em razão da Covid-19 e marcada pela conjuntura político-eleitoral polarizada recente – podem ter influenciado a percepção das pessoas sobre o Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, o que pode ser justificado pela relevante atuação do STF e dos tribunais superiores em temas sensíveis e pela tomada de decisões com significativa repercussão na arena política. Ainda, sobre a possível degeneração da confiança dos cidadãos na imparcialidade do Judiciário, cf. nota de rodapé seguinte.

¹²⁰ No que se refere à crença na imparcialidade do Judiciário, Hirschl (2020, p. 137) faz uma ressalva, especificamente, quanto à possível consequência, eventualmente advinda das próprias circunstâncias políticas em que os juízes passem a impulsionar suas próprias agendas político-pessoais: “A política, no entanto, é um ambiente contínuo, multidimensional e reflexivo, que pode produzir consequências não intencionais, mesmo nos casos das instituições e políticas mais cuidadosamente projetadas. Pelo menos uma dessas consequências não intencionais, e possíveis a longo prazo, da judicialização da política por meio da constitucionalização dos direitos e do estabelecimento de revisão judicial, vem à mente: a ameaça à imagem pública do judiciário como um agente politicamente imparcial.”. Essa possibilidade passa a ser, então, conectada a uma circunstância típica e inerente à delegação de autoridade a juízes, em alguma medida inevitável, se prevalecer as posições político-pessoais dos magistrados. De toda maneira, tal situação pode minar o fator de confiança na imparcialidade do Judiciário como elemento para a transferência de poder aos juízes.

Como ressaltam Morais e Brum (2016, p. 110), observa-se o deslocamento do espaço de efetivação dos direitos sociais do âmbito político para a arena do Judiciário, de modo que os tribunais passam a ser “um participante mais frequente na concretização dos princípios e regras veiculadores de posições jurídicas fundamentais”¹²¹. Deste modo, o Judiciário participa do complexo tensionamento de interesses que permeiam a realização de direitos sociais. Decisões judiciais, assim, tornam-se formuladoras e executoras de políticas públicas, substituindo os foros típicos para a realização e a discussão dessas matérias.

Ainda sob a perspectiva dos autores anteriormente mencionados (MORAIS; BRUM, 2016), de fato, juízes realizam discussões morais, filosóficas, econômicas e políticas, transformando os argumentos que as permeiam em direitos. E não é que o Judiciário não possa realizar deste tipo de discussão. O que se aponta é que a realização da escolha político-representativa para garantia de um direito é relegada e substituída pela prolação de uma decisão judicial. Assim, o controle de constitucionalidade torna-se um mecanismo de efetivação de políticas públicas com impactos diversos, por vezes sequer mensurados, inobservando as limitações próprias do Estado Social.

Soma-se a isso, ainda, o contexto de efetivação de políticas públicas pelas cortes constitucionais na conjuntura pós-autoritária. É importante esse destaque porque o específico perfil de garantidoras de direitos surgiu de modo reativo às forças majoritárias no continente europeu¹²². Apesar de não ser um fenômeno absoluto¹²³, a exemplo do caso brasileiro, a função de proteção das minorias pelas cortes constitucionais muito se deveu às experimentações da II Guerra, como já apresentado. No entanto, como destacado por Ferejohn (2002), mesmo as novas Constituições possuem resquícios autoritários. De tal sorte, pode-se dizer que se o controle de constitucionalidade atua no cumprimento das disposições constitucionais, também o faz na realização daqueles traços autoritários.

¹²¹ Importa destacar que há quem defenda uma postura jurisdicional relevante na realização de políticas públicas, já que estariam funcionalizadas à concretização dos valores constitucionais, como é colocado por Gomes (2002, p. 60, grifo do autor): “Sob a égide dos *princípios* que orientam este [o Estado Democrático de Direito], o Juiz torna-se um importante sujeito ativo na aplicação e elaboração do Direito, ou seja, um efetivo participante da construção de uma sociedade autenticamente democrática.”

¹²² Importante, neste ponto, o apontamento feito por Ferejohn (2002), para o qual a maior verificação, mundo afora, do modelo de controle de constitucionalidade kelseniano ao invés do norte-americano pode ser explicada pela necessidade de estabelecimento de limites às maiorias políticas. Porque o modelo europeu fora pensado com este fim, as circunstâncias políticas que levaram à sua adoção justificariam a adesão, quase massiva, por outros países. Para a distinção entre os modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade, cf. o capítulo 2.3.

¹²³ Vale registrar que para alguns, a exemplo de Mendes e Branco (2020), haveria um certo triunfo do modelo europeu de controle de constitucionalidade sobre o estadunidense, sob a justificativa de que o juiz ou o tribunal tornam-se participantes ativos da fiscalização constitucional, por reunirem a condição de órgão incumbido da provação. Segundo os autores, esse aspecto mitigaria a separação entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade, havendo a prevalência típica do desenho kelseniano.

Em se tratando da América Latina, Gargarella (2014) faz a mesma constatação, de que o controle de constitucionalidade se insere numa estrutura marcadamente autoritária. Inobstante o avanço contemporâneo das Constituições latino-americanas na proteção de direitos, as configurações de organização dos poderes não foram alteradas¹²⁴. O traço autoritário foi mantido nos textos constitucionais, de modo que as instituições guardam algum resquício das experiências de concentração de poder havidas no século XX.

Se as cortes constitucionais são parte desse desenho, por decorrência, atuarão sobre este mesmo paradigma e a fim de promover os interesses e preferências imiscuídos na estruturação institucional. Em outras palavras, na medida em que as engrenagens fundantes das instituições possuem traços do autoritarismo institucional – marcados pela natureza liberal-conservadora (GARGARELLA, 2014) – as cortes constitucionais carregam, em alguma medida, essas características.

Por isso, retoma-se a ideia de que as cortes constitucionais são funcionalizadas à realização da política. Sobre a perspectiva que ora se lança, esses tribunais direcionam-se à manutenção de um arquétipo político autoritário, então serviente aos interesses das elites político-econômicas e do próprio Judiciário. De tal forma, pode-se dizer que a atuação dos juízes constitucionais serviria para resguardar uma mesma estrutura política no qual também estão inseridos.

É sobre essa configuração que a autoridade delegada à revisão constitucional é exercida. Nesta lógica de funcionamento, não haveria desconexão destes tribunais da estrutura aos quais são pertencentes – tampouco dos demais Poderes políticos –, o que influencia significativamente na tessitura das relações institucionais. Assim sendo, Ferejohn (2002) faz o destaque de que as cortes constitucionais não cumprem apenas a típica atribuição kelseniana que lhes fora conferida, de controlar ou regular o produto da atividade legislativa. Ultrapassando as fronteiras da modelagem europeia, naturalmente, novas vocações foram incorporadas às atividades desses tribunais.

No estágio atual de desenvolvimento das democracias, juízes constitucionais também possuem a incumbência de regular a produção administrativa e as demais ações judiciais (FEREJOHN, 2002). Isso ocorre em virtude do espraiamento das atribuições de produção legislativa – aqui, compreendida como a elaboração de uma norma suscetível de aplicação –,

¹²⁴ Esta questão é apresentada pelo autor, de fato, como uma marcante contradição interna das Constituições na experiência latino-americana. Convivem num mesmo texto uma série de direitos e garantias – com destaque, os direitos sociais – e uma organização dos poderes que mantém a mesma antiga ordem de concentração de autoridade nas instituições, acabando por diminuir a importância dos próprios mecanismos de participação popular constitucionalmente estabelecidos (GARGARELLA, 2014).

para além do Poder Legislativo. Essa opção de desenho institucional¹²⁵, então, permite que todos os atos governamentais possam estar sob o crivo da revisão judicial (FEREJOHN, 2002). De tal maneira, efetivamente, as cortes constitucionais aparecem como instrumentos reguladores do processo democrático.

Ao analisarem o papel da regulação legislativa pelas cortes constitucionais, Mendes e Branco (2020, p. 1220) defendem que os tribunais possuem, também, a função de aferição dos fatos e prognoses legislativos; ou seja, a atuação das cortes avança para a apreciação da “relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.”.

Nesta perspectiva, os tribunais adquirem uma função que ultrapassa a simples verificação de compatibilidade constitucional. Juízes constitucionais ocupam-se do exame sobre os motivos que levaram à elaboração legislativa, inclusive, os eventuais prognósticos futuros feitos pelos legisladores ao criar uma norma.

Ainda sob a perspectiva dos autores mencionados (MENDES; BRANCO, 2020), trata-se de um controle de resultado, não do processo; ou seja, a verificação de compatibilidade constitucional recairia sobre aquilo que os legisladores efetivamente consideraram ao elaborar uma lei¹²⁶. Como se vê, a regulação legislativa realizada pelas cortes constitucionais as coloca expansivamente sobre a política, ultrapassando os limites da forma e do conteúdo legislados. Ora, se as razões de escolha dos legisladores são passíveis de controle pela revisão judicial, via de consequência, pode-se afirmar que os tribunais tornam-se responsáveis, *in totum*, pela produção normativa¹²⁷.

Por isso, afasta-se uma visão limitativa sobre as interações políticas das cortes constitucionais. Juízes constitucionais estão inseridos num espaço de atuação que, com efeito, os imbricam ao processo político-democrático, marcadamente realizado por meio do controle

¹²⁵ Importante o registro de que a atribuição de função legislativa aos demais órgãos governamentais, ao invés de estar restrita apenas ao Legislativo não é uma anormalidade; ao contrário, é elementar da tripartição de poderes, no qual cada Poder realiza funções típicas e atípicas (SILVA, 2015).

¹²⁶ Ao examinar este modo de atuação da corte constitucional brasileira, Mendes e Branco (2020, p. 1232) assim constata: “A exemplo da experiência alemã, o Supremo Tribunal Federal empreende a análise de elementos da realidade envolvendo tanto as normas constitucionais quanto as normas infraconstitucionais submetidas ao controle de constitucionalidade. É notória essa análise nos casos de aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação ao excesso de Poder Legislativo, ou, ainda, sob a forma de proibição de proteção insuficiente. Da mesma forma, afigura-se inevitável esse juízo sobre a realidade ou contexto social na apreciação das alegadas ofensas ao princípio da igualdade”.

¹²⁷ Como já pudemos nos ocupar, (Hirschl, 2020, p. 349) também destaca o efeito deletério da substituição judicial do Legislativo – ao remover, ou ao menos compartilhar –, as responsabilidades institucionais pela produção da norma com as instâncias políticas majoritárias: “a delegação de poderes de formulação de políticas públicas aos tribunais pode reduzir o impacto e o controle dos legisladores sobre os resultados daquelas mesmas políticas. Na maioria dos países que adotam a fórmula do Estado de Direito, os custos da reversão de arranjos constitucionais ou de anulação de sentenças judiciais são frequentemente significativos. Além disso, o fortalecimento do judiciário pode permitir que os juízes se tornem menos responsáveis perante a esfera política e se afastem das preferências políticas daqueles que decidiram delegar o poder de decisão aos tribunais. [...]”.

da produção legislativa dos órgãos governamentais. Ao analisar o modo de atuação das cortes constitucionais, bem como a interação desses tribunais com os demais atores políticos, Da Ros (2007, p. 95) estabelece dois tipos de perfis:

Assim dito, pode-se passar aos modelos típico-ideais que emergem das formas de atuação dos tribunais apresentadas na seção anterior. São eles, portanto, basicamente dois: a) tribunais como árbitros, o que se verificaria naquelas situações em que o tribunal atua julgando sobre conflitos entre um elevado número de atores com poderes bastante semelhantes entre si, o que tende se verificar em ambientes políticos com poderes divididos; e, b) tribunais como instrumentos de oposição, situação em que os tribunais são empregados majoritariamente pela oposição - e demais grupos adversários do governo - para que amplifiquem suas práticas de denúncias a medidas eventualmente impopulares daquele que é provavelmente o principal *policy-maker* e centro da dinâmica política.

São essas duas formas de atuação simultânea das cortes constitucionais, a partir do binômio árbitro-opositor, que possibilita a utilização política destes tribunais e os posicionam no ciclo governamental¹²⁸. O controle de constitucionalidade serve para instrumentalizar as decisões dos atores políticos, de modo que as cortes constitucionais tornam-se, igualmente, arenas políticas¹²⁹. Esses tribunais convertem-se em espaços para a tomada de decisões típicas dos foros majoritários de deliberação, senão substituem-nos realizando as escolhas sobre os dilemas que lhes são atribuídos por meio a partir da judicialização (MORAIS; BRUM, 2016).

É nesse compasso que Da Ros (2007) questiona a validade do constructo feito em torno da real independência ou isenção judicial, bem como a estrita performance para proteção dos direitos de minoria. Isso porque, se as cortes constitucionais são vinculadas às correlações de forças existentes, também funcionalizadas à atuação dos atores políticos, a implementação das decisões somente se sustenta pela própria política.

De encontro ao que se expõe, conforme Ferejohn (2002), de alguma maneira, a autoridade das cortes constitucionais acabou sendo incorporada e atribuída aos demais órgãos judiciais. Num surgimento por vezes gradativo e disfarçado, o exercício de autoridade por juízes tornou-se latente, eis que a atuação de magistrados na definição dos rumos político-normativos

¹²⁸ Este apontamento vai de encontro com a ideia de Stephenson (2003), segundo o qual há a possibilidade de que os partidos políticos, valendo-se de seus interesses e preferências, legitimamente, utilizem da revisão judicial para concretizar seus objetivos.

¹²⁹ Neste sentido são as considerações de Hirschl (2020, p. 99), ao relacionar os motivos de delegação de poderes às cortes constitucionais como forma simultânea – aparentemente dicotômica, mas estrategicamente elaborada –, de restrição das possibilidades das classes políticas dominantes, mas também como forma de imposição de iguais limitações aos grupos oposicionistas: “sob circunstâncias específicas, portanto, detentores de poder político podem escolher melhorar a sua posição atando voluntariamente as próprias mãos. Esta autolimitação estratégica e contraintuitiva pode ser benéfica do ponto de vista dos detentores do poder político quando as limitações impostas aos seus adversários políticos sejam mais importantes que as limitações impostas a eles mesmos.”.

tornaram-se, progressivamente, mais verificáveis. Se num primeiro momento as cortes constitucionais guardavam a atribuição de regular as atividades dos poderes, esta função estendeu-se para outros órgãos do Judiciário.

Essa constatação reforça o questionamento quanto à possibilidade e à capacidade de que o povo – como expressão genuína da democracia –, possa, de fato, escolher aquelas instituições ou os representantes que exercerão poder e autoridade (FEREJOHN, 2002). Ocorre que a autoridade institucional do Judiciário, porque tão jungida à realização de escolhas políticas na democracia, não poderia se afastar da essência democrática.

Diante do aspecto político marcante das cortes constitucionais – as quais estão relevantemente tensionadas com a democracia –, necessário discutir possibilidades ao controle de constitucionalidade, no que se avança.

3.3 Críticas e alternativas ao controle jurisdicional de constitucionalidade

Para além dos aspectos circunscritos à ambiência política das cortes constitucionais, importante trazer a abordagem crítica da interação jurídico-política, bem como examinar possibilidades de ampliação do caráter democrático desses tribunais. Por isso, impõe-se um repensar do modelo de justificação do controle de constitucionalidade; mais que isso, a abordagem de propostas que possam, tanto quanto mais, aproximar a jurisdição constitucional da democracia. É com isso que ora se ocupa.

A interpretação da Constituição envolve-se numa complexidade significativa, eis que os impactos desta atividade interpretativa adquirem especial relevo na vida social e no sistema jurídico (MENDES; BRANCO, 2020). Daí porque, o modo de realização da significação constitucional, no mesmo compasso, pode determinar a tessitura da norma instrumentalizada, inclusive, quanto ao grau de democraticidade¹³⁰. Isto é, a forma funcional como são atribuídos os significados constitucionais (SILVA, 2021) pode acarretar num determinado produto interpretativo.

A atribuição de sentido ao texto constitucional, transformando-o em razões decisórias para a prática de ações não se limita à mera constatação linguística (SILVA, 2021); mas exige do intérprete um esforço compreensivo singular¹³¹. A natureza dos textos constitucionais atuais

¹³⁰ Neste sentido, para Häberle (1997, p. 10), “o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.”

¹³¹ Mendes e Branco (2020, p. 79) explicam essa excepcionalidade do processo interpretativo da Constituição em razão do teor material do texto constitucional: “Dispondo a Constituição sobre as relações entre os poderes e destes com as pessoas, a interpretação constitucional não se desprende, tampouco, de uma ineliminável pressão

– como destacam Mendes e Branco (2020, p. 79), marcados pela “incorporação de valores morais ao domínio jurídico”, de modo a “injetar índole jurídica a aspirações filosóficas e princípios ético-doutrinários” –, coloca o intérprete diante de dilemas que não são cartesianamente reduzíveis. Essa problemática adquire especial roupagem em se tratando do controle de constitucionalidade, tipicamente circundado numa diversidade semântica e por múltiplas transformações.

São por estas razões que se torna relevante refletir sobre o agente institucional que realiza a significação constitucional. É neste – ou melhor, nos próprios intérpretes –, que podem residir nuances importantes do modo funcionalizado de realização do controle de constitucionalidade. Neste sentido, importante foi a contribuição de Häberle (1997), que parte do pressuposto de que a vivência da Constituição pelo indivíduo faz com que este interprete-a ou, ao menos, esteja inserido num processo de cointerpretação.

Häberle (1997, p. 13, grifo do autor) sintetiza um modelo aberto de interpretação constitucional, no qual vinculam-se “todos os órgãos estatais, todas as potencias públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. Com isso, a atribuição de sentido ao texto constitucional alcança as forças pluralistas que compõem a integração da realidade da constitucional. Nesta lógica, a interpretação da Constituição não se limitaria a autorizações corporativas ou estatais, aproximando-se mais de um ideal democrático-participativo na construção da semântica constitucional.

A partir dessa perspectiva, torna possível pensar em modelos constitucionais que desloquem da jurisdição a tarefa exclusiva de significação constitucional. Mais que isso, seguindo Häberle (1997, p. 45), as cortes constitucionais deveriam “levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional.”. Nas linhas seguintes, aborda-se dois desses possíveis arranjos¹³².

ideológica e política. Os interesses apanhados pela fixação do entendimento de um preceito da Lei Fundamental tendem a ser mais amplos e de projeção estrutural mais avultada, se comparados com os interesses que, ordinariamente, estão em jogo, quando se cuida de definir normas de setores outros do mundo jurídico.”.

¹³² Não se pretende esgotar as críticas feitas à supremacia judicial na interpretação constitucional, tampouco explorar todas as formas de exame das alternativas à *judicial review*. Brandão (2019) indica a existência de diferentes perspectivas para analisar o problema e a abrangência das formas de abordagem, fazendo-se necessário a escolha de propostas paradigmáticas. Por isso, aqui, abordar-se-á o constitucionalismo popular e a teoria dos diálogos constitucionais. A eleição das duas concepções mencionadas justifica-se em razão do ponto de partida desta pesquisa, a participação política como legitimadora das cortes constitucionais. Como se verá, os dois modelos constitucionais centram-se na capacidade popular de contribuir com a interpretação constitucional, razão pela qual servem de marco teórico para a proposição de um modelo participativo de controle de constitucionalidade.

3.3.1 Constitucionalismo popular: o retorno ao povo

Uma crítica contundente feita à supremacia da revisão judicial realizada pelo Judiciário foi firmada pelos teóricos do constitucionalismo popular. É verdade que o enfoque crítico dos autores¹³³ recai, em grande medida, sobre a *judicial review* norte-americana, muito embora possa ser estendida às demais experiências firmadas sobre o postulado da primazia da revisão jurisdicional de constitucionalidade.

O constitucionalismo popular parte do pressuposto de que o controle de constitucionalidade deveria ser exercido pelo povo, o qual deveria ultrapassar a figura de mero expectador da realização constitucional. Portanto, deslocando-se do Judiciário e com natureza tipicamente política¹³⁴, a interpretação constitucional deveria ser devolvida ao povo (TUSHNET, 1999). Em outras palavras, o constitucionalismo popular propõe que o povo “estaria ativamente incluído na interpretação e efetivação do direito constitucional” (VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018, p. 283).

Segundo Tushnet (1999, p. 157, tradução nossa), o constitucionalismo popular funda-se “na ideia de que todo o povo deveria participar da criação do direito constitucional, por meio de ações na política”. Verifica-se, com isso, um indicativo de concretude da figura do povo na realização constitucional; isto é, a participação política torna-se o cerne da interpretação da Constituição. A proposta do constitucionalismo popular faz o resgate dos ideais fundadores¹³⁵ de participação do povo na vida pública.

¹³³ O centro do debate sobre o constitucionalismo popular são os Estados Unidos da América, tanto porque a crítica apareceu com enfoque na atuação da Suprema Corte. A respeito disso, Brandão (2019, p. 234–235) destaca que o movimento do constitucionalismo popular foi iniciado por “professores de direito progressistas que se indignaram com a autoafirmação da supremacia judicial”, os quais foram responsáveis por revigorar “o debate acerca da dificuldade contramajoritária do no exercício do controle de constitucionalidade”. Além de outros autores, pode-se citar como teóricos principais do constitucionalismo popular Larry Kramer (2004), Mark Tushnet (1999) e Jeremy Waldron (2009).

¹³⁴ O eixo principal da crítica feita por Tushnet (1999) recai sobre a potencial usurpação das potencialidades do Legislativo pela revisão judicial, de modo que haveria a diminuição da importância decisória do fórum político típico, o Legislativo. A expressão política do povo seria, via de consequência, minada à revelia de uma instância, então, menos expressiva da soberania popular. As contribuições do autor partem da criação de uma reatividade legislativa o Judiciário.

¹³⁵ Neste sentido, conforme expõe Tushnet (1999, p. 181), o constitucionalismo popular pode ser descrito “como uma lei orientada para a realização dos princípios da Declaração da Independência e do Preâmbulo da Constituição. Uma lei comprometida com o princípio dos direitos humanos universais justificáveis e ao serviço do autogoverno.”. Ao comentar essa perspectiva, Brandão (2019, p. 242) explica que “o constitucionalismo popular de Tushnet considera que a própria razão de ser da política é a adaptação desse projeto básico inaugurado com a Fundação dos EUA a circunstâncias históricas cambiantes.”

Se não bastasse, Tushnet (1999) é bem incisivo em defender a extinção do modelo de revisão judicial norte-americana¹³⁶. Ao recolocar o Legislativo com capacidade para participar da interpretação constitucional, referido teórico equipara os Poderes estatais na atividade de interpretação constitucional, não identificando nenhum motivo que justifique a superioridade daquela feita pelas cortes constitucionais. Sob esta lógica, fundada na genuidade do povo à radícula constitucional, para Tushnet (1999), a própria institucionalização da *judicial review* tornar-se-ia desnecessária.

Adotando uma postura menos intransigente, Kramer (2004) propõe um repensar sobre a função histórica da *judicial review*, ao considerar que a pretensão dos *founding fathers* norte-americanos não fora a revisão judicial do modo como autoatribuído pela Suprema Corte¹³⁷. O ponto de partida seria a alteração da forma de compreensão do papel de controlar a constitucionalidade, então delegado às cortes constitucionais. Por isso mesmo, o autor (KRAMER, 2004) não se opõe à *judicial review*, concentrando sua crítica na consolidação do constructo de supremacia do Judiciário na significação da Constituição.

Mais que isso, Kramer (2004) entende que a interpretação jurisdicional da Constituição, em última análise, estaria subordinada ao povo. Isso seria justificado pela perspectiva de existência de um poder anterior, concentrado no povo, que serviria de sustentáculo à própria Constituição. É por isso que, segundo o autor (KRAMER, 2004, p. 91, tradução nossa) os pais fundadores norte-americanos “esperavam que os limites constitucionais fossem aplicados através da política e pelo povo, ao invés dos tribunais”. Sob esta perspectiva, mesmo aqueles que cogitaram de uma revisão judicial, reservariam a definitividade da interpretação constitucional ao povo (KRAMER, 2004).

