



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA DAS CORTES  
CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: CASOS  
REPRESENTATIVOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Rafael Frias Cabral de Moraes Reis

Rio de Janeiro  
2017

RAFAEL FRIAS CABRAL DE MORAES REIS

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA DAS CORTES  
CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: CASOS  
REPRESENTATIVOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Artigo Científico apresentado como exigência  
para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Coorientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Daniel Queiroz Pereira

Rio de Janeiro  
2017

# O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: CASOS REPRESENTATIVOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Rafael Frias Cabral de Moraes Reis

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

**Resumo** – As cortes constitucionais vêm sendo muito demandadas atualmente, tendo em vista o fenômeno da judicialização da vida, que se põe em andamento nas democracias contemporâneas. Com isso, a essência do trabalho é discutir o papel do órgãos de cúpula do Poder Judiciário como uma instância concretizadora de direitos fundamentais, tendo por base as suas funções contramajoritária, representativa e iluminista. Busca-se, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Cortes Supremas estrangeiras, demonstrar que é possível a criação de um diálogo institucional apto a qualificar o conceito de prestação jurisdicional, a qual deve ser exercida sem subserviência, mas com parcimônia.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Cortes Constitucionais. Contramajoritário. Representativo. Iluminista. Democracia.

**Sumário** – Introdução. 1. Função contramajoritária: uma discussão pautada na releitura do conceito de democracia e no descolamento entre a vontade do povo e as decisões políticas tomadas pelos poderes eleitos. 2. Função representativa: uma discussão permeada por um diálogo, sem subserviência, entre a corte constitucional e a sociedade civil. 3. Função iluminista: uma contribuição da instância de cúpula do judiciário, a ser usada com parcimônia, para a concretização de direitos das minorias. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar as funções desempenhadas pelas Cortes Constitucionais, em especial o Supremo Tribunal Federal, à luz da judicialização da vida, do ativismo judicial e da teoria dos diálogos institucionais entre os poderes. Nesse sentido, busca-se estudar as funções contramajoritária, representativa e iluminista dos órgãos de cúpula do Judiciário.

A título de contextualização, tem-se que, no Brasil, com o advento da CRFB/1988, e, no mundo, com o pós Segunda Guerra, muitos direitos foram positivados em documentos internacionais e nas Constituições de cada país, formando