Desta forma, o constitucionalismo popular direciona para um modelo de revisão judicial fraca. Ao criticar a definição judicial de aplicabilidade de uma lei, Waldron (2006) entende que, na forma fraca de controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais podem aferir a adequação das leis aos direitos fundamentais, mas não podem se negar a aplica-las. Para o autor (WALDRON, 2006), a depender das circunstâncias de funcionamento das instituições¹³⁸, a

¹³⁶ Talvez, por isso, Tushnet (1999) seja catalogado como o mais “radical” dos teóricos do constitucionalismo popular (VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018). No entanto, como destaca Brandão (2019, p. 243), atualmente, Tushnet (2011) abrandou seu posicionamento, mudando o foco de análise para admitir-se a revisão judicial “desde que o Judiciário seja extremamente deferente ao Legislativo, e desde que o Parlamento possa reverter, de forma célere e fácil (i. e, por maioria simples), as decisões judiciais indesejadas.”

¹³⁷ Para detalhamento do modelo de revisão judicial nos Estados Unidos, cf. o item 2.3.

¹³⁸ Conforme Waldron (2006, p. 1402, tradução nossa), o cenário ideal de funcionamento institucional relaciona-se ao princípio da igualdade política, nos aspectos eleitorais e processuais, podendo ser verificado quando as instituições estiverem “explicitamente orientadas para esse princípio, organizadas de uma maneira projetada para satisfazê-lo, e fazendo um esforço razoável para consolidá-lo”.

intervenção do Judiciário poderia ser prescindível, pelo que a existência da *judicial review*, nesta hipótese, seria desnecessária.

Como se observa, há um esforço do constitucionalismo popular de retorno da Constituição à seara política, a partir de uma crítica¹³⁹ ao caráter exclusivamente jurídico pelo qual as questões constitucionais são tratadas (KRAMER, 2006). Neste sentido, há um ponto de encontro das propostas teóricas, tal qual, a substituição da supremacia judicial na interpretação constitucional (BRANDÃO, 2019). Ao desafiar a supremacia do Judiciário na significação da Constituição, o constitucionalismo popular não serviria como um dogma orientativo dos resultados de controvérsias constitucionais; ao invés, propõe que o próprio povo participe, de forma direta e aberta, da formação do direito constitucional (TUSHNET, 1999).

Inobstante as nuances entre as posições do constitucionalismo popular, o protagonismo do povo em contraponto ao juriscentrismo permeia as propostas. Seja como for, Vieira, Emerique e Barreira (2018) apontam para a existência de três correntes do constitucionalismo popular: uma primeira modesta, que aceita a invalidação de leis, excepcionalmente, sem interromper a participação popular; no oposto, uma vertente robusta, defendendo o encolhimento do poder de revisão judicial; e, uma terceira forma, o departamentalismo, pela qual os Poderes, de forma coordenada, deveriam interpretar a Constituição. Esta última é passível de objeções por não focar no problema da supremacia jurisdicional.

De toda sorte, o eixo crítico-contributivo do constitucionalismo popular consiste em contrapor a supremacia judicial no controle de constitucionalidade à soberania popular. O retorno ao povo, ou melhor, a alocação da interpretação constitucional tipicamente na ambiência política típica (TUSHNET, 1999) permite potencializar a natureza popular das instituições. O povo torna-se, então, fiador-sustentáculo do direito constitucional. O constitucionalismo popular impõe, inclusive, um senso de responsabilidade às cortes constitucionais ao injungir atenção “à circunstância de existir uma autoridade superior que pode reverter suas decisões – uma autoridade verdadeira, não um povo ‘abstrato’” (KRAMER, 2004, p. 253, tradução nossa).

¹³⁹ Neste sentido, segue a crítica feita por Kramer (2006, p. 7–8, tradução nossa) sobre a relação política-jurídica no controle de constitucionalidade: “Nós, no século XXI, tendemos a dividir o mundo em dois domínios: um domínio da política e um domínio jurídico. Na política, o povo governa. Mas não no jurídico. O direito é reservado para uma elite treinada de juízes e advogados cuja tarefa profissional é implementar as decisões formais produzidas na política, por ela mesma. A Constituição, neste entendimento moderno, é uma espécie de lei especial apenas na medida em que estabelece os limites dentro dos quais a política ocorre. Como lei, a Constituição é reservada para essa mesma elite lidar, sujeita à supervisão suprema da Suprema Corte dos EUA.”

Para além de um compromisso crítico, o constitucionalismo popular serve como ponto de reflexão e aclamação da participação popular na tomada das decisões constitucionais. É neste sentido que Vieira, Emerique e Barreira (2018, p. 299) destacam a relevância da proposta:

A principal contribuição do constitucionalismo popular é atacar uma visão juriscêntrica, iludida com personalidades vestidas em togas e com uma visão de que a Constituição deve ser interpretada por semideuses em um Monte Olimpo. É preciso, de fato, trazer o povo para o debate constitucional e empoderá-lo para que possa participar das transformações constitucionais.

Se, de um lado, o constitucionalismo popular serve à crítica reflexiva, também há necessidade de explorar proposições. Arranjos institucionais¹⁴⁰ devem ser pensados a fim de concatenar as dissonâncias entre a revisão constitucional e a democracia. Exemplo de um deles é o constitucionalismo popular, com o qual se segue.

3.3.2 Constitucionalismo dialógico: a interação constitucional

Para além da postura crítica do constitucionalismo popular, como alternativa de configuração para que a interpretação da Constituição que seja deslocada da supremacia judicial, surgem os diálogos constitucionais. Como colocam Clève e Lorenzetto (2015) este modelo teórico parte da divisão das atividades realizadas por cada ramo do poder. Os diálogos constitucionais são pensados sob a óptica da separação dos poderes. Referidos autores apontam para a insuficiência das concepções tradicionais sobre a divisão de poderes, indicando que a postura rígida de delimitação de fronteiras absolutas entre as instituições, além de atravancar o relacionamento institucional, torna-se inadequada para a dinâmica política.

Daí porque, no modo de estabelecer-se o desenho do relacionamento institucional¹⁴¹ é que residiria o ponto de desenlace dos diálogos constitucionais. Neste sentido, Gargarella (2016, p. 9, grifo do autor) também consigna que uma visão ortodoxa da divisão de poderes impede o intercâmbio de razões, motivo pelo qual defende a formatação de uma “organização

¹⁴⁰ Tushnet (2011, p. 322, tradução nossa), revendo sua posição inicial, examina alguns arranjos constitucionais que sirvam para a distensão limitativa da soberania popular, os quais denomina “*weak-form judicial review*”, por meio dos quais há a combinação de “algum tipo de poder dos tribunais para invalidar uma legislação que seja inconsistente com normas constitucionais e alguns mecanismos pelos quais o legislador pode responder a uma decisão judicial tal como essa”.

¹⁴¹ Sobre esse aspecto, Kozicki; Araújo (2015, p. 122) destacam que, a partir do declínio da supremacia do parlamento no correr do século XX, os “favoráveis tanto à supremacia parlamentar e quanto ao constitucionalismo apontariam para a conflituosa relação presente nos moderes fortes entre a soberania do Povo e a soberania da Constituição”, de modo que os *constitution designers* tiveram que enfrentar esse dilema, elaborando mecanismos que reduzissem a tensão.

estrutural diferente, capaz de deixar para trás a tradicional estrutura dos *check and balances*”. Impõe-se, com efeito, um repensar sobre a forma de articulação institucional, sob um prisma democrático¹⁴², especialmente, no que tange à interpretação constitucional.

Aliás, Barreiro e Cruz (2021), ao observarem a limitação do modo de construção da decisão judicial, observam que a rigidez na divisão de poderes impede possíveis acessos interinstitucionais. Isto é, a convencionalidade da tomada de decisões por cortes constitucionais limita a interação com os atores não judiciais, robustecendo o paradigma de supremacia do controle jurisdicional de constitucionalidade (RESENDE; VIEIRA, 2016). Esse constructo, afirma Gargarella (2016, p. 48, grifo do autor), estabelece a organização constitucional sobre uma “*lógica agonística, de conflito – a lógica da guerra*”.

Diante disso, no entendimento de Clève e Lorenzetto (2015), uma nova óptica substitutiva da relação entre os Poderes passa a fundamentar-se em duas premissas, tais quais, a definitividade parcial das decisões tomadas por quaisquer dos poderes; e, a partir do reconhecimento das características típicas de cada Poder, uma sucessiva identificação da necessidade de diálogos entre as instituições, aproveitando as potencialidades de cada qual. Por isso mesmo, Gargarella (2016) aponta para a concretização, de fato, de uma nova lógica institucional, a qual se baseia num sistema orientado aos fins, que visa organizar e facilitar um diálogo expansivo entre instituições iguais.

A literatura possui certo consenso em identificar na experiência canadense¹⁴³ um marco na realização do controle de constitucionalidade com esteio nos diálogos constitucionais¹⁴⁴ (BATEUP, 2006; KOZICKI, ARAÚJO, 2015; CLÈVE e LORENZETTO, 2015; BRANDÃO, 2019). No Canadá, a partir de 1982¹⁴⁵, houve a introdução de duas cláusulas referentes ao

¹⁴² Importante são as considerações de Gargarella (2016, p. 50), ao relacionar a estrutura do *check and balances* com a democracia, para o qual referido modelo “quer ‘economizar em virtude (cívica)’; aparece baseado em uma forte desconfiança em relação as capacidades políticas da cidadania; e se vincula a uma noção de democracia muito mais restritiva.”

¹⁴³ Neste sentido, observem-se os comentários de Clève e Lorenzetto (2015, p. 190): “a Carta de Direitos canadense acabou por agir como catalisadora dos intercâmbios entre o Judiciário e o Legislativo, ao não erguer uma barreira intransponível para as decisões tomadas pelas instituições. A ideia de diálogo institucional, por isso, não teve uma de suas gêneses sobre uma demanda normativa para que as instituições dialogassem. No Canadá, elas de fato trocavam experiências e isso se deve aos casos em que o controle de constitucionalidade foi seguido por uma ação providenciada pelo corpo legislador responsável.”

¹⁴⁴ Como destacam Barbosa e Lima (2018), também pode-se observar outros arranjos institucionais dialógicos no controle de constitucionalidade, a exemplo do Israel, Nova Zelândia, Reino Unido e Austrália.

¹⁴⁵ Vale pontuar o contexto no qual se insere os diálogos constitucionais canadense, como bem sintetizado por Kozicki e Araújo (2015, p. 120-121): “A incorporação de uma Carta de Direitos que possa ser fiscalizada e implementada pelo Poder Judiciário encontra resistência por parte das províncias canadenses. Para tornar o *Canada Act* consenso e resguardar a proteção dos direitos fundamentais por ele previstos às Cortes, os Primeiros-Ministros das províncias negociaram a introdução de duas proposições em seu texto [...]”. Também importa dizer que, inobstante o destaque feito à experiência do Canadá, não se advoga pela adoção brasileira; ao contrário, reconhece-se a impossibilidade de importação automática para a experiência constitucional do Brasil. Como já explicitado (cf. item 2.3.2), o controle de constitucionalidade brasileiro possui muitos elementos da *judicial*

controle de constitucionalidade (KOZICKI, ARAÚJO, 2015): uma relativa à proteção de direitos fundamentais, com limitações gerais; e, uma segunda, que permitiu aos Legislativos federal e provincial a editarem leis de proteção aos direitos fundamentais, a qual possibilitaria a modificação ou reversão, pelos legisladores, de decisões judiciais sobre inconstitucionalidade. Essa segunda proposição (*notwithstanding clause*), conforme o entendimento de Tushnet (2011), impôs uma significativa inovação no desenho constitucional canadense.

Bateup (2006) deu significativa contribuição ao sintetizar as teorias dos diálogos constitucionais. A autora parte de dois problemas relacionados ao antagonismo entre democracia e controle de constitucionalidade, quais sejam, a possibilidade de uma formulação teórica que resolva a objeção democrática à *judicial review*; e, se as possíveis teorias poderiam fornecer uma visão normativa da função do controle jurisdicional de constitucionalidade. É justamente por isso, como destacam Resende e Vieira (2016), que os diálogos constitucionais pretendem solucionar o dilema do déficit democrático da jurisdição constitucional¹⁴⁶.

A partir da referida preocupação normativa¹⁴⁷, para Bateup (2006), duas teorias cumprem com o objetivo propositivo de conciliar a democracia e a *judicial review*, as *equilibrium and partnership theories*. A *equilibrium theory* recai sobre a faculdade de toda sociedade participar do debate constitucional, denotando o caráter dinâmico da interpretação da Constituição. Por outro lado, a *partnership theory* realça as distintas funções, legislativas e judiciais, que cada um dos diferentes Poderes do Estado desempenham, com o respectivo grau de especialidade.

Bateup (2006) advoga pela fusão desses dois modelos teóricos¹⁴⁸, a qual estaria centrada na construção coordenada da Constituição, eliminando o traço de hierarquia centrado no Judiciário. Com isso, permite-se que interpretação da Constituição seja compartilhada entre outros atores institucionais e com toda a sociedade. Para Bateup (2006, p. 1.180, tradução

review norte-americana, de modo que se afasta da tradição canadense, então marcada pela supremacia do Parlamento. A menção ao Canadá, que ora se faz, serve para explicitar as bases de um verificável modelo institucional intercomunicativo, baseado na construção dialógica sobre os significados da Constituição.

¹⁴⁶ A capacidade de solução das teorias dialógicas é explicada por Bateup (2006, p. 1.110, tradução nossa): as “teorias dos diálogos constitucionais oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade, porque, se os poderes políticos do governo e do povo são capazes de responder às decisões judiciais de uma forma dialógica, a robustez da dificuldade contramajoritária é superada, ou pelo menos, muito atenuada.”

¹⁴⁷ O caráter normativo dos diálogos constitucionais, na explicação de Clève e Lorenzetto (2015, p. 197) reside na ênfase não dos “aspectos interpretativos que deveriam ser empregados pelos magistrados na formulação de suas decisões, mas qual a função institucional ocupada pela fiscalização constitucional”; tratando-se, na verdade, sobre “como definir as estruturas de Poder de modo que a produção de decisões não seja o resultado de ‘monólogos’”.

¹⁴⁸ Para Clève e Lorenzetto (2015, p. 199) a fusão que pretende a autora “teria o potencial de resolver o problema da legitimação e forneceria uma visão abrangente dos aspectos sociais e institucionais do diálogo institucional.”.

nossa), essa fusão teórica é adequada por permitir “a capacidade de que os poderes políticos do governo e outros atores sociais possam responder às decisões judiciais, em caso de desacordo”.

Do que se pode perceber, os diálogos constitucionais consolidam um modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade fraco (BARREIRO; CRUZ, 2021). A lógica de definitividade das decisões judiciais na interpretação constitucional é substituída pela intercomunicação das razões de controle da constitucionalidade normativa, como arrematam Kozicki e Araújo (2015, p. 125–126):

Em um mundo em que cortes e parlamentos discordariam razoavelmente sobre justiça e, especificamente, sobre a compatibilidade entre lei ordinária e lei suprema, o diálogo talvez seja a maior vantagem do modelo fraco de *judicial review*. [...] Melhor seria falar em última palavra provisória da rodada procedimental, em que a Corte e Congresso possuiriam a legitimidade para serem ativistas desde que engajados no diálogo e no convencimento. A derrubada da última palavra alheia daria reinício ao circuito decisório com ônus argumentativo ao Poder cuja decisão foi substituída.

Com isso, a proposta de um constitucionalismo dialógico desponta como “componente necessário e lubrificante do postulado da separação dos Poderes” (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 121). Não se coloca, como pode parecer, como uma forma de abrandamento das possibilidades institucionais, sequer de conformar a atuação das instituições. Ao contrário, no compasso em que viabiliza trocas interinstitucionais, permite “afastar toda pretensão de sobreposição hierárquica” por qualquer uma delas (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 121). Daí porque, as teorias dialógicas servem, na verdade, para potencializar as funções dos Poderes.

Ainda, vale destacar a concretização da proposta dos diálogos constitucionais em romper com a supremacia jurisdicional no controle de constitucionalidade. Para Barbosa e Lima (2018, p. 120) isso pode ser verificado a partir da adoção de uma concepção que “contempla a atuação política de múltiplos sujeitos”, transpondo o constructo de que os tribunais constitucionais “seriam dotados de legitimidade superior e final para interpretar a Constituição”. Nesta perspectiva, Clève e Lorenzetto (2015) afirmam que os diálogos constitucionais possibilitam que “as discussões venham a extravasar o âmbito da jurisdição constitucional, logo, o diálogo pode ter continuidade para além das cortes”. Nota-se, com isso, a natureza político-participativa das propostas dialógicas, o que as aproximam da substancialidade democrática no controle de constitucionalidade.

Apesar das críticas enfrentadas¹⁴⁹, a teoria dos diálogos constitucionais funda-se na adoção de uma postura, como destacam Resende e Vieira (2016), de que a interpretação da

¹⁴⁹ Clève e Lorenzetto (2015, p. 195) sintetizam as críticas feitas às teorias dialógicas: “a teoria seria falha quando a palavra final sobre a interpretação constitucional cabe aos tribunais. Para os críticos, o problema estaria no

Constituição deve ser alimentada pelas vontades e experiências dos partícipes da realidade. A radicalidade democrática das propostas dialógicas reside no enfoque da participatividade na construção da interpretação constitucional. Dessa associação, a autoridade do texto constitucional decorre da inerente legitimação democrática, consubstanciada na aquiescência social e institucional ao processo de interpretação da Constituição (RESENDE; VIEIRA, 2016).

É por isso que existe um significativo ganho democrático com as teorias dos diálogos constitucionais, justamente, por permitirem o processo de interação do Judiciário com a política. Os diálogos constitucionais preocupam-se, particularmente, com a “legitimidade democrática do processo de tomada de decisões” (GARGARELLA, 2016, p. 41). Este ponto de fundação é que os colocam como elementos de oxigenação democrática da *judicial review*. Para Gargarella (2016, p. 41), é em virtude disso, que as teorias dos diálogos constitucionais contribuem para “terminar com as tradicionais objeções democráticas ao controle de constitucionalidade”.

Assim sendo, observa-se que as teorias do constitucionalismo popular e dos diálogos constitucionais estão funcionalizadas em contrapor a supremacia do Judiciário na interpretação constitucional. No entanto, vale demarcar que o pressuposto de atipicidade democrática da revisão judicial não é absoluto. Há quem defenda o controle jurisdicional de constitucionalidade como um mecanismo característico e inato à democracia. Por isso, na sequência, ocupa-se desses fundamentos para bem colocar o debate ora objetado.

3.3.3 Contrapontos: *judicial review* como necessidade da democracia

Se, de um lado, críticas podem ser feitas, também há quem defenda o protagonismo e a supremacia judicial na interpretação constitucional. Isso parece crível, inclusive, se tomado por base a própria amplitude de verificação da consolidação jurisdicional do controle de constitucionalidade. Se não fosse estabelecido, minimamente, sobre uma forma de justificação, a *judicial review* teria menor expressividade mundo afora. Muito embora conviva com a forma política de fiscalização da adequação das normas à Constituição, a fiscalização jurisdicional tem o protagonismo (BONAVIDES, 2015), até semântico, quando se fala em controle de constitucionalidade.

pressuposto do monopólio judicial da interpretação correta enquanto o Legislativo não teria os meios efetivos para afirmar sua interpretação.³⁸ Anotam que as decisões tomadas por Cortes Constitucionais podem distorcer políticas e assumir o controle da agenda legislativa.³⁹ E que a teoria foi utilizada tanto para defender posturas de deferência judicial como para legitimar o controle de constitucionalidade.⁴⁰”

Num primeiro momento, não se pode deixar de considerar que existem condições próprias da política e do rol de direitos garantidos que proporcionaram a supremacia jurisdicional na interpretação da Constituição (GASPARDO, 2011). Aliás, como já fora possível apresentar¹⁵⁰, a revisão judicial é justificada a partir de dois grandes argumentos: a promoção da estabilidade política e a realização das regras do jogo; e, a proteção das minorias contra os ímpetus da maioria (ARANTES, 2013)¹⁵¹. Seria, então o desenho institucional da democracia que posiciona o Judiciário com as funções que detém.

Aliás, neste mesmo sentido, Barroso (2013) correlaciona dois papéis para as Constituições, tais quais, o de garantir o funcionamento democrático ao permitir o pluralismo jurídico; e, o de veicular consensos mínimos e resguarda-los das maiorias políticas. Os textos constitucionais materializaram-se de valores políticos e morais – especialmente, os direitos fundamentais –, que se tornam o fio estruturante da autoridade do Estado (MENDES; BRANCO, 2020). Assim, surge o traço de complementação e de apoio mútuo entre o constitucionalismo e a democracia: “ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem estar social” (BARROSO, 2013, p. 113).

Sob esta lógica, a participação das cortes constitucionais no processo político decisório pode ser justificada pela capacidade dos tribunais em moderar tendências radicais, pacificar a sociedade em geral e encorajar a centralização do poder (SWEET, 1995). O Judiciário aparece, então, como elemento de contenção do processo político do qual ele mesmo faz parte¹⁵². Isso vai ao encontro com o destaque feito por Kelsen (2007), de que a jurisdição constitucional serve como instituição de controle da ordem democrática; isto é, uma garantia de regularidade para o funcionamento das instituições do Estado.

Os tribunais constitucionais colocam-se como contrabalanço ao processo político majoritário. Nesta concepção, como entendem Mendes e Branco (2020, p. 53), torna-se natural que o juiz constitucional “assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo”. Gaspardo (2011) tem o mesmo entendimento, sobretudo, em se tratando da judicialização dos direitos sociais, a partir do que as cortes

¹⁵⁰ Remete-se o item 2.3.

¹⁵¹ Esses dois aspectos são destacados por Kelsen (2007), ao analisar o significado jurídico e político do controle de constitucionalidade, de modo que, juridicamente, a revisão judicial serve para resguardar a obrigatoriedade do texto constitucional; enquanto, do ponto de vista político, a jurisdição constitucional funciona como instrumento de controle democrático, organizado para a garantia de regularidade das funções estatais.

¹⁵² Esse posicionamento do Judiciário desencadeia uma construção coordenada complexa, identificado por Stone (1995, p. 205, tradução nossa), como “uma condição em que tanto as políticas públicas quanto o direito constitucional são produtos de uma interação jurídico-política sustentada e íntima”.

constitucionais se tornam, ao cabo, instituições de efetivação de garantias essenciais aos indivíduos, com destaque, àqueles socialmente vulneráveis.

Kelsen (2007) faz um especial destaque para a função das cortes constitucionais na proteção das minorias políticas. Aliás, essa concepção serve de contraponto à oposição entre jurisdição constitucional e democracia. Na medida em que a compreensão democrática pressupõe o compromisso constante entre todos os grupos representados no Legislativo, “e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia” (KELSEN, 2007, p. 182). De tal forma, as cortes constitucionais são instituições tipicamente democráticas por funcionarem como ponto de encontro das representações políticas.

A partir deste pressuposto, a condição de legitimação da revisão judicial torna-se a proteção das minorias. Miranda (2018) refuta a contradição entre a *judicial review* e democracia, indicando para uma relação de complementariedade entre ambas¹⁵³. Para o jurista português (MIRANDA, 2018, p. 36–38), assim se situa a legitimidade das cortes constitucionais:

À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controlo jurisdicional como legitimidade das minorias frente à maioria. [...] Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exercício, expressão de Estado de Direito.

Isto é, se as cortes constitucionais são instâncias estruturadas para funcionamento da democracia e configuradas para a realização dos valores democráticos, nisso mesmo é que reside a legitimidade de suas atuações. Mendes e Branco (2020) atribuem importante relevância à atividade de controle de constitucionalidade para a manutenção sistêmica do Estado Democrático de Direito. É por esse papel, visualizado como elementar à subsistência do regime político, que as cortes constitucionais tornam-se uma espécie de necessidade institucional.

Soma-se a isso, também, a existência de um problema em confiar aos legisladores a possibilidade de manutenção democrática, tal como fundamenta o constitucionalismo popular (TUSHNET, 1999). Inobstante ocuparem o espaço político majoritário, historicamente, a

¹⁵³ Destaca-se a posição de diferenciação do autor sobre o exercício contramajoritário da *judicial review*. Para Miranda (2018, p. 37), a jurisdição constitucional “só se afigura contramajoritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema.”. Por isso, nesta concepção, a atuação em contraponto das instituições representativas ocorreria excepcionalmente – apenas para evitar, num caso específico e não sistemático – a sobreposição política das maiorias políticas, hipótese na qual não haveria nenhum impedimento.

ausência de limites às maiorias desencadeou as experiências autoritárias, exigindo soluções de preservação da dignidade humana (MENDES; BRANCO, 2020; SILVA, 2015). Daí porque, se as Constituições contemporâneas¹⁵⁴ – em especial pelo estabelecimento de direitos fundamentais –, surgem para preservar a dignidade humana (GASPARDO; ANDRADE, 2018), as cortes constitucionais aparecem como garantidoras do equilíbrio da atuação majoritária.

Nesse contexto, existem argumentos que refutam o caráter contramajoritário das cortes constitucionais. Se Bickel (1986) entende que esses tribunais exercem funções que os distanciam da vontade popular, outro eixo argumentativo enxerga a atividade de controle de constitucionalidade como genuinamente democrática. Aliás, as razões muito mais aproximam a *judicial review* de uma atividade típica da democracia.

Souza Neto e Sarmiento (2013) apresentam alguns dos argumentos que posicionam o controle de constitucionalidade como tipicamente majoritário. De início, serve o relevante levantamento empírico feito por Dahl (2009), segundo o qual as cortes constitucionais, com frequência, fazem julgamentos de acordo com a maioria da vontade política¹⁵⁵, no que acabam por encontrar a vontade popular, então, nem sempre bem representada¹⁵⁶. A leitura do cientista político traz luzes sobre a compreensão do controle de constitucionalidade.

Ao fazer um contraponto à maioria representativa, então consolidada no Legislativo, as cortes constitucionais suprem o déficit da representação política¹⁵⁷, por vezes distorcida da soberania popular (DAHL, 2009). Esse argumento serve, também, para explicar uma relação entre a judicialização constitucional e o suprimento das debilidades representativas na democracia contemporânea (BARROSO, 2010; BENVINDO, 2014; CARVALHO, 2007).

¹⁵⁴ Sobre a função democrática dos textos constitucionais, sublinha Barroso (2013, p. 113): “Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo.”

¹⁵⁵ Neste ponto, vale destacar que juízes estão inseridos na sociedade, de modo que as decisões judiciais não podem ser tidas como herméticas ou impassíveis de influências internas e externas sobre eles. Para Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 159), “tribunais não são espaços assépticos, imunes à ideologia e às articulações e compromissos políticos.”. Neste mesmo sentido, Nojiri (2021, p. 169) faz essa afirmação ao analisar a tomada de decisões sobre o ponto de vista da filosofia realista norte-americana, o que o faz indicar a impossibilidade de “separar as convicções, os sentimentos ou as intuições do processo de tomada de decisão judicial. Em alguns casos isso é praticamente impossível. Afinal, levar em consideração esses elementos no processo de formação da decisão é uma parte essencial de como o cérebro humano funciona”. Nesta perspectiva, a própria natureza do juiz constitucional permitiria certa permeabilidade das cortes constitucionais às externalidades, abrindo possibilidades participativas, mesmo indiretas ou não explícitas, no controle de constitucionalidade.

¹⁵⁶ Refere-se à representação política, na qual os eleitos, embora desvinculados das preferências dos eleitores (BEÇAK, 2014), devem atender aos interesses da sociedade, realizando escolhas políticas que se encontrem com a vontade popular.

¹⁵⁷ Neste sentido, para Beçak (2014, p. 70), “o problema central têm sido o valor e a atualidade da representação. Alguns entendem que nunca funcionou e outros julgam que cumpriu o seu papel histórico [...] A crise da representação tem a ver com o modo como as instituições políticas foram desenhadas, ou seja, com o objetivo de “desalentar” a participação da cidadania dos assuntos públicos e não promovê-la”.

Além disso, haveria uma certa abertura das cortes constitucionais a mecanismos participativos, sobretudo, a partir dos novos movimentos constitucionais (BINENBOJM, 2014). De tal maneira, possibilita-se uma ampliação de acesso ao controle de constitucionalidade, o qual o aproximaria da vontade popular (CARVALHO, 2010). Adiciona-se, também, a concepção de que a democracia – necessariamente fundada no pilar da igualdade (DOWRKIN, 1998), com atenção à possibilidade participativa das minorias –, impõe um paradigma político mais complexo, no qual está englobado o respeito aos direitos fundamentais e valores democráticos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013). Se não bastasse, destaca-se a funcionalidade das cortes constitucionais às coligações majoritárias, já que as instâncias representativas articulam seus interesses por meio do controle de constitucionalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013).

Pode-se visualizar uma possível aproximação das cortes constitucionais à democracia, já que, em maior ou menor medida, existe, até mesmo, algum tipo de vocação democrática desses tribunais. Reconhece-se, ainda, a relevância do controle de constitucionalidade na afirmação de direitos e garantias fundamentais, bem como para a concretização de políticas públicas (GASPARDO, 2011). Inobstante percursos próprios de cada experiência constitucional, verifica-se que as cortes constitucionais avocaram para si a posição de concretizadoras de direitos fundamentais (ARGUELES, 2022).

Para além disso, visando equalizar o debate, vale trazer alguns contrapontos ao constitucionalismo popular. Ao examinarem críticas ao constitucionalismo popular, Vieira, Emerique e Barreira (2018) pontuam que a extinção da revisão judicial diminuiria significativamente os contrapesos em favor das minorias, apontando para uma possível percepção minorada sobre as capacidades da maioria política, que poderiam colocar os direitos e valores democráticos em situação de vulnerabilidade; ou seja, à mercê de vontades políticas autônomas e indiscriminadas.

Situações como essas, de fricção institucional – com efeito, desviante da vontade popular –, exigem, em alguma medida, um mecanismo de rearranjo político-jurídico, a fim de reestabelecer e garantir a organização democrática. Aliás, o próprio Waldron (2006), inobstante a crítica feita à revisão judicial, reconhece que, em situações excepcionais de funcionamento inadequado das instituições, há justificativa para a adoção do controle de constitucionalidade, como já dito.

Neste mesmo sentido, Brandão (2019) expõe a crescente judicialização política, as relativamente recentes experiências autoritárias mundo afora e a fragilidade de uma cultura jurídica de direitos como motivos limitantes à ideia de um constitucionalismo radicalmente

popular¹⁵⁸. Se não bastasse, o processo político teria um caráter generalizante e coletivo, podendo solapar individualidades e especificidades de situações concretas de violação de direitos (VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018). Daí porque, as propostas do constitucionalismo popular poderiam gerar situações de diferenciação subjetiva e de seleção de interesses em detrimento de prioridades gerais e coletivas, as quais seriam democraticamente inadequadas.

Então, parece haver justificativa para o que Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 158) denominam de um modelo constitucional judicialista, caracterizado pela compreensão de que a jurisdição constitucional “é o espaço por excelência da afirmação da Constituição”. Neste arquétipo, cortes constitucionais possuem centralidade institucional para a realização do texto constitucional, o que justificaria, inclusive, a sobreposição aos grupos políticos majoritários, como arremata Barroso (2013, p. 309–310):

Onde estaria o fundamento para o Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes? A resposta já está amadurecida na teoria constitucional: na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático. Nesse modelo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos numa sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo te contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. [...] Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável. Ao revés, quando o processo político majoritário está funcionando com representatividade e legitimidade, com debate público amplo, juízes e tribuna deverão ser menos pró-ativos [...]

De fato, a jurisdição constitucional é peça importante na engrenagem político-jurídica do constitucionalismo democrático, desempenhando papéis relevantes diante da natural imperfeição sistêmica (SOUZA NETO; SAMENTO, 2013). Parece ser da necessidade democrática um gatilho para ajustamento endógeno, que permita correções nas dificuldades representativas.

¹⁵⁸ Em se tratando do caso brasileiro, Brandão (2019, p. 248) defende a impossibilidade de uma adoção radical do constitucionalismo popular, dada a característica histórica de hegemonia dos poderes políticos na definição constitucional, “que produziu efeitos deletérios para a implantação do constitucionalismo e de uma cultura de direitos no Brasil. Portanto, acredita-se que o Judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, têm um papel relevantíssimo na proteção de direitos e no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira.”

No entanto, inobstante o contraponto que se expôs, o aspecto contramajoritário ainda persiste. Não se pode olvidar que as críticas e propostas de ampliação da legitimidade democrática das cortes constitucionais remanesçam como formas, ao menos, de maior assimilação popular na interpretação constitucional (BRANDÃO, 2019). Isso vai de encontro ao proposto por Häberle (1997), num intuito de aproximar a vivência constitucional à realidade pluralista¹⁵⁹, concretizada pela vontade popular.

Na última parte é com isso que se ocupa, especificamente, em se tratando do Supremo Tribunal Federal. Tomando o fio condutor das ideias desta pesquisa, debruça-se sobre o STF e a participação popular na corte constitucional brasileira, além dos possíveis gargalos para a otimização democrática.

¹⁵⁹ Esta concepção, para Häberle (1997, p. 13), envolve mais que conceito, senão uma nova da interpretação constitucional, de modo que “todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.”.

4 OTIMIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO STF: PARTICIPAÇÃO POPULAR E LEGITIMIDADE

Seguindo a premissa de que eventuais lacunas democráticas das cortes constitucionais podem ser preenchidas pela participação popular, é importante dimensionar algumas contribuições possíveis, no que se encaminha esta pesquisa. A direção ora se volta para a ampliação da legitimidade do STF a fim de aproximá-lo, ainda mais, da democracia. E não é que a corte brasileira esteja distante dos princípios democráticos. Em verdade, propõe-se o resgate de alguns mecanismos ou fundamentos estruturais – todos derivados do conteúdo nuclear da democracia, a participação popular¹⁶⁰ –, que possam otimizar referido caráter no STF.

Para bem da verdade, se já é uma instituição democrática, o STF está inserido no mesmo movimento dialético de superações evolutivas, típicas da democracia, como destacado por Beçak (2008; 2014). Parece ser presumível, então, que cada vez mais se aproxime de um ideal democrático, também por uma propulsão sistêmica. Tal como colocado por Gomes (2002) a própria inserção do tribunal no paradigma do Estado Democrático de Direito, impõe-lhe uma hermenêutica tal qual adequada.

Ocorre que, inobstante referida conjuntura, ainda existem trincheiras que tornam-se resistências à estreita aderência democrática da corte (GARGARELLA, 2014). É a própria dicotomia de tensionamento a partir da qual emerge esta pesquisa que condiciona, até por vezes, posiciona o STF num paradigma institucional de nuances democráticas.

Neste sentido, de início, passa-se a um exame sobre o panorama decisório do STF, sob o recorte democrático-participativo que se adota.

4.1 Um recorte democrático do perfil decisório do Supremo Tribunal Federal

Com o advento da Constituição Federal de 1988, depositou-se considerável expectativa no Supremo Tribunal Federal. A efervescência democrática do período pós-ditadura militar e a experiência constituinte projetou sobre a corte brasileira a mesma aspiração popular das demais instituições e da sociedade civil.

O próprio controle concentrado de constitucionalidade fora muito incrementado¹⁶¹, sobretudo, para fazer frente às exigências de proteção dos novamente chegados, antigos e

¹⁶⁰ Para o que se entende sobre a participação enquanto conteúdo da democracia, novamente, cf. itens 2.1.1 e 2.1.2.

¹⁶¹ Sobre este ponto, cf. o item 2.3.2.

novos, direitos fundamentais (ARGUELHES, 2022). As capacidades foram redimensionadas para que o tribunal se tornasse uma instituição genuinamente democrática¹⁶², num movimento centrípeto, subjetivo e material, de ampliação de acessos à corte constitucional (CARVALHO, 2010).

No entanto, se o projeto constitucional fora radicalmente pensado para distinguir o STF como uma corte genuinamente democrática, não foi o que se verificou. Arguelhes (2022) destaca a contenção inicial do tribunal e o não aproveitamento do ganho de capacidades institucionais que a corte havia adquirido. Seja como for, é verdade que houve, até o estágio atual, um progresso do próprio STF¹⁶³. Esse movimento foi havido em compasso a um paralelo processo de institucionalização¹⁶⁴ – típico da natureza dialética na qual a o tribunal se insere –, muito em virtude do fortalecimento da autonomia do Judiciário e da ampliação participativa no litígio constitucional (CARVALHO, 2010).

Sobre o contexto no qual as alterações do STF estavam inseridas em 1988, Carvalho (2010, p. 193) faz o especial destaque da conjuntura sob a qual o controle de constitucionalidade estava circunscrito, justamente, “dentro da arena de democratização”. Esse impulso constitucional, então, proporcionara condições para o fortalecimento estrutural da *judicial review*¹⁶⁵. Tanto é verdade que Binenbojm (2014, p. 137) constata, de fato, a consolidação de um “sistema de controle concentrado e abstrato, mediante ampliação de seus instrumentos e efeitos, como tentativa de dar conta do fenômeno da litigiosidade de massa.”

O status para o qual o tribunal se projetou, como formulado por Vieira (2008), passou a constituir uma “supremocracia”. Essa posição é caracterizada por duas medidas: de um lado, “pela autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário”; e, de outra perspectiva, “à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.”

¹⁶² Mendes (*apud* GODOY, 2021 p. xi) destaca a expectativa criada em torno do Supremo Tribunal Federal: “esperava-se que fizesse a sintonia fina do significado constitucional em tempos de normalidade, ajudasse a colidir as mudanças sociais que a Constituição de 1988 prometeu, e combatesse com inteligência e coragem ameaças à democracia em tempos de exceção”.

¹⁶³ Inobstante o relativo consenso sobre o STF ter encampado o papel de concretizador dos direitos fundamentais, Arguelhes (2022, p. 39) faz uma observação pertinente: “[...] de 2004 em diante, e cada vez mais, decisões monocráticas e acórdãos do STF passaram a falar em ‘dignidade humana’ e ‘direitos fundamentais’. Mas essa mudança de vocabulário foi acompanhada de mudança de padrão decisório – ou mesmo de uma ampliação da presença desses temas na pauta e na agenda do tribunal? É preciso investigar se, quando e em que casos e condições o STF passou a atuar efetivamente na área de direitos fundamentais.”

¹⁶⁴ Sobre a adoção de uma roupagem institucional pelo STF, são relevantes os comentários de Arguelhes (*apud* GODOY, 2021, p. xv), segundo o qual “o tribunal deixa de ser visto como simples e direta manifestação de ideias típicas da teoria constitucional – o guardião da constituição; o defensor de direitos fundamentais; um “fórum de princípio” – e aparece de fato como instituição”.

¹⁶⁵ Neste mesmo sentido, como coloca Da Ros (2007, p. 98), o STF “tem sido considerado um ator de destaque no sistema político brasileiro, capaz de bloquear políticas majoritárias.”

(VIEIRA, 2008, p. 444–445). Portanto, nítida a proeminência de poder e autoridade alcançados pelo STF no arranjo democrático-institucional brasileiro.

Sendo assim, inobstante o ar oxigenante da democracia a partir do marco da redemocratização, a natureza contramajoritária não deixou de ser latente no STF. A propósito, ao analisar esta perspectiva, Silva (2009, p. 219) é contundente em afirmar que “o momento para o pensamento institucional completamente inovador e ilimitado se esgotou no dia 5 de outubro de 1988.”. Como um tribunal constitucional, institucionalmente, o STF se projeta exercendo uma função contramajoritária. A propósito, Binenbojm (2014, p. 51–52, grifo do autor) sintetiza esses atributos pela existência de dois requisitos:

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional poderia ser equacionada, assim, em dois pontos básicos: (*primeiro*) a circunstância de as Cortes Constitucionais serem compostas de juízes não eleitos – embora nomeados, em regra, pelos agentes que detêm mandato popular – que não se submetem aos controles periódicos de aferição da legitimidade de sua atuação, próprios da democracia representativa; (*segundo*) a circunstância de as decisões das Cortes Constitucionais não estarem submetidas em regra a qualquer controle democrático, salvo por meio de emendas que venham a corrigir a jurisprudência do tribunal.

Ambas características estão presentes na corte constitucional brasileira¹⁶⁶. É por isso que, como bem coloca Barroso (2010), o STF é caracterizado como um tribunal contramajoritário. Ocorre que, como destacado por Vieira (2008, p. 443), na medida em que houve uma opção institucional de “ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.”.

De tal forma, importante explorar alguns pontos de relevo nas tensões democráticas da corte constitucional brasileira. Isso porque, verifica-se a consolidação de um formato de jurisdição constitucional na qual o STF acumula o exercício de autoridade – o que é próprio de um intérprete constitucional –, e o exercício de poder (VIEIRA, 2008). Sob o panorama de uma nova jurisdição constitucional, o STF alcança um paradigma institucional que lhe permite a atuação institucional e uma performance interpretativa efetivas (BINENBOJM, 2014).

Ao consolidar-se como uma instituição que exerce poder político, em verdade, o STF adjudica os espaços democráticos típicos de atuação dos órgãos representativos, escapando aos controles de natureza democrática (VIEIRA, 2008). O tribunal coloca-se num posto de

¹⁶⁶ No mesmo passo da existência de vitaliciedade aos magistrados do STF, conforme o disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 95, inciso I, o texto constitucional, no artigo 102, §2º estabelece a definitividade das decisões proferidas pelo tribunal no controle concentrado de constitucionalidade. Essas duas configurações amoldam-se à tipificação feita por Binenbojm, como se apresentou.

interação político-jurídica. Esta performance desencadeia uma posição na qual “o ambiente constitucional constitui, em grande parte, o ambiente de formulação de políticas e os processos legislativos estruturam o desenvolvimento criativo do direito constitucional.” (SWEET, 1995, p. 205, tradução nossa). Até mesmo as fronteiras políticas do tribunal constitucional são flexibilizadas, num movimento de produção normativa por meio da jurisprudência.

Isto é, ao ultrapassar a proposição de uma atuação mais restrita como legislador negativo (KELSEN, 2007), o STF passou a ter a função de criador¹⁶⁷ de regras constitucionais¹⁶⁸ (VIEIRA, 2008). Como colocado por Carvalho (2010, p. 195), muito em virtude da mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, acompanhada pela experiência brasileira, verifica-se a “participação cada vez mais ativa do Judiciário na política”, então viabilizada pela interpretação constitucional. É por isso que Vieira (2008, p. 456) salienta uma concepção assumida pelo tribunal de “se enxergar como dotado de um poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição.”¹⁶⁹.

Aqueles que sustentam a adoção desta postura pela corte constitucional brasileira defendem que a interpretação constitucional configura “uma atividade *concretizadora* [...] e *construtiva*, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa.” (BARROSO, 2013, p. 311, grifo do autor). Ocorre que, no ímpeto de alargamento normativo, sob uma pretensão extensiva da função interpretativa¹⁷⁰, o tribunal pode adentrar em espaços que não lhe são típicos.

Em outras palavras, por meio desta lógica cria-se uma arena político-jurídica, discursiva e decisória, na qual os arranjos interpretativos passam “a funcionar, em algumas situações,

¹⁶⁷ Essa mesma é a posição de Sweet (1995, p. 225, tradução nossa): “Mais do que simplesmente ‘legisladores negativos’, os tribunais constitucionais possuem poderes legislativos criativos: reformular ambientes de formulação de políticas, incentivar certas soluções legislativas e minar outras, e ter os termos precisos das suas decisões escritos diretamente nas disposições legislativas.” [

¹⁶⁸ Não se refere, aqui, às premissas que comumente relacionam o Poder Judiciário à criação legislativa. Esta concepção não é assertiva, já que o Judiciário não produz normas constitucionais, no sentido legislativo do termo. A criação de normas a que se faz referência ocorre por meio da interpretação judicial, sob a noção de uma atividade realizada pelo STF destinada a aplicar o texto da Constituição a fim de concretizá-lo, tal como entendido por Mendes e Branco (2020). Neste mesmo sentido é a postura adotada por Barroso (2013), para o qual a interpretação constitucional tem o caráter de uma concretização construtiva.

¹⁶⁹ Barroso (2013, p. 306) indica para a tensão existente entre o processo majoritário e a interpretação constitucional, que se verifica a partir da atuação criativa de normas pelo Judiciário, a qual “se instaura tanto quanto o Judiciário invalida atos dos outros dois poderes – *e.g.*, na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais.”

¹⁷⁰ Ao analisar um caso específico, Benvindo (2014, p. 76) destaca alguns sintomas do comportamento adotado pelo STF, que são reveladores de uma “ânsia pela expansão de poder”, a partir de uma postura “flagrantemente interventiva”, representativa do “elemento conflitivo que se estabelece entre o Judiciário e o parlamento, especificamente na esfera de demarcação dos limites da atuação de cada um desses Poderes.”

como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria” (VIEIRA, 2008, p. 453). De tal forma, a atividade do Judiciário torna-se imiscuída numa ambiência fronteiriça, de modo que, tal como destacado por Hirschl (2020, p. 361), a interpretação judicial e a implementação de direitos “dependem em grande parte da atmosfera ideológica, das restrições institucionais específicas e das metacondições econômicas e sociais nas quais eles operem.”.

Para Silva (2009) um ponto de especial relevo no dilema democrático da corte constitucional é que o STF se firmou num figurino extremo de deliberação externa, o que muito o aproxima da experiência norte-americana. Ao fazer uma comparação entre os modelos europeu e estadunidense de controle de constitucionalidade, Silva (2009, p. 211) caracteriza a deliberação externa “por meio de uma fragmentação da deliberação e de uma desagregação argumentativa”, na qual “os juízes não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra”.

Vale notar, como já pode-se dizer¹⁷¹, que a democracia está imbricada ao dissenso e à conflituosidade deliberativa, exigindo uma construção decisória a partir de contrapontos (BENVINDO, 2014). Daí porque, um método decisório meramente aglutinativo e espaçado contrabalanceia-se à própria genuidade democrática. O tribunal carece de “deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros” (SILVA, 2009, p. 219). Ocorre que não se pode, sob o manto místico de uma unicidade de voz na corte, minimizar embates de ideias entre os integrantes, o que acaba desestruturando o exercício da cidadania no processo decisório do tribunal (BENVINDO, 2014).

Para Silva e Pessoa (2017), a legitimidade discursiva do STF aproxima-se da necessidade de aberturas argumentativas, que estejam voltadas à produção racional das decisões da corte. A significação constitucional não pode ficar adstrita à simples cumulação de votos, como se verifica atualmente. A forma de deliberação do STF não abrange a essencialidade democrática, uma vez que a legitimidade do tribunal depende da qualidade do seu processo decisório (SILVA, 2009).

Neste mesmo sentido, Godoy (2021) diagnostica que a tomada de decisão do STF é individual, solipsista e marcada por argumentações isoladas. O processo decisório da corte brasileira não é deliberativo, afastando-se de uma tomada de decisão democrática. Isso ocorre, conforme o autor mencionado, pela ausência de apresentação e de trocas de razões e argumentos, bem como pela carência de alcance e profundidade no enfrentamento argumentativo pelos integrantes da corte.

¹⁷¹ Remete-se para o tópico 2.1.

Verifica-se que a colegialidade, típica de uma corte constitucional¹⁷², é substituída pela monocraticidade dos juízes do STF. Segue essa mesma ideia o que fora identificado por Arguelhes e Ribeiro (2018), a existência de uma “ministocracia” no STF, então marcada por um desenho institucional individualizado e descentralizado. São características dessa forma de ser do STF uma concentração na ação individual dos ministros como condição para influenciar o processo político decisório, especialmente, pelo uso de mecanismos que atuem sobre a política (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

Os autores (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018) identificam três poderes individuais utilizados pelos ministros: tomada de decisão, sinalizações públicas e definição de agenda. Essas potencialidades estariam disponíveis a qualquer um dos juízes da corte, bastando a atuação de um deles para que se possa influenciar o processo político (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018). Em verdade, há uma certa naturalização do uso de poderes individuais no STF, inobstante a configuração colegiada pensada para a corte constitucional (GODOY, 2021).

Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 25–26, grifo dos autores) ainda identificam a ausência de controle coletivo das decisões individuais, o que culmina numa “*judicial review* individual”, capaz de bloquear “iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem que a supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual”. Ocorre que esse perfil decisório do STF possui ressalvas democráticas, justamente, por distanciar-se da colegialidade e rever decisões tomadas pelas instâncias majoritárias, por meio de performances solipsistas dos ministros. O uso de poderes individuais prejudica um arranjo que possa projetar o tribunal como uma corte constitucional mais democrática.

Neste mesmo sentido, Godoy (2021, p. 43–44) estabelece uma estreita relação entre a deliberação e a legitimidade do STF, criticando o individualismo dos ministros da corte e a forma como as decisões são tomadas:

Esse modo de ser dos ministros e de existência do STF corrói sua autoridade e legitimidade do Supremo, fragiliza a Constituição e coloca em risco a própria democracia. Essas afirmações, apesar de fortes, não são exageradas. [...] Esse modo de atuar viola as normas do processo constitucional, desnatura o STF ao violar a colegialidade e a regra da maioria que deveria o reger e, por fim, socava a própria democracia que deveria proteger.

¹⁷² Godoy (2021, p. 3) destaca a existência de razões democráticas e funcionais para que uma corte constitucional seja um órgão colegiado, o que é consubstanciado num processo constitucional, “fundado em uma concepção deliberativa de democracia, comprometida com um debate público, robusto, que trate a todos como iguais [...]”. Isso é justificado, como colocam Silva e Pessoa (2017), pela existência da ideia de que a legitimação do STF exige as perspectivas discursiva e pluralista para a formação da decisão do tribunal.

O STF acaba por se tornar uma corte coletivamente desagregada, o que diminui, inclusive, as potencialidades de manejo e justificação do perfil contramajoritário que possui (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018). O tribunal firma-se num modelo em que prevalecem as preferências individuais, em substituição às possibilidades colegiadas de tomada de decisões, consolidando um individualismo decisório. Neste arranjo, “a ministocracia, o *judicial review* individual, o Supremo como tribunal de solistas coloca abaixo as qualidades e benefícios de um órgão colegiado que deve(ria) deliberar” (GODOY, 2021, p. 44, grifo do autor).

Desta maneira, urge a necessidade de compartilhamento da decisão e do poder final pelo STF, a fim de permitir uma espécie de justificação perante a própria sociedade. Se é no povo que reside a legitimidade das instituições, sobre ele mesmo é que deve repousar a responsabilização do STF (SILVA, 2009). É preciso, portanto, discutir alternativas e soluções para o dilema democrático das cortes constitucionais, com o que se segue.

4.2 A primazia do STF e alguns caminhos para a otimização participativa do controle de constitucionalidade

O ponto de hesitação do caráter democrático do controle de constitucionalidade exercido pelo STF advém da propensão de colocar a revisão judicial num certo grau de definitividade. O modo construtivo das decisões da corte, marcado pela já referida carência deliberativa, resulta num constructo institucional no qual o tribunal adjudica para si a decisividade na significação constitucional.

É verdade que, de certa maneira, a engenharia institucional estabelece um modelo que coloca o tribunal como instância político-jurídica final. No entanto, se o preceito democrático impõe a participação popular¹⁷³, em igual compasso segue a necessidade de ampliar o caráter participativo do STF; ou melhor, exige-se uma transformação da pretensão peremptória da corte em deferência a um modelo que a torne mais participativa.

Aliás, o STF é marcado pelo predomínio de uma perspectiva juriscêntrica, a partir da qual o controle de constitucionalidade torna-se determinante das escolhas públicas. Brandão (2019) faz esse destaque ao observar um caminho de afirmação jurisprudencial do tribunal sobre um maximalismo judicial¹⁷⁴, o que acabou por consolidar uma supremacia judicial em

¹⁷³ É crucial, neste ponto, entender a participação popular do modo como já exposto. Para tanto, cf. o tópico 2.1.

¹⁷⁴ A literatura jurídica possui certo consenso em apontar a relevância do voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus n. 26.603 (BRASIL, 2007), como marco de uma posição juriscêntrica adotada pela jurisprudência do STF, como se destaca do julgado: “O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que

sentido estrito. Esta é caracterizada na cessão da última palavra sobre questões constitucionais ao Judiciário, negando sua responsividade ao povo (BRANDÃO, 2019).

O entrave é criado, justamente, porque a supremacia judicial pode desincompatibilizar a vontade popular da tomada de decisões de uma instituição. Ao firmar-se sobre a definitividade judicial na interpretação constitucional, o STF nega responsividade decisória ao povo, titular final do poder democrático. Se não bastasse, essa concepção aponta para uma desarrumação ou o mal funcionamento da tripartição dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos inerentes ao Estado Democrático de Direito (SEPÚLVEDA; BARBOSA, 2017).

Ocorre que o constructo da ideia de definitividade das decisões do STF, por vezes estabelecido muito mais sobre um paradigma discursivo, não é impassível de críticas. Benvindo (2014) é contundente em afirmar o caráter fiteiro – num ambiente de disputas políticas constantes entre os Poderes –, das afirmações pela suposta existência de uma primazia do Judiciário perante as demais instituições.

O comportamento político e o desenho institucional típicos da democracia impossibilitariam a concentração de um múnus terminativo numa única instituição¹⁷⁵; ou seja, não é possível existir, num regime político “que prima pela cidadania, um órgão que possa arvorar-se o detentor da última palavra” (BENVINDO, 2014, p. 81). De tal sorte, afirmar pela posição definitiva da corte constitucional serviria, em verdade e tão só, à consolidação do poder político no STF.

se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. [...] A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’ – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”. Se não bastasse as próprias decisões do STF, segue no mesmo sentido o perfil discursivo adotado pela corte constitucional brasileira. Em 2022, na sessão solene de posse na presidência do STF, a Ministra Rosa Weber (2022) seguiu idêntica afirmação sobre a definitividade das decisões do tribunal: “E ainda um dado que não pode ser esquecido: em matéria de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal detém o monopólio da última palavra. [...] Há um instante, todavia, que se impõe a palavra final, o encerramento da controvérsia, considerados os objetivos precípuos do direito de pacificação social e segurança jurídica. E a instituição incumbida da última palavra é, sem dúvida, este Supremo Tribunal Federal [...]”. Ainda, Sepúlveda e Barbosa (2017) trazem uma extensa lista de decisões, nas mais variadas matérias judicializadas, nas quais o STF utilizou-se da expressão “última palavra” para fazer referência à definitividade dos pronunciamentos da corte.

¹⁷⁵ Há quem faça o questionamento de se, no cotidiano do jogo político, o STF realmente teria a definitividade na atribuição de significado da Constituição. Neste sentido, Sepúlveda e Barbosa (2017) enumeram quatro situações em que a “palavra final” não é dada pelo STF, tais quais, a) quando outros tribunais, com o reconhecimento da corte constitucional são incumbidos de proferir as decisões definitivas; b) no reconhecimento, pelo STF, de que a derradeira decisão é de competência de outro Poder; c) quando, com efeito, outro Poder supera as decisões da corte constitucional; e, d) na hipótese em que o STF exime-se de pronunciar, não havendo nenhuma decisão.

Seja como for, no compasso das afirmações de Silva e Pessoa (2017), a primazia das cortes constitucionais pode implicar esvaziamento deliberativo do controle de constitucionalidade. A tipicidade decisória das cortes constitucionais não é totalmente suficiente para suprir as exigências da democracia. Isso porque, faltaria ao STF “a capacidade de apreender a pluralidade axiológica da sociedade por meio do exercício da jurisdição constitucional.” (SILVA; PESSOA, 2017, p. 616). De algum modo, a oclusão decisória do controle de constitucionalidade – proporcionada por um modelo fundado numa pretensa definitividade do pronunciamento judicial –, possibilita escolhas políticas pouco participativas que estariam, então, institucionalmente obstruídas.

Portanto, alternativas de trespasse desse entrave passam a ser demandas democráticas. Se a obstrução é causada pela forma de produção das decisões, a participação popular no STF pode ser possibilitada por meio de estruturas institucionais que permitam uma construção participativa das decisões. Assim, tem-se a premissa de que a partir do modo de fazer decisório podem surgir possíveis alternativas para absorver a participação popular na corte brasileira¹⁷⁶.

É verdade, como coloca Bonavides (2015), que a abertura do processo interpretativo no STF possui desafios relevantes, dentre os quais o consenso democrático, a estabilidade social, firmes pressupostos institucionais e uma cultura jurídica desenvolvida. Esses requisitos, por si mesmo, dimensionam o problema da possibilidade de participação democrática no controle de constitucionalidade; em especial, diante da complexidade político-jurídica brasileira. Por isso, relevante assimilar perspectivas que estabeleçam diretrizes para a ampliação participativa das decisões da corte constitucional brasileira.

4.2.1 A razão pública de John Rawls

A centralidade do pensamento rawlsiano pode ser encontrada como uma forma de resolver dissensos, diante da pluralidade de aceções morais das democracias contemporâneas¹⁷⁷. É sobre o consenso democrático – ou a ausência dele –, que o autor debruça-

¹⁷⁶ Como ressalta Gomes (2002, p. 55), embora possa se reservar ao Judiciário a possibilidade de decidir ao final – já que o atual estágio democrático-institucional assim o favorece, inobstante algumas objeções (cf. nota de rodapé n. 175) –, essa configuração não retira “das demais esferas do poder estatal, nem das organizações lícitas e dos cidadãos, em geral, o direito e o dever de *interpretarem* a Constituição, de debaterem democraticamente qual a melhor interpretação a ser dada a esta diante da realidade que se apresenta e de poderem inclusive discutir quanto ao acerto ou desacerto das interpretações adotadas pelos órgãos dos poderes oficiais.”

¹⁷⁷ Bolonha, Ganem e Zettel (2013, p. 179) destacam que a ideia de razão pública desenvolvida por Rawls – derivada de críticas recebidas por sua teoria filosófica, então centrada num modelo de justiça fundado na equidade –, concilia politicamente sua proposta teórica, num esforço de possibilitar a deliberação “sobre princípios de justiça aplicados universalmente em uma sociedade política bem-ordenada.”

se. Para Rawls (1993), na existência de posições contraditórias e divergentes entre si, desde que razoavelmente plausíveis e razoáveis, haveria a necessidade do estabelecimento de uma razão pública.

Na proposta de Rawls (1993), a razão pública compreende o conjunto de valores constitucionais e morais de uma sociedade democrática. Neste sentido, o mencionado autor defende que são conteúdos axiológicos da razão pública¹⁷⁸ os valores da justiça política, identificados pelos elementos essenciais da liberdade e da igualdade; e, os valores da razão pública, compreendidos na indagação pública, típica do processo político livre e publicizado de debate de ideias.

Tais elementos valorativos tornam-se parâmetros para as deliberações numa sociedade democrática; ou seja, devem ser legitimamente justificáveis perante todos os cidadãos (RAWLS, 1993). Por meio de tais valores, as diferenças vão ser consolidadas num consenso funcionalizado para contornar o pluralismo moral da sociedade. De tal forma, havendo pluralidade de ideias morais razoáveis, a razão pública é formada pela concordância deliberativa das diferenças de valores políticos justificáveis numa sociedade, a partir do debate de argumentos entre os cidadãos livres e iguais de uma sociedade democrática (RAWLS, 1993).

É por isso que a ideia rawlsiana serve à legitimação institucional na democracia. Em outras palavras, a razão pública permite a reunião da diversidade de concepções e opiniões morais divergentes que existem numa sociedade (RAWLS, 1993). Assim, a tomada de decisão por uma instituição, fruto de um consenso, fundamenta-se nos valores morais próprios da respectiva sociedade.

A legitimação decisória encontra respaldo, portanto, na justificação social de uma discussão baseada nos valores razoavelmente aceitos pelos cidadãos, quais sejam, os elementos constitucionais essenciais¹⁷⁹ (RAWLS, 1993). É nesse sentido que Rawls (1993, p. 216, tradução nossa) defende as cortes constitucionais como fóruns de exercício da razão pública:

Aplica-se também, de uma forma especial, ao Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal numa democracia constitucional com controle da constitucionalidade das leis

¹⁷⁸ Vale destacar que o conteúdo principiológico da razão pública, para Rawls (1993, p. 224, tradução nossa), é estabelecido a partir da precedência de duas diretrizes, quais sejam: “a. princípios substantivos de justiça para a estrutura básica; b. diretrizes de indagação: princípios de argumentação e regras de evidência à luz dos quais os cidadãos devem julgar se os princípios substantivos aplicam-se de forma apropriada e identificar as leis e políticas que melhor os satisfaçam.”

¹⁷⁹ Para Rawls (1993, p. 227, tradução nossa) esses elementos são de duas ordens: “a. os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria; b. os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.”

("revisão judicial"). É assim porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões como decisões baseadas em sua compreensão da Constituição, dos estatutos e dos precedentes relevantes.

Desta forma, as cortes constitucionais possuem um papel não apenas defensivo da democracia; senão, também, a função de dar existência contínua e apropriada à razão pública (RAWLS, 1993). Isso porque, por meio do controle de constitucionalidade, juízes constitucionais devem justificar as decisões tomadas, de modo que a interpretação da Constituição torne-se um processo dinâmico e compartilhado de trocas de argumentos, nas quais os dissensos típicos da democracia são considerados.

Aqui, então, é que as decisões das cortes constitucionais se legitimariam, ao tornarem-se fóruns da razão pública, abertos à participação argumentativa na construção dos consensos. É sobre a óptica conciliatória dos dissensos valorativos divergentes que a proposta rawlsiana encontra o exercício da jurisdição constitucional, como sintetizam Bolonha, Ganem e Zettel (2013, p. 182):

O exercício da jurisdição constitucional é, em grande parte, um instrumento para solução da tensão que se estabelece entre pontos de vistas morais distintos sobre o conteúdo dos direitos constitucionais. Com isso, o ponto de contato entre a teoria rawlsiana e o constitucionalismo está na possibilidade das democracias compatibilizarem doutrinas morais divergentes com base em uma concepção política única, formada essencialmente pelo conteúdo essencial dos direitos constitucionais. É o consenso dos valores político-constitucionais que torna viável um projeto de democracia constitucional.

Neste sentido, ao comentar as ideias rawlsianas, Silva (2009) faz o destaque da impossibilidade de exercício unilateral do poder político, apontando para a importância de soluções de compartilhamento de autoridade. A propósito, essa perspectiva vai de encontro com Rawls (1993), que é categórico em afirmar a adequação da razão pública ao controle de constitucionalidade, embora refute o pretense papel do Judiciário como último intérprete da Constituição.

Ocorre que, na concepção rawlsiana, as cortes constitucionais funcionam “como um dispositivo institucional para proteger a Constituição” (RAWLS, 1993, p. 233, tradução nossa). Se estritamente adstritas ao conteúdo da razão pública, esses tribunais não seriam contramajoritários. Em verdade, ao aplicarem os valores da razão pública – consolidados no texto constitucional –, as cortes constitucionais estariam interpretando, então, aquilo que o “povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte” (RAWLS, 1993, p. 237, tradução nossa) no estabelecimento do significado do texto constitucional.

Ou seja, a interpretação judicial da Constituição permite ao tribunal a atribuição de força e vitalidade à razão pública constitucionalmente fixada. A partir desta perspectiva, ao estabelecer um entremeio político-normativo, pode-se propor que o STF compartilhe as escolhas políticas com os demais atores e instituições.

Nesta lógica, transpõe-se uma dicotomia na qual o tribunal estaria diametralmente oposto aos demais intérpretes constitucionais; ao reverso, existiria um ambiente de construção participativa das decisões no controle de constitucionalidade, então fundadas na razão pública. A decisão do STF não é necessariamente a última, mas ele se torna “pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante” (SILVA, 2009)¹⁸⁰.

4.2.2 A sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle

Soma-se à razão pública rawlsiana o pensamento de Häberle (1997), relativo à abertura da interpretação constitucional. O jurista alemão fez a proposição de um modelo em que todos os membros da sociedade estão aptos à faculdade interpretativa da Constituição. O ponto de partida do autor privilegia uma posição pluralista e procedimental na atribuição de sentido às normas constitucionais, ao permitir que o significado da Constituição possa ser construído de forma plural e espacejada. A partir dessa concepção, há uma abertura para que vários sujeitos participem da interpretação do texto constitucional, no fito de mediar a relação Estado-sociedade (HÄBERLE, 1997).

Para bem da verdade, Häberle (1997) elenca uma série de sujeitos – oficiais¹⁸¹ e não institucionalizados –, que estariam aptos para a interpretação da Constituição, muito embora registre não tratar-se de um rol exaustivo. Ao contrário, todas as forças da comunidade política, potencialmente, estariam aptas para interpretar a Constituição. Isto é, os grupos sociais e os indivíduos podem ser considerados, mesmo que indiretamente e no longo prazo, como intérpretes da Constituição.

¹⁸⁰ Aparece, aqui, a referência que Silva faz aos diálogos constitucionais, a partir do entendimento do STF como um fórum da razão pública. Com efeito, pode-se relacionar a proposta rawlsiana às premissas estruturantes das teorias dialógicas, já que ambas pretendem uma troca de razões na significação constitucional. Para o detalhamento sobre as últimas, cf. o tópico 3.3.2.

¹⁸¹ Ao abordar, especificamente, atribuição de sentido à Constituição, Gomes (2002) faz o destaque para a interpretação institucionalidade realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo, simultaneamente àquela tipicamente feita pelo Judiciário, bem como ressalta o papel da doutrina jurídica na construção de sentidos constitucionais.

Assim, todas as expressões politicamente estabelecidas, quer seja no âmbito institucional ou aquelas democraticamente difusas, participam da interpretação constitucional, como propõe Häberle (1997, p. 13, grifo do autor):

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

[...]

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Com o entendimento de Häberle (1997, p. 42), abre-se a possibilidade de ampliação de acesso à interpretação constitucional – que supera o caráter imanentemente formal de leitura da Constituição –, pelo qual todos os intérpretes “desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material”¹⁸². A interpretação torna-se, então, um processo aberto à possibilidade construtiva de significados múltiplos e a alternativas diversas, derivadas da expressão de diferentes atores, todos potencialmente responsáveis na atribuição de sentido constitucional (HÄBERLE, 1997).

Então, pode-se dizer que Häberle (1997) propõe um modelo procedimental em que os diversos seguimentos da sociedade são participantes do processo interpretativo; ou seja, todos tornam-se potenciais intérpretes autorizados da Constituição. Isso implica uma mudança, inclusive, da própria concepção de hermenêutica, cuja procedimento também é modificado. Como destacado por Coelho (1998, p. 159, grifo do autor), sob a lógica da abertura

¹⁸² Coelho (1998) destaca a proximidade das ideias de Häberle com as preocupações de Lassalle (2015) sobre a presença dos fatores reais de poder intrínsecos às Constituições. Lassalle (2015, p. 38, grifo do autor) entende que uma Constituição escrita é marcada por circunstâncias político-sociais que lhe dão um substrato fático: “os *fatores reais de poder* que governam no seio de cada sociedade são esta força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em essência, *mais do que são*”. Ainda, Lassalle (2015, p. 93-94, grifo do autor) defende que os “problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de *direito*, mas sim de *poder*: a verdadeira Constituição de um país apenas reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem neste país; e as constituições escritas não têm valor nem são duradouras, mas que quando *expressam* fielmente aos fatores de poder imperantes na realidade social: daí os critérios fundamentais que vocês devem reter.”. Várias são as identidades e referências da proposta häberleana com o pensamento de Lassalle, a exemplo do seguinte trecho de Häberle (1997, p. 33): “Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. [...], mas, a final, de maneira ‘concertada’, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional”.

interpretativa, “*Constituição e realidade constitucional* se implicam com tamanha intensidade, que a norma jurídica deixa de ser vista como o *pressuposto* para ser encarada como o *resultado* da interpretação”.

A norma constitucional deve, então, ser entendida no plano de concretude da vivência constitucional; ou seja, uma compreensão firmada na manifestação participativa de todos os interessados, a qual atribui significados à Constituição. A interpretação torna o texto concreto, na medida em que integraliza a realidade por meio daqueles potencialmente envolvidos no processo de significação da Constituição (HÄBERLE, 1997).

A abertura interpretativa do texto constitucional alcança a perspectiva construtiva da democracia¹⁸³, como é destacado por Gomes (2002). Sob esta lógica, o regime democrático impõe a opção por um progressivo desenvolvimento de alternativas participativas, a partir do qual o sentido constitucional passa a ser construído pelo povo¹⁸⁴. A interpretação da Constituição, assim, abarca a possibilidade de que o sujeito participe, direta ou indiretamente, do processo de construção do próprio texto constitucional (GOMES, 2002).

Para Häberle (1997), esta proposta de compreensão compartilhada da Constituição é enriquecida pela diversidade dos atores participantes, o que também implica reconhecimento de uma continência na adstrição interpretativa realizada na via jurisdicional. Em outras palavras, a aplicação das normas constitucionais é ampliada para um circuito participativo que extrapola os limites jurisdicionais.

Desta forma, as cortes constitucionais deixam de ser imunes às reações e às manifestações da sociedade. Ao contrário, tornam-se permeáveis às preferências e anseios de escolhas políticas pluralistas, tipicamente democráticas (COELHO, 1998). É por isso que Häberle (1997, p. 46, grifo do autor) traça uma relação inversa entre a atuação dos tribunais constitucionais e as possibilidades interpretativa da Constituição pela sociedade, ao afirmar que “um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional.”

Nesse compasso, ao comentar o pensamento do jurista alemão, Coelho (1998), por sua vez, traça uma relação direta entre a abertura à participação popular no processo de interpretação da Constituição e as consistência e eficácia interpretativas das cortes constitucionais. A afirmação da higidez decisória desses tribunais estaria jungida à

¹⁸³ É neste mesmo sentido que Souza Neto e Sarmento (2013) destacam a importância da participação popular na construção normativa.

¹⁸⁴ Neste sentido, para Gomes (2002, p. 51, grifo do autor): “Portanto, em princípio, todas as pessoas têm o direito de conhecer, compreender, interpretar as normas constitucionais, por estas consagrarem, simultaneamente, os princípios fundamentais do Estado instituído, dotado de inevitabilidade em relação a todos, bem como *direitos*; e, também deveres fundamentais de todas as pessoas”.

permeabilidade de suas decisões à substância democrática, a participação popular. Por isso, a auscultação das cortes constitucionais serve para que as decisões do controle de constitucionalidade possam encontrar os anseios sociais de sentido, alcance e necessidade da Constituição (COELHO, 1998).

Note-se a significativa importância da abertura decisória dos tribunais constitucionais, capaz de modificar o ponto de relacionamento delas com a sociedade. Para Coelho (1998, p. 159, grifo do autor), as cortes constitucionais que “exercem essa jurisdição *política* estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até mesmo preservando a sua própria existência no marco do Estado Democrático de Direito”. Daí porque, a existência e legitimidade das cortes constitucionais pode ser reforçada pela abertura interpretativa da Constituição.

Observa-se, ainda, a significativa contribuição do pensamento háberleano para o desenvolvimento de uma ideia construtiva da democracia. Bonavides (2015) faz esse destaque ao relacionar os progressos das concepções materiais sobre a Constituição através da reaproximação da constitucional à realidade, móvel e dinâmica, que torna a primeira igualmente ativa e viva. Por isso, pode-se dizer que o trilho do constitucionalismo democrático passa pela abertura constitucional à elementaridade da democracia, o povo-partícipe.

Posto essa lógica, neste momento, convém perpassar pelas formas participativas no controle de constitucionalidade brasileiro.

4.3. A participação popular no Supremo Tribunal Federal

Ao examinar as formas de participação popular no STF¹⁸⁵, convém ter em mente ao menos duas características institucionais já expostas. De um lado, a corte constitucional brasileira está envolta no constructo em torno da supremacia judicial na interpretação da Constituição (BRANDÃO, 2019); e, de outra parte, o tribunal possui limitações deliberativas nas tomadas de decisões (GODOY, 2021; SILVA, 2009). De tal sorte, as possibilidades de participação popular no controle de constitucionalidade, em alguma medida, encontram entraves inatos à própria configuração institucional do STF.

¹⁸⁵ Por certo, não se propõe o esgotamento de todas as formas participativas no controle de constitucionalidade brasileiro. Aqui, propõe-se um exame circunstancial e exploratório sobre as possibilidades de construção decisória participativa no STF. Portanto, o esforço é descritivo-reflexivo, sem pretensão normativa ou de exaurimento. Concentra-se nas permeabilidades da corte brasileira a formas conhecidas de participação popular no controle concentrado de constitucionalidade, tal como descrevem Silva e Pessoa (2017).

Tal percepção vai de encontro com a afirmação de Häberle (1997), que estabelece uma relação inversamente proporcional entre participação popular e o controle de constitucionalidade. Ou seja, a intensidade da revisão judicial varia diante das possíveis formas de participação popular na construção da decisão judicial. Pode-se falar, então, de um reforçamento entre as práticas participativas e a natureza democrática dos pronunciamentos das cortes constitucionais.

Neste sentido, como coloca Gargarella (2016), a arena democrática permite espaços formais e não institucionalizados para influir as tomadas de decisões pelas autoridades públicas¹⁸⁶, inclusive, as decisões judiciais. Assim, existe mais de uma estrutura ou ferramenta que possibilita a elaboração menos hermética dos pronunciamentos judiciais. Diversas são as práticas, ao menos possíveis, então funcionalizadas para a construção decisória participativa. Na concepção de Häberle (1997), as possibilidades participativas na interpretação constitucional são tão plurais como a própria ideia de “povo”, enquanto elemento complexo, expresso por tipos diferentes de grupos e atores.

A princípio, vale mencionar o processo político como forma relevante de participação democrática no STF. Como destaca Häberle (1997), os impulsos políticos permitem a criação e a revelação das realidades públicas, a partir do compartilhamento e da manifestação de diferentes pontos de vistas, que influenciam a tomada de decisão. Mais que isso, o STF não se imuniza diante dos compromissos, das articulações partidárias de preferências e interesses e das ideologias envoltas nos casos controvertidos em julgamento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013).

Neste mesmo sentido, para além do processo político institucionalizado¹⁸⁷, vale destacar os movimentos sociais. Estes aparecem, mesmo mediatamente, numa interação discursiva com

¹⁸⁶ Apesar da constatação, Gargarella (2014; 2016, p. 68) apresenta uma crítica quanto à real permeabilidade das instituições para a participação popular, ao contrastar o “peso reacionário das velhas estruturas institucionais sobre as novas práticas.”, com destaque para o cenário latino-americano.

¹⁸⁷ Há uma significativa literatura acerca do acionamento estratégico do STF pelas classes políticas, com destaque para os legisladores individualmente ou, de forma coletiva, por meio dos partidos políticos. Sob a óptica da ciência política, Carvalho (2007, p. 174) destaca que “o processo político pode ser descrito como judicializado quando houver possibilidade de censura constitucional futura ou quando uma decisão baseada na jurisprudência altera os resultados legislativos”. Mais ainda, Taylor e Da Ros (2008) encontraram três usos diferentes das ADI’s no STF pelos diferentes proponentes do âmbito político: a) o uso da judicialização como tática de oposição a determinadas leis; b) a utilização como forma de resolução e administração de interesses e preferências em conflito; e, c) de modo mais tênue, o uso do STF como instrumento de governo. Neste último, embora o achado tenha sido mais embrionário, destaca-se que o uso da judicialização política pelos Executivos aparece como forma de acionamento “da instituição máxima do Poder Judiciário para que esta implemente ou se pronuncie de forma favorável a políticas públicas de interesse do próprio governo”. (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 842). Os autores também destacam que o uso da judicialização constitucional pelos vários atores varia a partir do teor das políticas públicas adotadas e do ambiente ideológico-conjuntural no qual se estabelecem as relações de forças entre os diversos protagonistas políticos, o que é permeado por uma estratégia ampla de utilização do acionamento da corte constitucional pelos opositores do governo e pela relevância das referidas políticas públicas

STF, especialmente, no que tange à percepção da comunidade e das forças políticas sobre as decisões tomadas pela corte (MELLO, 2015). A realidade social e a concretude das demandas coletivas da sociedade não são elementos apartados do Judiciário; em verdade, expressam o ideário político e as preferências sociais que gravitam em torno da órbita decisória (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013). Assim, os movimentos sociais tornam-se válvulas de matização das decisões tomadas pelo STF.

Em compasso, a opinião pública¹⁸⁸ surge como outra forma participativa no STF. Verifica-se que, em algumas circunstâncias, serve como forma de sensibilizar a corte para as preferências da sociedade (BARROSO, 2010). Assim, torna-se possível um referenciamento central dos ministros ao atuarem na direção das preferências da opinião popular. A opinião pública funcionaliza-se, então, como mecanismo extrajudicial de participação construtiva nas decisões da corte¹⁸⁹.

Ao tratar da opinião pública, Mello (2015) pontua que a imprensa serve de instrumento intermediário entre o STF e a sociedade. Enquanto recurso de disseminação de informação, seja como mecanismo de formação de um ideário imaginativo e opinativo da sociedade, a mídia

em determinado momento e contexto. É neste mesmo sentido que Barroso (2010, p. 9) aponta, em última análise, para a existência de um movimento político em torno do STF que decorre, significativamente, em razão da constitucionalização, por meio da qual retira-se um tema do debate político e o traz para “o universo das pretensões judicializáveis”. A respeito disso, Vieira (2008, p. 446-447) é categórico em relacionar o acionamento político do STF com as características materiais do texto constitucional, afirmando pela existência de um “*ethos* ambicioso da Constituição de 1988”, que produziu “uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”. Posto isso, vale pontuar que, aqui, não se reduz os fenômenos da constitucionalização e da judicialização da política como uma forma de participação popular na construção decisória do STF. Para bem da verdade, servem mais a outros interesses, apresentando-se como faculdade e instrumento estratégicos para a realização de preferências das instâncias políticas. No entanto, seja como for, de alguma maneira, estes elementos podem compor o cenário participativo do STF. Isso porque, por meio da judicialização dos direitos constitucionalizados possibilita-se que as diversas preferências – inclusive, aquelas diretamente expressivas da vontade popular –, sejam funcionalizadas junto à corte brasileira, podendo influenciar diretamente ou, ao menos, matizar mediatamente as controvérsias decididas pela corte brasileira. Sobre a judicialização da política, cf. item 3.1; e, notas de rodapé nº. 91 e 92.

¹⁸⁸ Häberle (1997, p. 22, grifo do autor) procura fazer um catálogo sistemático dos atores e meios por meio dos quais a opinião pública funciona como estimuladora do processo de interpretação constitucional, incluindo um amplo rol: “*media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas das comunidades, os pedagogos, as associações de pais”.

¹⁸⁹ Mello (2015) anota um relevante papel da opinião pública, sobretudo, em casos de grande repercussão. Segundo a autora, a opinião popular pode provocar um comportamento estratégico dos ministros do STF, de modo que os leve a moderar seus entendimentos, visando evitar ou diminuir reações negativas da sociedade. Barroso (2010, p. 34), por sua vez, faz um destaque importante sobre a relação judicial com a opinião pública, ao defender que o alinhamento incontinente do Judiciário à opinião popular degenera-se na submissão do primeiro à última, quando pode haver o que o autor denomina de “populismo judicial”, razão pela qual impõe-se que o “mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública.”.

pode funcionalizar à influência da corte constitucional. Isso porque, produz e reproduz contextualidades capazes de impactar a elaboração decisória do STF, alocando interesses e preferências, de alguma maneira, permeadas no debate da coletividade. Assim, a mídia também se torna uma forma participativa no controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, pode-se citar a representação de interesses como mecanismo importante de participação popular no controle de constitucionalidade. Para Mancuso e Gozzeto (2018, p. 49) verifica-se essa possibilidade quando “representantes de segmentos sociais atuam para instruir deliberações judiciais”. Por meio da vocalização de preferências sobre determinadas controvérsias, pretende-se influenciar e, até mesmo, sensibilizar os julgadores para pontos de vistas dos representados, a partir de um espaço de interlocução com o STF¹⁹⁰.

Outro relevante mecanismo participativo no STF trata-se do *amicus curiae*. Conforme Mendes e Branco (2020, p. 1359-1360), esta espécie de intervenção de terceiros “confere caráter pluralista de democrático” ao controle de constitucionalidade, por permitir que o *amicus curiae* contribua relevantemente com a matéria julgada, ventilando “novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição”. O *amicus curiae* permite maior representatividade para as questões que são decididas pelo STF.

Ao comentar sobre a abertura constitucional, Binenbojm (2014, p. 162) destaca que o *amicus curiae* permite “que os indivíduos e grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal que afetem seus interesses”. De modo contíguo, também possibilita o pleno conhecimento, pelo tribunal, sobre todas as implicações e repercussões das questões judicializadas. Por tais razões, então, o *amicus curiae* torna possível que as preferências e posições da sociedade possam ser em consideradas na construção decisória pelo STF¹⁹¹.

¹⁹⁰ Reconhece-se as limitações participativas da representação de interesses, tal como fazem Gargarella (2016) e Mancuso e Gozzeto (2018). Afora a possibilidade de culminar em ilicitude – quando nem se cogita desta forma como um mecanismo participativo, eis que sequer guarda os valores republicano-democráticos –, por certo, existem limitações estruturais e, significativamente, outras econômicas que proporcionam cenários exíguos para que se viabilize a diversidade de interesses representados no STF. Com isso, há uma limitação da capacidade de participação, ante o desequilíbrio de recursos financeiros e políticos. Como o objeto desta seção versa sobre uma pretensão meramente descritiva, não se avança na discussão sobre o aspecto qualitativo desta forma participativa. Contudo, faz-se a ressalva da complexidade do tema, sendo importante anotar a possibilidade de que a representação de interesses proporcione “contribuições positivas para os tomadores de decisão, para a opinião pública, para o interesse dos representados e para o sistema político como um todo.” (MANCUSO; GOZZETTO, 2018, p. 91).

¹⁹¹ Inobstante o *amicus curiae* possa ser entendido como um mecanismo de participação no controle de constitucionalidade, Godoy (2021) apresenta uma crítica relevante, que pode levar ao questionamento sobre a real penetralidade popular do *amicus curiae*, com destaque, a irrecorribilidade da decisão que inadmite o respectivo ingresso em determinada demanda. O autor explora o entendimento consolidado no STF sobre a impossibilidade de desafio recursal da decisão monocrática de inadmissão de um postulante a *amicus curiae*. Segundo Godoy (2021, p. 22) essa impossibilidade cria uma limitação dos “princípios constitucionais básicos que deveriam informar uma jurisdição constitucional aberta, plural e democrática e a atuação do próprio

Dando seguimento ao proposto, as audiências públicas surgem como outra forma de participação popular no controle de constitucionalidade. Carvalho (2010) também as insere como um aspecto inovador da abertura constitucional. De acordo com Silva (2021), as audiências públicas possuem funcionalidades semelhantes às atribuídas ao *amicus curiae*, possibilitando que expertises diversas da concretude material possam compor a formação decisória. O STF torna-se instituição interlocutora com pontos de vistas trazidos por especialistas de determinadas matérias julgadas.

Neste sentido, especificamente ao tratarem do *amicus curiae* e das audiências públicas, Clève e Lorenzetto (2015) destacam que referidos instrumentos sintonizam-se com a preocupação acerca da legitimação democrática do controle de constitucionalidade. Binenbojm (2014, p. 167) também situa ambos institutos como elementos componentes de um movimento dialógico do tribunal com a sociedade, servindo ao próprio cidadão que, “destinatário último da decisão, seja informado das posições e argumentos de todos os envolvidos na questão”. Vale destacar que estas duas formas participativas permitem maior concretude às decisões, representando um ganho qualitativo no aperfeiçoamento substantivo do conteúdo decisório do tribunal.

Posto isso, vale dizer que existe uma certa fungibilidade entre as formas de participação no STF, o que é inato à própria complexidade da sociedade e do povo (HÄBERLE, 1997). De toda maneira, inobstante a exploração das formas de participação no controle de constitucionalidade, não se pode perder de vista que elas não encerram a legitimação decisória do STF¹⁹². Isto é, a legitimidade da corte constitucional brasileira não é condicionada à participação popular. A premissa que ora se assume é a de que a participação pode otimizar a legitimação dos tribunais, especialmente, por contribuir para a superação da resistência à colegialidade, traço marcante do STF, como já exposto¹⁹³.

Supremo” (Godoy p. 22). Mais ainda, tomando as perspectivas de Silva (2009) e Arguelhes e Ribeiro (2018), nota-se mais um traço da natureza pouco deliberativa da corte, com o fortalecimento do solipsismo judicial. Pode-se dizer, em poucas palavras, que o STF passa a “ouvir quem quiser”. Parece nítido que, sob esta perspectiva, reduz-se drasticamente o caráter participativo, eis que, no ideal aqui adotado (cf. item 2.1.2), a participação popular, embora possível de mediação, não se limita em escolhas feitas por agentes institucionais, no caso, os relatores dos processos na corte. Ademais, Mancuso e Gozetto (2018) reconhecem no *amicus curiae* uma espécie de representação de interesses no STF, apontando para limitações inatas no modo de funcionamento do instituto na corte.

¹⁹² A esta altura é importante repontuar que não condicionamos a legitimidade do Supremo Tribunal Federal à participação popular. O fio condutor desta pesquisa é a possibilidade de maximização da legitimidade institucional do STF. Em outras palavras, seguimos o mesmo entendimento de Beçak (2008, p. 334), para o qual “não estamos a dizer, por claro, que falte legitimidade a nosso Judiciário.²⁶ É meramente um refletir sobre o real valor da democracia, enquanto fator necessário ao desenvolvimento da atividade política”. A autoridade e a legitimação do STF advêm da própria Constituição. Este mesmo entendimento é esposado Miranda (2008) (cf. item 3.3.3), do qual não se afasta; em verdade, toma-o como ponto de partida.

¹⁹³ Para a análise do caráter democrático do STF, cf. item 4.1.

Eventual reducionismo condicionado desconsidera a força normativa do texto constitucional, o qual garante a revisão constitucional como pedra angular do funcionamento do Estado Democrático de Direito (SILVA, 2015). Mais ainda, reconhece-se que categorizar o STF como democraticamente mais legítimo tão só pela existência de mecanismos de participação popular é passível de discussão, como pontuado por Silva (2021). Isto é, a legitimação não é automática ou incontinente aos mecanismo participativos, como arrematado por Silva e Pessoa (2017, p. 616):

Como foi dito, não se pode defender uma irrefletida legitimação democrática apenas diante da existência de instrumentos de abertura do debate em sede de processos de controle de constitucionalidade no STF. [...] Os instrumentos de abertura argumentativa, na jurisdição constitucional, ainda necessitam evoluir muito para que se possa falar em uma participação comunitária.

Seja como for, na pretensão que ora se avança, as audiências públicas aparecem como um dos mecanismos que mais se aproxima do ideal legitimador da participação popular no controle de constitucionalidade¹⁹⁴. Embora não seja reserva de participatividade, sequer de legitimidade decisória, torna-se marco visível de atuação popular no STF. Ocorre que, ao proporcionar um ambiente coletivo de troca de razões sobre as controvérsias judicializadas, viabilizada por meio da discussão pública, são importantes ferramentas de legitimação. Na abordagem delas é com o que ora se ocupa.

4.3.1 As audiências públicas no controle de constitucionalidade

Partindo do pressuposto de abertura da interpretação constitucional, Häberle (1997) destaca a participação de grupos, peritos e representantes no processo constitucional. O autor entende-os como partes do catálogo de intérpretes constitucionais, formando um espaço público de discussão concreta das controvérsias judicializadas. Para além de vocalizarem as demandas nos processos, a atuação desses atores possibilita debates e discussões sobre os temas enfrentados pelas cortes constitucionais.

¹⁹⁴ Importante registrar que não se faz nenhuma preterição às demais formas participativas em deferência à audiência pública. Há um encadeamento do marco teórico aqui utilizado (ARENDRT, 2001; BARACHO, 1986; BEÇAK, 2014; BONAVIDES, 2015; DIAS, 2011; DIZ e CALDAS, 2016), que posiciona as audiências públicas como relevante instrumento de participação popular no controle de constitucionalidade, com o que se ocupará. De toda forma, importante anotar que, se cumpre com o objetivo de ampliar a legitimidade institucional por meio do debate coletivo, o mecanismo participativo – também aqueles não examinados – devem ser reconhecidos como potenciais otimizadores democráticos da interpretação constitucional.

É seguindo o mesmo entendimento que Gargarella (2016, p. 71) categoriza as audiências públicas como “instâncias típicas de decisionismo judicial, ainda que abertas, previamente, ao reconhecimento de vozes antes não escutadas”. Possibilita-se, então, a permeabilidade popular do processo decisório constitucional, a fim de formar uma decisão judicial mais dialogada; em verdade, uma escolha judicial com otimização interlocutória.

Ao tratar da realidade brasileira, Bienjebom (2014, p. 135) considera que as audiências públicas foram um “passo significativo na caminhada pela democratização do processo constitucional brasileiro”. Nota-se, então, a associação desse mecanismo ao movimento de abertura do controle de constitucionalidade, previsto constitucionalmente e realizado pelo STF. De uma óptica mais pragmática, Kozicki e Araújo (2015) realçam a importância das audiências públicas para o auxílio no esclarecimento de controvérsias técnicas, possibilitada pela interlocução de sujeitos que não estejam diretamente envolvidos no processo.

Assim, por meio das audiências públicas, as cortes constitucionais tornam-se receptoras de manifestações coordenadas e coletivas da sociedade (SILVA, 2015), não raras vezes, veiculadas por entidades representativas de determinado seguimento social; e, expressando os interesses contraditórios correlatamente envolvidos na lide.

A propósito, as audiências públicas tornam possível que a sociedade civil possa compor o processo de tomada de decisão do STF. Por representarem as preferências sociais em conflito, conforme o entendimento de Bresser-Pereira (1995), ampliam o grau de legitimidade decisória, na medida em que viabilizam a discussão das diferenças políticas num foro judicial de decisão.

Neste sentido, aproximando-se das ideias de Gaspardo e Andrade (2018), destaca-se que a sociedade civil organizada torna-se um relevante *locus* vocalizador das diferentes e contraditórias opiniões da comunidade política, então conviventes num mesmo desenho institucional dialético¹⁹⁵. A auscultação dos debates coletivos dos cidadãos pelas instituições possibilita uma maior legitimação decisória (DIAS, 2011). É por isso que surge a importância – ou, numa ênfase, a maior relevância – das audiências públicas como instrumentos de ampliação da legitimidade das decisões do STF no controle de constitucionalidade

A partir da perspectiva de Arendt (2001), se o poder deriva da ação coletiva dos cidadãos¹⁹⁶, na medida em que as audiências públicas possibilitam a vocalização de ideias e debates comuns, tornam-se espaços genuínos de expressão do poder democrático. De tal maneira, referidas ferramentas tornam-se típicos meios de participação popular, já que possibilitam a livre discussão entre os envolvidos (BEÇAK, 2014; SEN, 2010). Mais ainda,

¹⁹⁵ Para a ideia de dialeticidade percorrida ao longo desta pesquisa, cf. nota de rodapé nº. 52.

¹⁹⁶ Importante fazer presente a concepção de legitimidade condutora desta pesquisa, para a qual cf. item 2.2.2.

contribuem, sobretudo, para a ampliação participativa no STF, já que marcado por um perfil não colegiado.

Isso porque, se o STF é instituição marcada pelo individualismo decisório, o que traz prejuízo à legitimidade do tribunal (GODOY, 2021; SILVA, 2009), o debate coletivo viabilizado pelas audiências públicas – mediante as trocas de razões com a sociedade –, pode oxigenar a realização das escolhas político-normativas pela corte. Em verdade, o debate suscitado pelas audiências públicas – coletivo, propositivo e participativo –, contrapõe-se ao solipsismo do STF.

A propósito, o desenvolvimento de discussões nos moldes referidos torna-se fonte e fundamento de legitimidade da autoridade estatal (GASPARDO; ANDRADE, 2018). Via de consequência, potencialmente, os debates convertem-se em instrumentos legitimadores das decisões tomadas com base nos respectivos interesses vocalizados. As audiências públicas são foros para o agir conjunto dos cidadãos, no que reside a legitimidade da autoridade estatal (ARENDDT, 2001).

Justamente por isso, Silva (2021) reconhece que as audiências públicas contribuem para a legitimação do STF. O autor pontua, inclusive, que no próprio tribunal existe essa mesma percepção, ainda que exclusivamente retórica, de aumento da legitimidade perante a sociedade ao possibilitar-se a vocalização de interesses por meio das audiências¹⁹⁷. Portanto, tem-se que as audiências públicas são relevantes mecanismos para a otimização democrática do STF.

No entanto, vale pontuar que existem algumas objeções e ressalvas sobre as audiências públicas¹⁹⁸, até mesmo críticas sobre o modo de funcionamento¹⁹⁹. Silva (2021) faz a síntese de algumas críticas à realização das audiências públicas, especialmente, em relação ao procedimento, tais quais: a) a discricionariedade dos ministros na escolha dos participantes, com o uso de critérios nem sempre transparentes; b) a ausência de debate efetivo, reduzindo-as

¹⁹⁷ Exemplo desta perspectiva interna no tribunal é o despacho convocatório da audiência pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510, do qual consta os seguintes dizeres, de lavra do Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2008, n. p.): “além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte”.

¹⁹⁸ Até porque não é objeto desta pesquisa, não se pretende exaurir todas possíveis limitações e críticas às audiências públicas, tampouco rebatê-las. Aqui – inclusive, porque adota-se uma concepção dialética de investigação (cf. nota de rodapé nº. 52) – apresenta-se pontos de entrave tão só para permitir um debate em torno das audiências públicas como mecanismos de legitimação decisória do STF.

¹⁹⁹ Na esteira de críticas, Gargarella (2016) destaca o significativo espaço de discricionariedade do Judiciário no cotejo dos pedidos de participação no processo decisório judicial. Essa mesma questão é apresentada por Godoy (20) ao tratar do *amicus curiae* (cf. nota de rodapé nº. 191).

a uma sequência de exposições; e, c) a restrição de participação dos ministros, de modo que poucos fazem-se presentes, restringindo-se à participação do relator²⁰⁰.

Inobstante as críticas, tem-se que as audiências públicas são espaços de construção coletiva e compartilhada das decisões do STF, com significativos contributos para a legitimidade do tribunal. Pontua-se que também existem algumas limitações, com o que se ocupará ao final do tópico seguinte. Por ora, neste momento, faz-se importante avançar sobre as audiências públicas já realizadas no STF para melhor posicionar esta forma de legitimação do tribunal.

4.3.2 Análise das audiências públicas no STF

As audiências públicas no controle de constitucionalidade foram introduzidas por duas legislações: as leis nº 9.868, de 10 de novembro de 1999; e, nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999²⁰¹ (BRASIL, 1999a; 1999b). Referidas normas previram a possibilidade de que o relator pudesse convocar os instrumentos participativos para ouvir experts e autoridades nas matérias controvertidas. A disposição normativa ocorreu em paralelo ao progresso de sistematização procedimental das ações de controle concentrado de constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2020).

No entanto, inobstante a previsão nas normas, a primeira audiência pública fora acontecer apenas em 2008. Ao analisar as disposições legais das audiências públicas e as primeiras já realizadas, Binenbojm (2014) destaca que a convocação ocorreu em processos cujas controvérsias eram marcadas por matérias de saliência importante, as quais provocam questionamentos e entendimentos múltiplos. Desta forma, pode-se afirmar que as audiências públicas surgem como possibilidade de debate de significativos desacordos na sociedade, representando os dissensos sociais.

Ao examinar as audiências públicas realizadas no STF, desde 1999²⁰² até junho de 2023, há o registro de 38 convocadas e realizadas. De todos os temas controvertidos nas audiências,

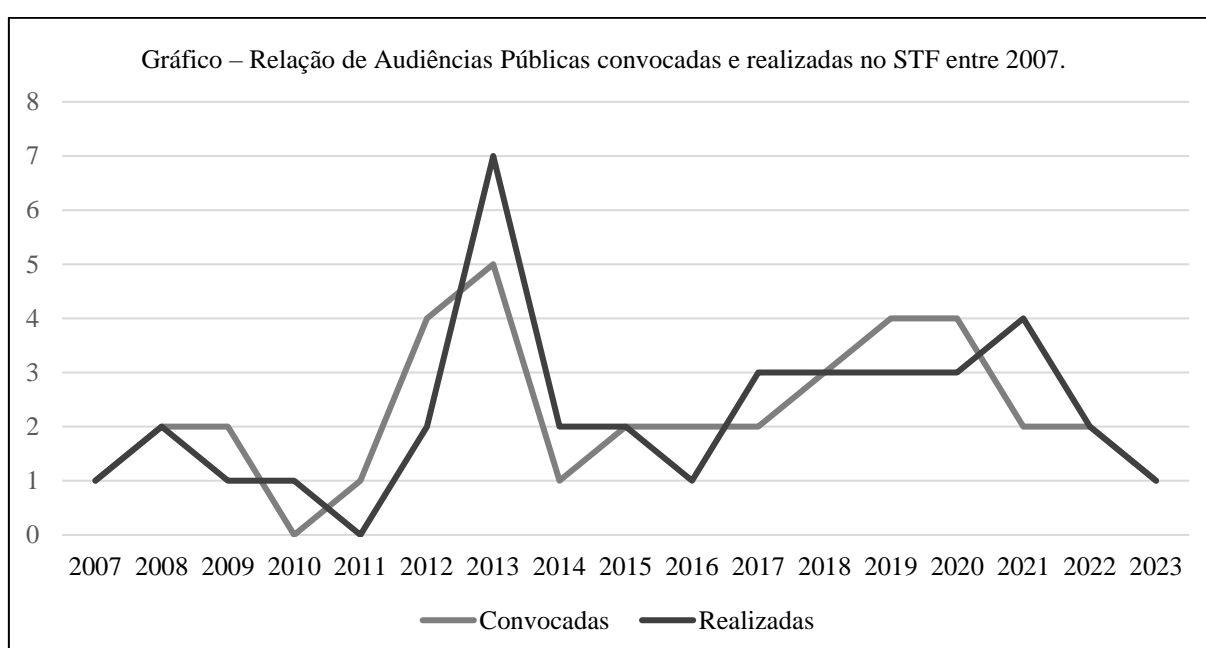
²⁰⁰ Neste ponto, sobre a participação exclusiva do relator nas audiências, existem discussões sobre a importância processual desta figura e sua relevância para a definição do desfecho das lides. Essa perspectiva será abordada mais adiante.

²⁰¹ Previsão muito semelhante às disposições das referidas normas foram acrescentadas no Regimento Interno do STF, por meio da Emenda Regimental nº. 29 (BRASIL, 2009).

²⁰² Fixa-se referida data tendo como marco a promulgação das leis nº. 9.868; e, nº. 9.882 (BRASIL, 1999a; 1999b), quando houve a disciplina normativa da matéria.

em apenas 14 já houve o julgamento das controvérsias envolvidas²⁰³ com o respectivo trânsito em julgado dos feitos respectivos²⁰⁴.

Conforme o gráfico abaixo, a primeira audiência pública fora convocada e realizada apenas em 2007. No período analisado – ressalvado o ano de 2023 que não encerrou até o fechamento da coleta de dados –, em 2010 e 2011 houveram os menores números de convocação e realização de audiências públicas. Ao contrário, 2013 foi o ano no qual se verificou o maior registro, podendo ser considerado um pico ao longo do tempo. O STF tem uma média de 2,2 audiências públicas convocadas e realizadas por ano.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Dos resultados quantitativos, é possível inferir que, mesmo após a previsão legislativa, o STF aguardou por mais de sete anos para convocar a primeira audiência pública. Além disso, a média de audiências realizadas não é representativa, sendo quase uma por semestre, desde a primeira. Pode-se afirmar, então, para a existência de uma certa resistência da corte na

²⁰³ Vale destacar que, não raras vezes, uma mesma audiência pública abrange mais de um processo, conforme o apêndice ao final deste trabalho. É por isso que se aponta para a existência de mais de um feito processual para um mesmo tema discutido em audiência pública. Igualmente, um mesmo julgamento pode abranger mais de uma ação ajuizada no STF.

²⁰⁴ Seguindo o entendimento de Theodoro Júnior (2016, p. 1096), consideram-se com trânsito em julgado os processos ou feitos, nos quais houve a entrega da prestação jurisdicional pelo STF, caracterizada pela prolação da última decisão definitiva, aquela que “irá revestir-se da indiscutibilidade da coisa julgada”, isto é, a situação processual em que foram esgotadas todas as etapas recursais.

realização das audiências públicas, o que poderia representar, até mesmo, um sintoma da recrudescência institucional à abertura democrática da corte (ARGUELHES, 2022).

Além disso, importante examinar se os argumentos trazidos nas audiências públicas são considerados pelos ministros no julgamento dos casos²⁰⁵. Para tanto, aqui, restringe-se a análise aos acórdãos do grupo de casos nos quais já houve o trânsito em julgado da decisão definitiva de mérito²⁰⁶, analisando os votos e as intervenções orais em debates pelos julgadores. Igualmente, considerando o objeto desta pesquisa²⁰⁷, limita-se ao exame apenas das audiências públicas que envolveram ações do controle concentrado de constitucionalidade²⁰⁸. Assim, são analisados as decisões dos processos de 14 audiências públicas da totalidade.

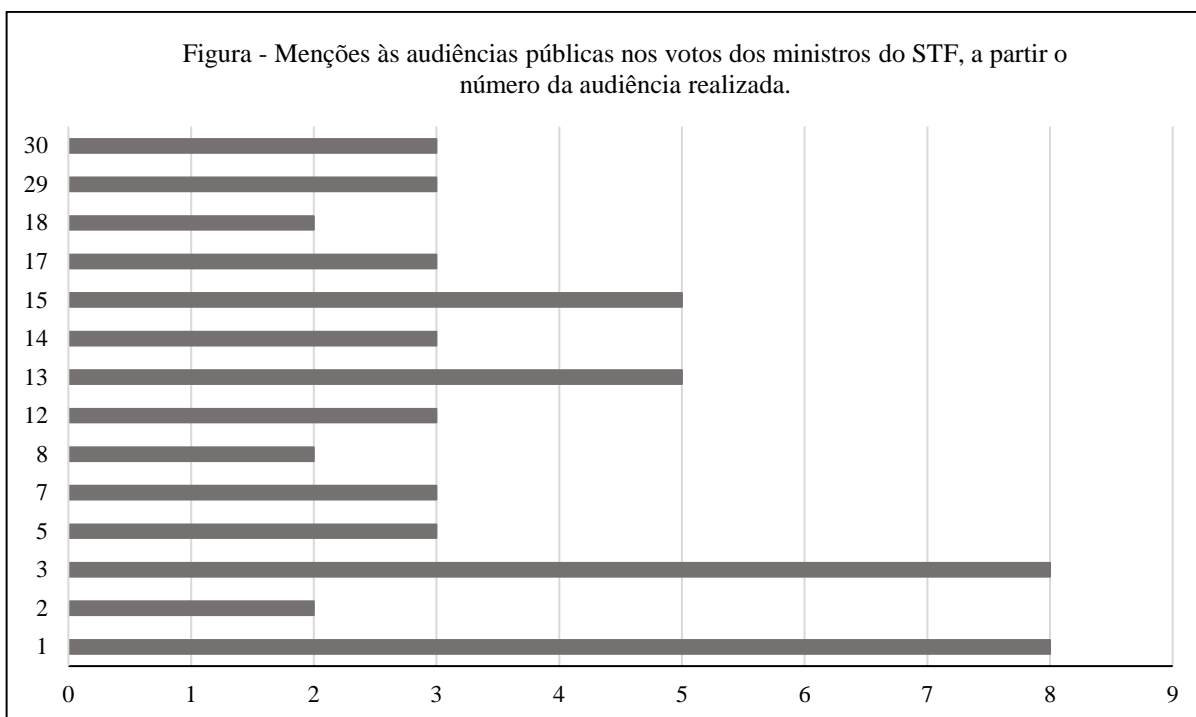
A figura abaixo traça a relação entre o número de cada audiência pública realizada – dentre aquelas havidas nos casos que preenchem os critérios de seleção aqui usado –, e a quantidade de vezes em que os ministros mencionaram, expressamente, nos votos e nas intervenções realizados, os argumentos trazidos pelos participantes nas audiências públicas.

²⁰⁵ Como forma mensurável da consideração argumentativa das audiências públicas, adotou-se como critério a menção expressa à audiência ou aos respectivos participantes. Como se abordará, sabe-se, no entanto, que existem limitações nesse pressuposto, especialmente, em relação à subjetividade dos ministros na tomada de decisões. A subjetividade é elemento extra-normativo relevante que modifica a resposta decisória dos sujeitos, tal como colocado por Nojiri (2021, p. 35): “as intuições e as emoções desempenham um importante papel na formação de nossos ideais, valores e noções de justiça”. De tal forma, esse aspecto relativiza e dificulta a medição da real influência das audiências públicas, o que também é colocado por Silva (2021). No entanto, o resultado a partir do ponto de partida de leitura permite, ao menos, ser possível identificar uma postura, ainda que no discurso do STF, de abertura decisória da corte ao debate público e coletivo com os participantes das audiências públicas.

²⁰⁶ Adota-se este critério porque a peça processual analisada foi o acórdão de julgamento transitado em julgado (cf. as notas de rodapé nº. 203 e nº. 204). Quando na pendência recursal, mesmo de embargos declaratórios, existe hipotética possibilidade de alteração da decisão, quando poder-se-ia modificar o resultado da análise feita. Neste grupo não se incluem aqueles processos em que houve decisão terminativa, tal qual, aquela que não resolve a controvérsia do feito, com efeitos internos na relação processual; mas, tão somente, aqueles casos em que o pronunciamento final da lide produziu efeitos materiais, criando novas situações jurídicas, tudo seguindo a classificação de Theodoro Júnior (2016). Este último critério justifica-se em virtude da ausência de discussão material na decisão terminativa, inclusive, a inexistência dos argumentos trazidos nas audiências, quando deixa de servir ao objetivo da análise.

²⁰⁷ Para remissão ao objeto pesquisado, cf. item 2.3.2.

²⁰⁸ Na hipótese de uma mesma audiência pública dizer respeito a mais de um processo e, sendo eles de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, o feito foi incluído na análise, seguindo o critério de existência de ao menos um processo relativo ao objeto desta pesquisa.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Como se observa, com exceção dos processos relacionados às audiências públicas n.º. 1 e n.º. 3; e, com menos frequência, nos casos relativos às audiências públicas de numeração 13 e 15, não são todos os julgadores que referenciam, expressamente, os argumentos apresentados nas audiências públicas. Por isso, pode-se dizer, ao menos, que não há um esforço decisório dos ministros em justificar, de modo expreso, seus votos com base nos argumentos expostos pelos participantes. No entanto, não se pode afirmar que a não identificação expressa dos argumentos das audiências públicas implique nenhuma consideração pelos ministros.

Embora a constatação revele um aparente déficit de aproveitamento argumentativo expreso dos ministros, não impõe a total desconsideração dos argumentos das audiências públicas. Se não bastasse a possibilidade de influência mediata dos julgadores pelos participantes e pelos diversos argumentos ventilados e debatidos na formação decisória (NOJIRI, 2021), os relatores – os mesmos que convocam as audiências públicas, inclusive, presidindo-as e instruindo os feitos em julgamento –, possuem significativa importância na condução da decisão final tomada pela corte (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016).

Neste sentido, em todos os julgamentos, o relator do processo – quer seja na parte do relatório do voto, como na fundamentação decisória e, com menos incidência, durante os debates – mencionou ou considerou, enfaticamente, os argumentos trazidos pelos participantes nas audiências públicas. Em alguns casos, os relatores fizeram índices, quadros e sínteses com

as contribuições dos participantes das audiências públicas. Esse registro é relevante, justamente, em razão da determinância do voto do ministro relator para o desfecho decisório da lide.

Ao analisarem a figura do ministro relator dos casos no Supremo Tribunal Federal, Almeida e Bogossian (2016) observaram a referência, reiterada, ao voto prolatado pelos relatores como sínteses argumentativas das decisões tomadas pelas corte. Isto é, o entendimento da colegialidade encaminhou-se para os mesmos termos de votação do relator do processo. Assim, nas razões decisórias do relator residiriam os motivos definidores da solução das controvérsias. Neste cenário, referido ministro torna-se o pivô central de definição do desfecho da lide e a referência argumentativa que influencia a tomada de decisão pelos demais julgadores²⁰⁹.

A partir desta perspectiva, identifica-se, então, um discurso interno no STF, derivado de uma autocompreensão do tribunal, que remete as razões decisórias da corte aos motivos e fundamentos expressos pelo relator do processo (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016). Sobremaneira, essa figura adquire um contributo significativo na solução da controvérsia, tornando-se um agente receptor-influenciador dos argumentos dos participantes das audiências públicas²¹⁰. O ministro relator, então, vocaliza para o plenário as contribuições participativas, o que também acaba por determinar o modo de leitura do feito²¹¹. Partindo desse pressuposto, como, nos achados desta pesquisa, as argumentações nas audiências públicas foram substancialmente consideradas pelos relatores, assim, incorporam-se às decisões finais da colegialidade STF.

Posto isso, encaminhando-se para o fim desta análise, é importante considerar algumas limitações das audiências públicas. Vale questionar a influência dos argumentos dos

²⁰⁹ Os autores (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p. 294) destacam que tal conclusão reforça a crítica que se faz sobre a ausência de coletividade nas decisões tomadas pelo STF, na medida em que “o plenário apenas se manifesta ratificando um voto previamente formado individualmente por um dos membros. Por isso, os benefícios da deliberação e da busca pelo consenso não são obtidos.”

²¹⁰ Se o relator torna-se figura importante para a definição do desfecho da lide, já que suas razões e motivações decisórias conduzem às decisões finais do processo (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016), seu papel adquire maior relevo quanto à auscultação da participação popular nas audiências públicas. Isso porque, se os argumentos trazidos forem considerados pelo ministro relator, já que este influencia a formação da decisão final, a consideração pelo primeiro impõe, igualmente, a auscultação argumentativa por toda a corte. Portanto, mesmo que mediatamente e por reflexo, a participação popular nas audiências públicas influencia o desfecho da controvérsia. Vale dizer, ainda, que esta perspectiva flexibiliza e contrapõem-se à crítica feita por Silva (2021), de que a participação exclusiva do relator nas sessões das audiências públicas implicaria deficiência de permeabilidade participativa em toda a corte (cf. item 4.3.1). Isso porque, o relator torna-se porta de entrada e pivô de irrigação dos argumentos dos participantes.

²¹¹ Como coloca Mello (2015), existem concepções e juízos subjetivos diversos – alguns próprios dos integrantes do STF, formados pelo *background* que possuem; como, outros externos, a partir das experimentações específicas de cada sujeito – que, em alguma medida, podem contribuir para a formação do convencimento dos julgadores. Tais pontos de vistas influenciam a definição final das controvérsias julgadas. Sob esta óptica, então, os argumentos trazidos em audiências podem intervir na tomada de decisões dos relatores no STF, eis que forma de experimentação argumentativa pelos ministros relatores.

participantes na formação do convencimento dos julgadores, mesmo dos relatores. Neste ponto, relevante a dimensão psíquico-individual na construção da decisão judicial²¹². Isso porque, como destaca Nojiri (2021), existem aspectos subjetivos que determinam o processo decisório, de modo que as escolhas seriam feitas por razões não explícitas ou, até mesmo, a partir de convencimentos intrínsecos ao julgador.

Assim, como explica Mello (2015), as motivações decisórias tornam-se produtos de percepções e reflexões já pré-concebidas, tão subjetivamente inatas aos ministros, que passam a condicionar uma decisão, mesmo antes da fundamentação jurídica pelos magistrados. Nesta lógica, “a decisão do caso precede o direito, e não o contrário” (NOJIRI, 2021, p. 35). Ou seja, primeiro o julgador decide para, depois, estabelecer os fundamentos que embasam o pronunciamento judicial.

Sob esta perspectiva, passível de questionamentos a real penetrabilidade ou a factual influência dos argumentos das audiências públicas para a formação do convencimento dos ministros. Na medida em que as decisões seriam resultados muito mais das subjetividades dos julgadores, limita-se, até mesmo, a medição da capacidade das audiências públicas de influenciar. Isso porque, haveriam condicionantes intangíveis que serviriam para a solução da lide, ao invés da consideração dos argumentos apresentados pelos participantes.

Para além disso, as audiências públicas também encontram limitações em relação aos participantes. Se, de um lado, são deliberadamente escolhidos pelos relatores dos processos (KOZICKI; ARAÚJO, 2015), também existe um desequilíbrio nas oportunidades de participação dos debates, marcadamente, de limitadas capacidades de organização e de arrematação financeira²¹³ (MANCUSO; GOZETTO, 2018). A combinação desses dois elementos pode impedir o devido papel democratizante das audiências públicas. Ao contrário

²¹² Neste sentido, Mello (2015) destaca a importância da formação identitária dos seres humanos para a atribuição de significados aos contextos do mundo e da vida. Isto é, a identidade do sujeito é fruto de um processo progressivo e acumulativo de desenvolvimento do próprio indivíduo. Assim, este esquema cognitivo traz implicações para a forma de compreensão da realidade, tornando as escolhas judiciais dependentes de um sistema anterior de informações próprias e emocionais. Via de consequência, partindo da filosofia realista norte-americana, Nojiri (2021, p. 33) salienta que a decisão judicial tem alguma medida da subjetividade do julgador, já que “julgar casos não é exatamente se valer de deduções”; em verdade, envolve pelo menos um componente emocional, a intuição (*hunch*).

²¹³ Ao tratarem especificamente da representação de interesses, Mancuso e Gozetto (2018, p. 96) apontam possíveis soluções, as quais serviriam, *mutatis mutandis*, também para solucionar os dilemas relativos às audiências públicas: “esse desequilíbrio poderia ser contrabalançado de duas maneiras: de um lado, por meio da atuação de empreendedores políticos dispostos a assumir, por conta própria, a tarefa de organizar a defesa dos Interesses com dificuldade de ação coletiva - por exemplo, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec). De outro lado, por meio da atuação do próprio poder público, com vistas a (1) patrocinar a organização de segmentos sociais desmobilizados; (2) facilitar o acesso de segmentos marginalizados às instâncias decisórias; ou (3) decidir levar em conta os interesses de todas as partes envolvidas em um processo decisório, mesmo quando essas partes estejam desigualmente organizadas e mobilizadas.”.

do possível prevalecimento de interesses restritos, o ideal das audiências públicas para os fins que se pretende é permitir um amplo e expansivo debate sobre as controvérsias judicializadas.

Ainda, vale repontuar que, muito embora possa parecer, não se afirma que a solução de legitimidade para o STF sejam as audiências públicas. Se, de um lado a realização de audiências públicas não condiciona a legitimidade das decisões do STF (SILVA; PESSOA, 2017); de outra perspectiva, torna-se processualmente – se não bastasse, também operacionalmente –, de inviável realização em todos os julgamentos no controle de constitucionalidade (GOMES, 2002).

Seja como for, seguindo o entendimento de Binbenbojm (2014, p. 179), afirma-se que as audiências públicas permitem ao STF “auscultar as convicções e interpretações da Constituição formuladas pelos magistrados do país e pelos diversos segmentos da cidadania.”. Isto é, de toda maneira, referidas limitações não excluem a possibilidade participativa proporcionada pelas audiências públicas, já que, potencialmente, transformam o tribunal num espaço de debates e discussões públicas (RAWLS, 1993).

É a partir desta possibilidade que as audiências podem contribuir para a permeabilidade da participação popular no controle de constitucionalidade; e, mais ainda, à abertura da corte brasileira, impondo uma ampliação democrática às escolhas feitas pelo STF.

Nesta perspectiva, encaminha-se para as possíveis soluções de otimização democrática do Supremo Tribunal Federal, com o que se encerra a pesquisa.

4.4 A participação popular como possível solução legitimadora ao STF: possibilidades e potencialidades

Partindo das ideias condutoras desta pesquisa, o fecho se encaminha para a discussão de possíveis soluções que diminuam o hiato entre o controle de constitucionalidade realizado pelo STF e a democracia. Não se pretende afastar ou radicalizar contra a atividade revisora da corte brasileira; senão, o avanço é para o aperfeiçoamento de possibilidades ampliativas da participação popular no controle de constitucionalidade (SILVA; PESSOA, 2017). Se estabelecidos numa mesma estrutura – o Estado Democrático de Direito –, a conciliação das diferenças do constitucionalismo com a democracia parece direção intermediária plausível.

E não é que o esforço possa parecer novidadeiro, eis que um impulso derivado da própria comunidade política há algum tempo. Ao observar a experiência estadunidense, Nejelski (1977) registra que, desde a década de 1960, já era possível verificar demandas por participatividade no Judiciário. Referidas reivindicações derivavam de um movimento voluntário, principiando

da própria sociedade, sendo observado de forma progressiva e crescente em direção à participação popular²¹⁴. Apesar da inerente tensão institucional e social entre o constitucionalismo e a democracia, as possíveis soluções encerram um arquétipo em que nem os cidadãos, tampouco os magistrados possuem definitividade absoluta (NEJELSKI, 1977).

No entanto, como todo processo transformativo, exige-se a modificação de uma concepção sobre a própria lógica democrático-normativa. Por isso, torna-se candente a necessidade de que a democracia possua novas significações, substancialmente, voltadas para o “incremento da participatividade como condição do seu efetivo permear pela sociedade” (BEÇAK, 2014, p. 83).

A partir do ideal de democracia como um processo evolutivo, é nesse mesmo compasso que o desenvolvimento do Estado acompanha o movimento de otimização democrática do controle de constitucionalidade. Mudanças estruturais envolvem atualizações das fundações sistêmicas do regime político, ressignificando os mesmos preceitos que o definem, tal como colocam Clève e Lorenzetto (2015, p. 203):

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas,⁶⁶ a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade.

O evoluir democrático impõe a conciliação do âmbito normativo com a política, da norma com a vivência social. As circunstâncias políticas tornam-se intrínsecas à interpretação constitucional, impondo que a comunidade política seja, em si mesma, refletida na decisão judicial. Portanto, a participação popular torna-se de necessária consideração no processo decisório do STF.

Neste sentido, ao analisarem o contexto estadunidense²¹⁵, Post e Siegel (2009, p. 27, tradução nossa), compuseram o termo “constitucionalismo democrático”, utilizando-o para

²¹⁴ De acordo com Nejelski (1977, p. 167, tradução nossa), a percepção do cidadão sobre a importância do Judiciário na vida da sociedade contribuiu para o aumento da demanda por participatividade. De tal maneira, “a participação popular não é, necessariamente, um fim em si mesmo”, mas uma forma de tornar os tribunais mais aderentes à comunidade política, o que concorre, ao final, para a ampliação do caráter justo dos julgamentos e ao aumento da responsividade decisória.

²¹⁵ Dantas e Fernandes (2019, p. 63) destacam que, inobstante Post e Siegel façam uma análise a partir do recorte norte-americano, existem identidades com o cenário brasileiro, também marcado pela “predominância de entendimentos juriscêntricos precursores de uma identificação (equivocada) entre supremacia judicial e supremacia da constituição, que se desdobra na própria atividade das cortes”.

caracterizar “o paradoxo de que a autoridade constitucional depende tanto de sua capacidade de resposta democrática quanto de sua legitimidade como norma.”. A forma de negociação do tensionamento das incompatibilidades entre o Estado de Direito e o autogoverno torna-se o critério de legitimação da democracia.

Os autores (POST; SIEGEL, 2009) destacam a expectativa dos cidadãos de que a Constituição tenha um aspecto normativo, marcando diferenciação das práticas políticas. A distinção recai na determinação do *locus* do Estado de Direito e de outro espaço que seria reservado para política. Estes locais diferentes podem acarretar divergências entre as opiniões da sociedade e as decisões das cortes constitucionais. No entanto, para os autores, referidas decisões são percebidas como elementos normativos, motivo pelo qual os cidadãos somente serão deferentes se puderem reservarem-se, futuramente, a possibilidades para reivindicar e influenciar a adequação decisória às preferências sociais.

São essas razões que justificariam reatividades populares quando a interpretação da Constituição for totalmente indiferente ao sentimento social (POST; SIEGEL, 2009). Se as decisões das cortes constitucionais não estiverem minimamente alinhadas às preferências dos cidadãos, serão consideradas opressivas e ilegítimas²¹⁶. De alguma maneira, neste modo de ver, a conformação social torna-se moduladora da legitimidade do controle de constitucionalidade.

A partir desta perspectiva, os tribunais constitucionais passam a ser compreendidos de modo diferente. Como colocam Dantas e Fernandes (2019, p. 71), as cortes, “assim como as demais instituições, movimentos sociais e o povo, são entendidas como partes distintas e interconectadas do sistema político no qual estão inseridas”. Existe, portanto, um ambiente partilhado de troca de razões para a construção da interpretação constitucional entre os diversos integrantes políticos.

Com isso, permite-se uma ampliação da participação dos cidadãos sobre a definição do conteúdo das normas constitucionais²¹⁷. Essa possibilidade seria ainda mais garantida quando

²¹⁶ Bolonha, Ganem, Zettel (2013) sublinham que mesmo diante da conformação da interpretação constitucional à opinião social, a integridade normativa do texto constitucional seria mantida.

²¹⁷ As observações de Gouvêa e Dantas (2019, p. 192-193) sobre o ideal de deliberação que permeia o constitucionalismo democrático são relevantes: “A deliberação coletiva possui atributos de comprometimento que independerá do processo legislativo constitucional. Isso ocorrerá porque a democracia não é simplesmente um processo de agregação de preferência ou de resolução de litígios, mas uma forma de organização social que valoriza o envolvimento das pessoas no processo de construção coletiva, criando sentidos que: ajudam a estabelecer os significantes constitucionais e suas importâncias; permitem o diálogo com as instituições democráticas e com os poderes constituídos; ampliam a capacidade de interpretação dos signos constitucionais; forjam os significados por meio dos quais os indivíduos e a comunidade possam expressar sua identidade e infundem questões práticas com significados simbólicos para que eles possam reivindicar valores por meio do qual se definem.”. Tal perspectiva associa-se diretamente ao conceito de democracia e à semântica da participação popular que permeia esta pesquisa (cf. item 2.1). Também se relaciona às conexões típicas do controle de constitucionalidade com a política (cf. item 3.2.). Neste último ponto porque, notadamente, se se

se tratar da aplicação de normas protetoras de direitos fundamentais ou daquelas marcadamente plurais e conceitualmente abertas (POST; SIEGEL, 2007)²¹⁸.

Em decorrência disso, normas destas naturezas encampam, significativamente, diferentes interpretações e desacordos numa democracia²¹⁹, impondo o engajamento e o debate dos cidadãos. Assim, permite-se que os vários atores constitucionais interajam e participem mutuamente na reivindicação do sentido constitucional que mais se aproxime de suas posições e interesses políticos (DANTAS; FERNANDES, 2019).

A possibilidade de discussão pública dos temas constitucionais abre espaço para a participação popular na construção do significado da Constituição. Nesta perspectiva, como destacam Gouvêa e Dantas (2019), a identidade constitucional é permeada pelos interesses diversos dos diferentes atores e instituições²²⁰, todos partes integrantes de um mesmo processo político-normativo.

Este arquétipo participativo proporciona que o cidadão esteja envolvido no debate constitucional, o que viabiliza-se por meio de disputas e reivindicações num ambiente público e legítimo de construção política. Cria-se, então, um espaço integrativo de interpretação da Constituição, funcionalizado pela participação dos cidadãos. Tal possibilidade oportuniza espaços argumentativos de compartilhamento de ideias, persuasão mútua, suscitação de divergências e alterações de compreensão – todas características genuinamente democráticas, possibilitadas pela participação popular (BEÇAK, 2014; GASPARDO; ANDRADE, 2018).

A participação popular – marcada por dissensos resultantes das heterogeneidade e pluralidade da comunidade política²²¹ – permite que as escolhas realizadas pelas instituições reverberem, em alguma medida, na própria sociedade. Essa possibilidade encontra tanto a

pretende um espaço amplamente deliberativo em que os dilemas constitucionais sejam coletivamente debatidos pelo povo, parece indeclinável assumir-se que esta relação imbricada propicie a auscultação popular pelas cortes constitucionais, as quais embora fóruns não majoritários para a realização da política, sejam funcionalizadas para tal. Destas diferentes ópticas, portanto, inexorável uma aproximação entre a interpretação da Constituição e a política; mais que isso, explícita essa concepção, por meio da qual a significação constitucional realiza-se permeada pelos interesses e preferências político-normativos da sociedade. Esta mesma noção é um pressuposto latente para Post e Siegel (2007), os quais propõem-se a contrapor um modelo enraizado de separação político-normativa estrita; ao invés, partem da interrelação entre as duas instâncias.

²¹⁸ Como destacam Dantas e Fernandes (2019, p. 71), essa premissa assenta-se na ideia de que o projeto constitucional assume a posição de que a Constituição “está em processo contínuo de evolução e significação.”

²¹⁹ Neste sentido, conforme Gouvêa e Dantas (2019, p. 206), há uma íntima relação entre essas espécies normativas plurais e a democracia enquanto espaço de contrapontos de ideias, de modo que “a textura aberta das normas apresenta-se como estruturante do sistema e permitirá a recepção de espectro que é próprio das identidades das diferentes pessoas constitucionais”.

²²⁰ Cf. nota de rodapé n. 217.

²²¹ O pluralismo é traço marcante das sociedades, sendo caracterizado, nos dizeres de D’Entrèves (2000, p. 14, tradução nossa), pela “existência de uma variedade de concepções concorrentes, muitas vezes antagônicas e, até mesmo, irreconciliáveis sobre as preferências mantidas por indivíduos e grupos nas sociedades ocidentais contemporâneas.”

vivência popular dos valores constitucionais; como, via de consequência, a interferência participativa dos cidadãos na interpretação constitucional (GOUVÊA; DANTAS, 2019).

Para estes fins, exatamente, é que se direcionam as ideias de Post e Siegel (2007), ao proporem a ampliação da participação do povo no controle de constitucionalidade²²². Sob esta perspectiva, as cortes tornam-se sensíveis ao sentimento da sociedade, pelo que a legitimidade destes tribunais concilia-se com a participação popular, ao possibilitar o debate público sobre o conteúdo dos direitos vindicados nas cortes constitucionais (BOLONHA; GANEM; ZETTEL, 2013).

Desta forma, verifica-se um deslocamento do juriscentrismo no qual o controle de constitucionalidade está fundado. Como expõem Post e Siegel (2007, p. 379, tradução nossa), avança-se na abertura de espaços participativos, a partir de uma relação povo-instituição:

Ao contrário de um enfoque juriscêntrico nos tribunais, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições e práticas de revisão judicial. As decisões constitucionais baseadas na razão jurídica institucional só podem adquirir legitimidade democrática se a razão das instituições estiver enraizada nos valores e ideais populares. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação é incorporada em uma ordem constitucional que regularmente convida ao intercâmbio entre atores institucionais e cidadãos sobre as questões de significado constitucional.

O constitucionalismo democrático ultrapassa os limites dos tribunais e, numa projeção de expansividade, deposita a expectativa de que os pronunciamentos judiciais provoquem um significativo debate pela opinião pública (BOLONHA; GANEM; ZETTEL, 2013). São as reações populares sobre as decisões das cortes constitucionais que possibilitam um redimensionamento democrático da atividade jurisdicional. Dessa conflituosidade²²³ – aliás, endógena ao regime democrático²²⁴, como já apresentado –, surge uma contraposição entre o

²²² Diferentemente das ideias originais do constitucionalismo popular, Post e Siegel (2007) não pretendem retirar os tribunais do circuito interpretativo da Constituição. Ao contrário, reconhecem a importância da interpretação judicial na proteção e implantação de direitos nas democracias contemporâneas.

²²³ Relevante o destaque feito por Freeman (1990, p. 366, tradução nossa), ao associar o controle de constitucionalidade às situações de dissenso entre os cidadãos: “a revisão judicial é, como já disse, mais apropriada em condições em que o senso público de justiça está dividido ou subdesenvolvido, ou em que os representantes legislativos não respondem aos interesses de todos”. Esta perspectiva aproxima-se do pensamento rawlsiniano, na medida em que as discussões públicas provocariam e permitiriam a formação de foros de debate público (cf. item 4.2.1).

²²⁴ Relevante a noção apresentada por Gouvêa e Dantas (2019, p. 196) para os quais a heterogeneidade de interesses democráticos possibilita a acomodação dessas mesmas variadas preferências, num processo progressivo e dialético de construção democrática, do qual não se exclui o controle de constitucionalidade, elemento intrínseco deste mesmo sistema: “A capacidade de conformar o dissenso, encontrada nessa categoria de constitucionalismo⁶, acaba por fornecer estratégias e arranjos que podem favorecer o desenho institucional, úteis ou necessários a diversas realidades sociais, históricas, culturais e econômicas.”.

direito normativamente produzido pelos tribunais e a vivência constitucional da sociedade, ao que Post e Siegel (2007) denominam *backlash*²²⁵.

Como resultado dos conflitos entre dois *locus* distintos, mas simultâneos de realização constitucional, o *backlash* permite tanto “manter a responsividade democrática do significado constitucional”; como, também, torna-se uma “ameaça à manutenção da autoridade e controle normativos” dos tribunais (POST; SIEGEL, 2007, p. 379, tradução nossa). A noção de constitucionalismo desenvolvida pelos autores coloca ambas perspectivas numa relação de interdependência, embora sejam distintas entre si. Rompe-se, assim, o constructo em torno da definitividade das decisões judiciais no controle de constitucionalidade.

Como apontam Dantas e Fernandes (2019), na perspectiva do constitucionalismo democrático, a atuação absoluta dos tribunais seria reservada para situações de expressivo desacordo coletivo. Em tais circunstâncias, caberiam às cortes constitucionais dirimir as controvérsias. No entanto, inobstante palavra final para o caso concreto, a decisão judicial não encerra a discussão e os dilemas político-sociais que permeiam as discussões²²⁶. Ao contrário, permite o debate coletivo público, que não é suplantado ou obstruído pelo pronunciamento judicial.

Portanto, a autoridade final sobre a Constituição, para Post e Siegel (2007), fica reservada ao povo, o qual – por meio de uma responsividade democrática²²⁷, mesmo futura –, torna-se expressão da própria identidade popular.

Ainda, vale destacar que Post e Siegel (2007) contribuem relevantemente na associação entre a legitimação do controle de constitucionalidade e a aderência participativa. O assentimento do povo seria proporcionado por meio da participação popular no debate público sobre as controvérsias judicializadas. Por isso, nesta acepção, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade torna-se legítimo quando conquista a adesão da sociedade ao sentido constitucional estabelecido nas decisões das cortes constitucionais.

²²⁵ Nos dizeres de Post e Siegel (2007, p. 376, tradução nossa): “O *backlash* é quando a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade de nossa ordem constitucional para a legitimidade democrática.”.

²²⁶ Por isso, nítida a estrutura dialética sobre a qual se funda o modelo de constitucionalismo democrático, tal qual entendido por Gouvêa e Dantas (2019, p. 204): “a visão dialética é essência e construto que decorre da autoridade constitucional, o que pode resultar em novo dissenso e nova contestação. E isso reflete o viver constitucional que está desconectado da visão juriscêntrica e que não nega que outras autoridades possam definir o significado constitucional.”. Cf. a nota de rodapé nº. 52.

²²⁷ A responsividade do povo às decisões do controle de constitucionalidade é central na ideia de *backlash* para Post e Siegel (2007, p. 375, tradução nossa): “O *Backlash* desafia a presunção de que os cidadãos devem aquiescer com decisões judiciais que falam na voz desinteressada de lei. O *backlash* desafia a autoridade desta voz. Em nome de uma Constituição democraticamente responsiva, o *backlash* questiona a autoridade autônoma do direito constitucional. E em nome da autopropriedade política, o *backlash* desafia a presunção de que os cidadãos leigos devem, sem protesto, prestar deferência aos julgamentos constitucionais dos profissionais da Justiça.”.

Daí porque, não se propõe uma substituição excludente ou mitigadora do Judiciário na interpretação judicial. Em verdade, as cortes constitucionais são tidas intérpretes igualmente legítimas como o próprio povo. Sob esta lógica, a estes tribunais são reservadas as funções de catalisadoras da democracia – da qual também fazem parte ao fomentar o debate político dentro e fora do circuito institucional –, por meio de uma relação interdependente em que os primeiros fortalecem a última (DANTAS; FERNANDES, 2019). Existe um reforçamento mútuo da democracia e da Constituição, então integradas a partir dos elementos de vivência constitucional pelo povo, da participação popular e da abertura participativa do controle de constitucionalidade.

A concepção ora desenvolvida vai de encontro às ideias de Dworkin (1999), que relaciona a legitimação das cortes constitucionais ao respeito à integridade do Direito. Para o filósofo, existem dois tipos de integridade: na legislação, que impõe a fidelidade legiferante aos princípios da comunidade política; e, no julgamento, a qual exige dos julgadores a real observância das normas, fazendo cumpri-las com coerência. No pensamento dworkiniano, o Estado e a comunidade devem agir conforme um conjunto coerente e único de princípios, mesmo diante de divisões sobre a natureza correta do conteúdo principiológico da justiça e da equidade.

De tal maneira, as decisões das cortes constitucionais são legítimas, mesmo em situações de significativa divergência²²⁸, quando observada a coerência decisória sobre a qual deve se fundar a ordem jurídica (DWORKIN, 1999). O respeito à integridade no julgamento fornece a decisão judicial que melhor se adequa aos casos judicializados, o que garante a legitimidade dos juízes.

É por esta razão que, em Dworkin (1999), a integridade jurídica possui uma natureza interpretativa, embora menos flexível do que o pragmatismo ou o convencionalismo. Desse modo, a interpretação judicial deve objetivar melhorar qualitativamente as normas²²⁹, num

²²⁸ Em alguma medida, novamente, pode-se estabelecer uma relação com o pensamento de Rawls, que aponta para a necessidade de estabelecimento de uma razão pública para fazer frente às diversas posições razoáveis e divergentes numa sociedade (cf. item 4.2.1).

²²⁹ Neste ponto, o filósofo estadunidense vale-se de um metáfora para explicar o encadeamento das decisões judiciais a partir do conjunto de pronunciamentos interpretativos dos vários juízes no sistema jurídico, a fim de produzir uma integridade sistêmica. Para o autor (DWORKIN, 1999, p. 276), cada magistrado atua como um romancista, escrevendo um “romance em cadeia”, pelo que torna-se necessário “tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”. Este ideal de escrita decisória em série exige coerência entre os magistrados, como destacam Morais e Brum (2016, p. 121), a fim de criar um resultado “como se fosse obra de um único autor, e não como produto de muitas mãos diferentes, promovendo a coerência principiológica da comunidade a que pertencem.”.

movimento de aproximação ao ideal principiológico que fundamenta o sistema jurídico, tais quais, a justiça e a equidade²³⁰.

Nesta concepção, as cortes constitucionais tornam-se espaços permeados por princípios. Assim, a validação das decisões políticas tomadas por estes tribunais passa pela observância à fundação axiológica do sistema jurídico. Para Dworkin (1999), a atuação interpretativa dos referidos tribunais deve ser orientada para permitir a representação, que decorre de um princípio elementar do regime político, o tratamento igualitário do povo pelas instituições²³¹.

As decisões constitucionais são legítimas se preenchido o critério de integridade, que não implica, necessariamente, uma adequação à vontade da maioria produtora da norma jurídica (DWORKIN, 1999). Neste compasso, abre-se espaço para a conformação de decisões judiciais que se contrapõem às escolhas tomadas nos foros políticos típicos. Se as cortes constitucionais possuem um papel contramajoritário (BICKEL, 1986), assim o fazem para garantir a integridade do sistema jurídico. Desta forma, a atuação destes tribunais estaria justificada, já que direcionada à promoção da integridade valorativa da comunidade política na qual as próprias cortes também estão inseridas (DWORKIN, 1999).

Ao comentarem o pensamento de Dworkin, os autores Morais e Brum (2016, p. 121) discorrem que a “legitimidade dos tribunais se dá por reflexividade, isto é, deve ter como critério o respeito ao povo princípio”. A condição de legitimação das cortes constitucionais é a respeitabilidade à vivência da comunidade, o que também se torna o parâmetro de aplicação normativa²³². Nesta lógica, o critério de autorização e, em alguma medida, de adequação das escolhas políticas importantes realizadas pelos tribunais é a observância dos princípios (DWORKIN, 1999).

Referida noção aproxima-se da participação popular. No mesmo compasso em que rompe com a supremacia judicial na interpretação constitucional, permite que o ideal participativo seja tratado como princípio jurídico, tornando-se de relevante consideração na decisão judicial.

²³⁰ Nos dizeres de Dworkin (1999, p. 271-272), a justiça e a equidade são fundamentos da produção normativa da comunidade, o que justifica – e exige – suas observâncias pelos magistrados: “integridade instrui os juizes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

²³¹ Rememora-se que, no pensamento dworkiniano, a democracia implica observância à igualdade entre os indivíduos de uma mesma comunidade (cf. item 2.1).

²³² Cabe aqui, no entanto, uma ressalva quanto aos riscos de submissão judicial à opinião pública e às preferências da sociedade, o que pode desaguar na subordinação do Judiciário à maioria política (cf. nota de rodapé nº. 189). Nesta hipótese, a corte constitucional entra em descompasso, inclusive, com a própria instrumentalidade democrática do controle de constitucionalidade, a proteção das minorias.

Com isso, abre-se espaço para um desenho participativo das cortes constitucionais, pelo qual as decisões dos tribunais são aproximadas da sociedade, de modo a garantir a integridade jurídica. A propósito, seguindo o entendimento de D'Entrèves (2000), essa possibilidade fornece as linhas basilares de um modelo de justificação decisória que permite maior inclusão popular por parte das instituições. A partir desta premissa, a consideração inclusiva de justificativas diferentes na construção decisória das cortes alcançaria o ideal de justiça.

Referido papel encontra espaço na atuação decisória do STF. Seguindo o entendimento de Freeman (1990, p. 365, tradução nossa), as cortes constitucionais, ao invés de “solapar o processo de justificação pública, podem contribuir substancialmente para esse fim”. Ou seja, há um ambiente para que estes tribunais tornem-se locais participativos, então marcados pela interação decisória com a sociedade.

A justificação argumentativa pelo STF tornam públicos os motivos decisórios que fundamentam a realização de determinadas escolhas políticas. De tal maneira, conforme Freeman (1990), ocorre uma legitimação das decisões tomadas pelo tribunal, muito em razão da explicitação das razões e propósitos, até mesmo, que estruturam normas por ele examinadas. Sob esta perspectiva, a revisão judicial permite o conhecimento argumentativo pelos cidadãos que, partícipes na democracia, aproximam-se da construção decisória das instituições.

Em outras palavras, o controle de constitucionalidade torna-se uma oportunidade institucional para a realização de uma “leitura pública da Constituição e de seus fundamentos morais”, de modo a “examinar as leis à luz desses princípios” (FREEMAN, 1990, p. 365, tradução nossa).

Desta forma, no exercício adequado das atribuições revisoras²³³, o STF pode desempenhar um relevante papel no incremento do senso de justiça da sociedade. Ao assumir e exercer uma função justificadora, a corte constitucional cultiva o apoio dos cidadãos nas instituições, o qual se viabiliza por meio do debate coletivo, quando o povo, então, inteira-se no processo decisório.

Assim, seguindo o entendimento de Sen (2010), ao incorporar referida roupagem, o STF ultrapassa a condição de simples dispositivo mecânico da democracia. Oportunizando permeabilidades ao debate público, a corte constitucional torna-se, com efeito, uma instituição participativa. Na medida em que passa a ser permeada pelos valores e preferências da sociedade

²³³ Importante destacar que, para Freeman (1990, p. 363, tradução nossa) a atuação adequada dos tribunais constitucionais acopla-se à mesma condição de legitimidade destas cortes, qual seja, quando “a revisão judicial pode ser um meio institucional eficaz para assegurar a igualdade de liberdade dos cidadãos soberanos e os direitos fundamentais iguais, os quais estão entre as condições necessárias para a busca efetiva do bem deles”. Estes fins seriam, para o autor, os mesmos que justificariam a regra da maioria democrática.

– os quais espelham as diversas opiniões articuladas em torno das controvérsias judicializadas –, abre-se espaço para uma maior legitimação do STF, que encontra no povo o elemento determinante e referencial de interação construtiva das decisões.

Isso se articula sob uma lógica de expansão da fundamentalidade democrática. É que a democracia por si mesmo não basta. Também não é suficiente que as instituições somente estejam inseridas numa determinada estruturação; exige-se, verdadeiramente, que sejam democráticas.

Para tanto, o programa democrático impõe oxigenações institucionais que aproximem as instituições do fundamento-conteúdo da democracia, a participação popular. Neste sentido, Bienjebom (2014, p. 282-283) aponta a importância de que o STF esteja envolvido num ambiente interativo com o sujeito-partícipe, de modo a viabilizar uma cidadania constitucional:

Por outro lado, para que a Corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder - compondo um governo de juízes - que dita de forma monolítica as interpretações oficiais a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição é mister fomentar a ideia de cidadania constitucional de forma a criar uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Todos têm o direito de participar ativamente do processo de revelação e definição da interpretação constitucional prevalecente cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última - mas não única - de tal processo. A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões.

Por isso, torna-se necessário que o STF promova uma inclusão hermenêutica, de modo a não alijar os cidadãos do processo decisório da democracia (DIZ; CALDAS, 2016). Nesta lógica, para a maximização de legitimidade do controle de constitucionalidade, as contribuições não institucionais²³⁴ de interpretação da Constituição poderiam tornar-se referências do grau de legitimação da atuação da corte constitucional. Sobre esta sistemática, a intensidade e amplitude da participação popular torna-se um critério orientativo da escolha a ser realizada pelo STF (GASPARDO; ANDRADE, 2018).

Via de consequência, em alguma medida, flexibiliza-se o constructo em torno da primazia do STF no encerramento das controvérsias da sociedade. Mesmo na hipótese de a corte constitucional definir uma solução final para as lides, a aproximação do tribunal à participação popular permite que as decisões tenham, ao menos, algum grau de construção coletiva e de debate público, o que amplia o aspecto democrático das escolhas realizadas pelo

²³⁴ Neste sentido, como destacam Diz e Caldas (2016, p. 89), “a participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões públicas é o instrumento mais importante da democracia participativa, e pode ser alcançado por meio do diálogo entre a sociedade e as instituições competentes para a tomada e execução de decisões”.

tribunal (BRANDÃO, 2019; CLÈVE e LORENZETTO, 2015). A permeabilidade decisória à participação popular torna possível um redimensionamento da roupagem democrática do STF.

Assim, o significado do texto constitucional deve encontrar a reverberação da sociedade. Como também destacam Gaspardo e Andrade (2018, p. 169), quando o STF apoia-se no debate social para fundamentar suas decisões, aparece “um novo canal de legitimação para mediar a tensão entre o papel exercido pela Jurisdição Constitucional no edifício Estatal contemporâneo e as instâncias tradicionais do Poder”. A aproximação da corte constitucional à participação coletiva dos cidadãos, a qual torna-se pressuposto de legitimação da autoridade estatal (ARENDRT, 2001), possibilita a diminuição dos eventuais distanciamentos, ao cabo, da própria democracia²³⁵.

Se o STF incorpora os debates da ação coletiva dos cidadãos em suas decisões, privilegia um *locus* de realização política típico, a sociedade. Com isso, a corte constitucional torna-se um foro de discussões públicas, orientado pelos valores aceitos pelos cidadãos, que são os elementos constitucionais essenciais da democracia (RAWLS, 1993).

A permeabilidade do controle de constitucionalidade à participação popular modifica, inclusive, a atuação da corte brasileira, o que implica mudança do papel e da funcionalidade democrática do tribunal. A propósito, também possibilita um espaço coletivo de construção das decisões judiciais, o que serve para refrear o solipsismo e o individualismo decisório do STF (GODOY, 2021; SILVA, 2009).

Por isso, o Supremo Tribunal Federal deve permitir uma abertura à construção coletiva das decisões judiciais, possibilitando a atuação de vários sujeitos na significação da Constituição (HÄBERLE, 1997). A corte deve inserir-se, promover e participar de um movimento contínuo de construção conjunta e dialógica de interpretação constitucional, do qual os demais atores institucionais e a sociedade são parte (BATEUP, 2006; TUSHNET, 2011). O STF não pode estar posicionado de modo apartado do povo.

Assim, as preferências e os interesses da sociedade impõem, em alguma medida, um pouco de deferência por parte da corte constitucional (BRANDÃO, 2019; GARGARELLA, 2014; GASPARDO e ANDRADE, 2018). Nesta lógica, a participação dos cidadãos –

²³⁵ Do lógica dialética que se adota (cf. nota de rodapé n.º 52), este conflito é intrínseco ao Estado Democrático de Direito. Um arranjo institucional de conformação de preferências e proteção de garantias que produz um arquétipo político-normativo de faz parte do atual constitucionalismo (GASPARDO e ANDRADE, 2018; POST e SIEGEL, 2007). O que se destaca, tornando-se propositivo, é a busca de esforços para amenizar o tensionamento democrático-constitucional, a partir de uma mediação decisória que seja viabilizada pela participação popular.

concretizada em discussões públicas e coletivas sobre as controvérsias julgadas pelo STF –, não pode ser ignorada na tomada de decisões pela corte.

A maximização da legitimidade do controle de constitucionalidade conduz à diminuição da tensão democracia-constitucionalismo. Isso porque, a participação dos cidadãos é fonte de otimização democrática do Supremo Tribunal Federal, já que permite a colaboração da atuação coletiva dos sujeitos na construção da decisão judicial, ou melhor, na própria interpretação da Constituição. Se os debates públicos coletivos realizados pela sociedade são considerados pelo STF na realização de escolhas políticas, o controle de constitucionalidade torna-se, potencialmente, mais legítimo.

5 CONCLUSÃO

Na pesquisa realizada observou-se a complexidade dos objetos investigados; mais ainda, da relação interativa entre eles. A democracia tensiona-se com o constitucionalismo, inobstante este aspecto seja condição intrínseca do Estado Democrático de Direito, que se alicerça sob uma dinâmica dialética, implicando transformação evolutiva do regime democrático. É traço marcante da democracia a soberania popular, impondo que o poder político deve ser exercido em observância à vontade popular.

A partir da abordagem realizada, constatou-se que a legitimidade das instituições é condicionada pela ação coletiva dos cidadãos. Portanto, a autoridade do poder político está imbricada à participatividade popular. Por sua vez, a participação popular representa um processo construtivo de preferências, coletivamente articulado entre os cidadãos, para o debate público de temas comuns, a partir da livre e igual exposição de ideias e justificativas na tomada de uma decisão.

A partir deste referencial, no desenho institucional brasileiro, constatou-se que o controle de constitucionalidade é misto, mas com significativa concentração de atribuições no Supremo Tribunal Federal. A promulgação da Constituição Federal de 1988 teve relevante contributo para o fortalecimento institucional do STF, bem como da própria revisão constitucional. Este paradigma contribuiu para o desenvolvimento de uma conjuntura, também globalmente verificada, de judicialização de questões político-sociais. Com isso, o STF é colocado numa posição protuberante na tomada de decisões políticas.

Assim, observou-se que o Supremo Tribunal Federal insere-se numa ambiência político-normativa, tal como o próprio controle de constitucionalidade: a revisão constitucional fora projetada para o exercício político; e, os tribunais constitucionais tornam-se instrumentos de realização da política pelos diversos atores, institucionais ou não. Portanto, tribunais constitucionais são espaços político-decisórios, muitas vezes, em substituição aos fóruns típicos, exercendo uma função contramajoritária.

Foi observado que, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o STF realiza a revisão das escolhas realizadas pelas instâncias políticas majoritárias. Com isso, existe um constructo em torno da definitividade das decisões da corte, bem como o reconhecimento da necessidade do tribunal para proteger as minorias políticas, resguardar o regime democrático e implementar direitos fundamentais.

A partir desse arranjo institucional, as perspectivas dos constitucionalismos dialógico e popular são importantes alternativas para refletir sobre o papel desempenhado e a função

ocupada pelo STF. Isso porque, contribuem na proposição de uma construção compartilhada da decisão judicial de controle de constitucionalidade, possibilitando que o povo também interprete a Constituição.

Surge, com isso, um repensar sobre a forma como o tribunal decide e se comporta institucionalmente. Foi observado que o individualismo é característica decisória do STF, o que afasta a corte do ideal democrático e participativo de tomada de decisões. Desse modo, se a legitimidade do poder político impõe coletividade, percebeu-se a participação popular como possibilidade resolutive do traço individualista do tribunal, igualmente, maximizadora da natureza democrática da corte.

Por isso, apareceu a necessidade de um revolver decisório – movimento adequado às estruturação e evolução da própria democracia –, que permitisse a abertura do STF à participação popular, bem como possibilitasse que as decisões do tribunal tornassem resultado de um processo de construção participativa. Isso, para que as escolhas realizadas pela instituição reverberem na própria sociedade, a fim de estabelecer um espaço reativo-indutor e responsivo de interação do Judiciário com o povo.

Neste sentido, as concepções háberleanas e rawlsianas surgem como possibilidades para os fins pretendidos, eis que a corte se tornaria um foro público para a discussão político-social, cujo debate envolveria diversos partícipes. Em compasso, seguindo a contribuição dworkiniana, a corte constitucional atuaria legitimamente quando observada a integridade jurídica, consolidada na expressão principiológica do povo-partícipe, vindo a tornar-se um espaço institucional de realização dos princípios da sociedade.

Ainda, constatou-se a existência de mecanismos participativos variados que contribuem na construção decisória do STF. Sob o critério da legitimação pela ação coletiva, destacou-se as audiências públicas, nas quais os argumentos dos participantes são auscultados pelo tribunal, ao menos, pelo relator do caso. Essa possibilidade implica maximização democrática da decisão tomada com base na referida argumentação.

Se não bastassem os mecanismos participativos, observou-se a necessidade de uma mudança da postura decisória do STF, sobretudo, para permitir maior participatividade na construção das decisões da corte. Isso porque, partindo-se do pressuposto de que a legitimidade do poder estatal advém da ação coletiva dos cidadãos – materializada nas discussões públicas sobre os temas e as questões da sociedade –, a permeabilidade da participação popular nas decisões do STF torna-o, potencialmente, mais legítimo.

A participação popular possibilita a realização de debates públicos na construção de decisões da corte; e, permite a abertura do tribunal para que diferentes partícipes possam

interpretar a Constituição, num processo integrativo e dialógico, que flexibiliza o juriscentrismo decisório e o individualismo do STF. Portanto, há um importante aumento do grau de legitimidade do Supremo Tribunal Federal, contribuindo para mediar a tensão entre o constitucionalismo e a democracia, especialmente, na realização das escolhas políticas da sociedade.

A participação popular permite que a essência democrática, o povo, torne-se elemento constitutivo e referencial do controle concentrado de constitucionalidade. A aderência participativa da decisão judicial contribui para aumentar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 265-297. 2016.
- ARANTES, Rogério Bastos. Cortes Constitucionais. *In*: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa. (org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 195-206.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Traduzido por André Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Ellwanger e as transformações do Supremo Tribunal Federal: um novo começo? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 1530-1584. 2022.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13–32, jan./abr. 2018.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Formas de Governo e Regimes Políticos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 28/29, p. 75 - 185. 1986.
- BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Matonio Mont’Alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 109–128, jan./abr. 2018.
- BARREIRO, Guilherme Scoleder de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Última palavra e diálogos constitucionais: Caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira, **Revista de Investigação Legislativa**, Brasília, a. 58, n. 231. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Jurisprudência**, v. 12, n. 96, p. 5 – 43, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 73, p. 1109 – 1180, 2006.
- BEÇAK, Rubens. A Democracia e a realidade política brasileira atual: análise da importância da otimização democrática por ocasião do aniversário de 30 anos da CF/88. **Sinapse Múltipla**, Betim, v. 7, n. 2, p. 62 – 73, jul. – dez. 2018.

BEÇAK, Rubens. A Democracia Moderna, sua evolução e a necessidade de otimização. La Democracia Moderna, su evolución y la necesidad de optimización. **Revista de estudios brasileños**, v. 2, n. 2, jan. – jun. 2015.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a judicialização da política. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008.

BEÇAK, Rubens. Democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 50, n. 199, p. 7 – 23, jul./set. 2013.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 51, n. 201, jan./mar, p. 71–95. 2014.

BICKEL, Alexander Mordecai. Establishment and General Justification of Judicial Review. *In: The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New York: Yale University Press, 1986, p. 1 – 33. <https://doi.org/10.12987/9780300173338-003>

BINENBOJM, Gustavo. **A nova Constituição democrática brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício Faroni; ZETTEL, Bernardo. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: Razão Pública, Ética do Discurso e Backlash. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, a. 7, n. 25, p. 170 – 190, out./dez. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.603/DF**. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 06 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Normas de cooperação jurídica internacional. Obtenção de dados. Empresas localizadas no exterior. Pedido julgado parcialmente procedente. Requerente: Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional). Relator: Ministro Gilmar Mendes, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357625435&ext=.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Inteiro Teor do Acórdão. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Requerente: Procurador-geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4660 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Ação julgada improcedente. Proibição de doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais e partidos políticos. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Relator: Ministro Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Ação julgada procedente para dar interpretação conforme à constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL). Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 10 de junho de 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5035 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Gestão coletiva de direitos autorais. Lei nº 12.593/2013. Novo marco regulatório setorial. Pedido conhecido e julgado improcedente. Requerente: Associação Brasileira de Música e Artes (ABRAMUS) e outros. Relator: Ministro Luiz Fux, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065371>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937 São Paulo**. Inteiro Teor do Acórdão. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito *erga omnes* e vinculante. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relator: Ministro Marco Aurélio, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Ensino religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio laicidade do Estado/liberdade religiosa. Ação Direta julgada improcedente. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Roberto Barroso, 27 de setembro de 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4679 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Novo marco regulatório da televisão por assinatura (Lei nº 12.485/2011). Serviço de Acesso Condicionado (SeAC). Inconstitucionalidade formal não configurada. Pedido parcialmente procedente apenas para declarar a inconstitucionalidade material do art. 25 da Lei nº 25 da Lei nº 12.485/2011. Requerente: Partido Democrata (DEM). Relator: Ministro Luiz Fux, 08 de novembro de 2017c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595772>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5035 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Direito fundamental à saúde. Programa Mais Médicos. Carência de profissionais médicos em diversas regiões do país. Inocorrência de ofensas ao princípio da igualdade e à autonomia universitária. Constitucionalidade dos artigos impugnados. Requerente: Associação Médica Brasileira. Relator: Ministro Marco Aurélio, 30 de novembro de 2017d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753348507>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4901 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Direito Ambiental. Art. 225 da Constituição. Dever de proteção ambiental. Desenvolvimento sustentável. Justiça intergeracional. Alocação de recursos para atender as necessidades da geração atual. Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade julgadas parcialmente procedentes. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504532>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5072 Rio de Janeiro**. Inteiro Teor do Acórdão. Lei Complementar 147, de 27 de junho de 2013, do Estado

do Rio de Janeiro. Alteração pela Lei Complementar 163, de 31 de março de 2015, do Estado do Rio de Janeiro. Depósitos Judiciais e extrajudiciais. Transferência para conta do Poder Executivo. Usurpação da competência legislativa da União. Precedentes. Violação ao direito de propriedade, configuração de empréstimo compulsório, aumento do endividamento do Estado. Ação julgada procedente. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753480662>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade dos atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Requerente: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 24 de junho de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Requerente: Confederação Nacional dos trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal. Ação julgada improcedente. Requerente: Partido Democratas (DEM). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. Direito constitucional ambiental. Fundo do clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais. Ação julgada procedente. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB) e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso, 04 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009 ao Regimento Interno do STF de 1940**. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL029-2009.PDF>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. **Revista Lua nova**, São Paulo, n. 36, p. 85-104. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, p. 267-271. 2007.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 12, n. 23, jan./abr. 2010, p. 176–207.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, p. 159 -174. 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 18 – 206, set./dez. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 137, jan./mar. 1998

Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./dez. 2018.

CORREAS, Óscar. As ciências jurídicas. *In: Crítica da Ideologia Jurídica: Ensaio Sócio-Semiológico*. Traduzido por Roberto Bueno. Porto Alegre: Fabris, 1995.

D'ENTREVÈS, Maurizio Passerin. Legitimacy and Democratic Deliberation. **Theoria: A Journal of Social and Political Theory**, New York, n. 96, p. 14-26, dez. 2000.

DA ROS, Luciano. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86-105, jul./dez. 2007.

DAHL, Robert Alan. **Poliarquia: participação e oposição**. Traduzido por Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Editora USP, 2005.

DAHL, Robert Alan. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25–43. 2009.

DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Berardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019.

DIAS, Daniella S. Soberania: A legitimidade do poder estatal e os novos rumos democráticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 192, p. 55 – 66, out./dez. 2011.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A governança sob a perspectiva da concertação: elemento fundamental para o fortalecimento da integração regional. **FURB – Revista Jurídica**, Blumenau, v. 20, n. 43, p. 71-98, set./dez. 2016.

DWORKIN, Ronald. Integridade no Direito. *In: O império do Direito*. Traduzido por: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271-331.

DWORKIN. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, Berkeley, v. 86, n. 3, p. 453 – 458, mai. 1998.

EASTON, David. A re-assessment of the concept of political support. **British Journal of Political Science**, Londres, v. 5, n. 4, p. 435-457, out. 1975.

ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in Constitution-Making. **Duke Law Review**, v. 45, p. 364-396. 1995.

FEREJOHN, John. Constitutional Review in the Global Context. **Legislation and Public Policy**, Nova Iorque, v. 6, n. 49, p 49-60. 2002.

FEREJOHN. Instituting Deliberative Democracy. *In: SHAPIRO, Ian; MACEDO, Stephen. Designing Democratic Institutions*. Nova Iorque: New York University Press, 2000. p. 75 – 104.

FISHKIN, James S. Response to Critics of *When the People Speak*: The Deliberative Deficit and What To Do About It. **The Good Society**, Pensilvânia, v. 19, n. 1, p. 68 – 76, 2010.

FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the legitimacy of judicial review. **Law and Philosophy**, EUA, v. 9, n. 4, p. 327-370, dez. 1990.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, South Bend, v. 4, iss. 1, art. 3, p. 9 -18. 2014.

GARGARELLA, Roberto. O novo Constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. *In: VIEIRA José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta (org.). Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75.

GASPARDO, Murilo. O papel dos tribunais na efetivação dos direitos sociais diante do esvaziamento do circuito Governo/Parlamento. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 38, n. 121, p. 251–275, mar. 2011.

GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Seqüencia**, Florianópolis, n. 78, p. 149–174, abr. 2018.

GINSBURG, Tom. Why Judicial Review? *In: **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases.*** Cambridge University Press, 2003. p. 21-64.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? **30 Journal of Law, Economics and Organization**, v. 578, p. 1 – 50, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de. **STF e Processo Constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo.** Belo Horizonte: Arraes, 2021.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOUVÊA, Carina Barbosa; DANTAS, Ivo. Constitucionalismo Democrático e Seus Elementos Integradores para Conformar uma Cultura Constitucional Através do “Diálogo Democrático”: Efeitos Sistêmicos de Transformações no Contexto Social. **RDP - Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, edição especial, p. 184-208. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Traduzido por Gilmar Mendes. São Paulo: Sérgio Antonio Fabri Editora, 1997.

HAMILTON, Alexander. Número LXXVIII – Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. *In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787 – 1788.*** Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-484.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Conceito preliminar (§§ 19-83). *In: **Enciclopédia das Ciências Filosóficas: em compêndio (1830): Volume I – A ciência da Lógica.*** Traduzido por: Paulo Meneses com colaboração de José Machado. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 63-170.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens de consequências do novo constitucionalismo.** Traduzido por: Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A., 2020. Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825 a 864. 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Traduzido por Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

KNIGHT, Jack. Institutionalizing Constitutional Interpretation. *In: Ferejohn, J.; Rakove, J.; Riley, J. **Constitutional Culture and Democratic Rule.*** Cambridge University Press. p. 361 – 391, 2001.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Seqüência**, Florianópolis, n. 71, p. 107–132, dez. 2015.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Traduzido por: Gabriela Edel Mei. São Paulo: Editora Pilaes, 2015.

LIMA, Francisco Jozivam Guedes de. A relação entre Estado de Direito e Democracia segundo Habermas: a relevância da mediação jurídica. **Revista Dialectus**, Fortaleza, a. 10, n. 24, p. 67 – 78, set./dez. 2021.

MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. **Lobby e políticas públicas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Participação política, Legitimidade e eficácia democrática. **Caderno CHR**, Salvador, v. 23, n. 60, p. 591 – 604, set./dez. 2010.

MARQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Traduzido por: Eric Nepomuceno. 103. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Traduzido por: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183 – 202. 2000.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. *In*: MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da (coord.). **Justiça Constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 9–39.

MIRANDA, Luis Uribe. Propedêutica do conceito de Democracia. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 44, n. 3, p. 215 – 244, jul./set. 2021.

MONCADA, Luís S. Cabral de. A estrutura “relacional” do contacto com a Administração, em especial na disciplina do procedimento. *In*: **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 143–234.

MONTESQUIEU, Charles. Livro XI: Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra. *In*: _____. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156–162.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

NEJELSKI, Paul. Judging in a democracy: The tension of popular participation. **Judicature**, Durham, v. 61, n. 4, p. 166-175, out. 1977

NOJIRI, Sergio. **Emoção e intuição: como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2021.

PAIVA, Denise; SOUZA, Marta Rovey; LOPES, Gustavo de Faria. As percepções sobre Democracia, Cidadania e Direitos. **Opinião Pública**, Campinas, v. X, n. 2, p. 368 – 376, out. 2004.

PATMORE, Glenn. The Right to Participate: Revisiting *Roach* and *Rowe*. In: PATMORE, Glenn; RUBENSTEIN, Kim. **Law and Democracy: Contemporary Questions**. Canberra, ANU Press, 2015.

POST, Robert Charles; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, a. 42, n. 2, p. 373-434. 2007.

POST, Robert Charles; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack.; SIEGEL, Reva. (coord.). **The Constitution in 2020**. New York: Oxford University Press, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJ Brasil, 2021**. São Paulo: FGV Direito SP.

RAWLS, John. Lecture VI – The idea of Public Reason. In: **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993. p. 212–254.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial review de Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 405 - 430, 2016.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; POZAS-LOYO, Andrea. Enacting Constitutionalism: The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America. **Comparative Politics**, New York, v. 42, n. 3, p. 293-311, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Democracia como Direito Fundamental. **Argumenta**, Jacarezinho, n. 18, p. 251 – 260, 2013.

SCHIMTT, Carl. **O guardião da Constituição**. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SELIGSON, Mitchel A.; BOOTH, John A.; GÓMEZ B. Miguel. Os contornos da cidadania crítica: explorando a legitimidade democrática. **Opinião Pública**, Campinas, v. 12, n. 1, p. 1 – 37, abr./mai. 2006

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEPÚLVEDA, Antônio Guimarães; BARBOSA, Carolina Almeida. O falacioso monopólio da última palavra. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1349–1369. 2017.

SHEPARD, Walter James. Democracy. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Nova Iorque, v. 180, p. 94 – 101, jul. 1935.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Orlando Sampaio; PESSOA, Flávia. O risco de esvaziamento da legitimidade democrática habermasiana da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 595-623. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, 2009, p. 197 – 227.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Poder e legitimidade: um diálogo entre o pensamento de Hannah Arendt e Jurgen Habermas. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 9, n. 2, p. 87 – 95, 2007.

SMITH, Trevor Garrison. Chapter 4 – Participation. *In: Politicizing Digital Space: Theory, The Internet, and Renewing Democracy*. London: University of Westminster Press, 2017, p. 71 – 97.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2013, p. 119-161.

SPRAGUE, Amy. Municipal Initiatives to increase popular participation in Brazil. **LBJ Journal of Public Affairs**, Austin, v. 12, n. 32, 2000, p. 32 – 41.

STEPHENSON, Matthew C. “When the Devil Turns ...”: The Political Foundations of Independent Judicial Review. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 32, n. 1, p. 59-89. 2003.

SWEET, Alec Stone. Complex Coordinate Construction in France and Germany. *In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A

Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825 a 864. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. §100. Efeitos da sentença. *In*: **Curso de Direito Processual Civil**: volume 1. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1095-1103.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: Leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. The Rise of Weak-Form of Judicial Review. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Org.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2011. p. 321–333.

USA. **Marbury v. Madison**. 137. 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/#top>. Acesso em: 08 jun. 2022.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./dez. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, a. 4, v. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. New Haven, **The Yale Law Journal**. v. 115, n. 6, abr. 2006. p. 1346–1406.

WEBER, ROSA. **Pronunciamento de Posse da Ministra Rosa Weber**. Brasília, 2022. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursopossemRosa1.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023

WEFFORT, Francisco C. Dilemas da legitimidade política. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 7- n.p., jul./set. 1988.

WILLEMANN, Mariana Montebello. O judicial review na perspectiva da “geração fundadora” e a afirmação da supremacia judicial nos Estados Unidos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro**, Edição especial, p. 157 – 176. 2014.

APÊNDICE – Relação de Audiências Públicas no STF

Nº	Tema	Ações de Referência
1	Pesquisa com células-tronco embrionárias	ADI 3510
2	Importação de pneus usados	ADPF 101
3	Interrupção de gravidez - feto anencéfalo	ADPF 54
4	Judicialização do direito à saúde	SL 47, SL 64, STA 36, STA 185, STA 211, STA 278, SS 2361, SS 2944, SS 3345 e SS 3355
5	Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior	ADPF 186 e RE 597285
6	Lei seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias	ADI 4103
7	Proibição do uso de amianto	ADI 3937
8	Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil	ADI 4679, ADI 4747 e ADI 4756
9	Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	RE 627189
10	Queimadas em canaviais	RE 586224
11	Regime prisional	RE 641320
12	Financiamento de campanhas eleitorais	ADI 4650
13	Biografias não autorizadas	ADI 4815
14	Programa "Mais Médicos"	ADI 5035 e ADI 5037
15	Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil	ADI 5062 e ADI 5065
16	Internação hospitalar com diferença de classe no SUS	RE 581488
17	Ensino religioso em escolas públicas	ADI 4439
18	Uso de depósito judicial	ADI 5072
19	Novo código florestal	ADI 4901, ADI 4902, ADI 4903 e ADI 4937
20	Armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos	RE 973837
21	Marco civil da internet e suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil	ADI 5527 e ADPF 403
22	Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou seus familiares	RE 1010606
23	Interrupção voluntária da gestação	ADPF 442
24	Tabelamento de fretes	ADI 5956
25	Transferência de controle acionário de empresas públicas, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas	ADI 5624
26	Conflitos federativos sobre questões fiscais dos Estados e da União	ACO 3233
27	Liberdades públicas de expressão artística, cultural, de comunicação e direito à informação	ADPF 614

28	Candidatura avulsa	ARE 1054490 reatuado para RE 1238853
29	Controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior	ADC 51
30	Funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e políticas públicas em matéria ambiental.	ADO 60 Reatuado para ADPF 708
31	Funcionamento do FUNDO AMAZÔNIA e a implementação de políticas públicas em matéria ambiental	ADO 59
32	Redução da letalidade policial	ADPF 635
33	Monitoramento Prisional	HC 165704
34	Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida – PNEE (Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020)	ADI 6590
35	Juiz das garantias	ADI 6298, ADI 6299, ADI 6300 e ADI 6305.
36	Autorização para novos cursos de medicina.	ADC 81 e ADI 7187
37	População em situação de rua no Brasil	ADPF 976
38	Responsabilização civil de provedores por conteúdo ilícito gerado por terceiros	RE 1037396 e RE 1057258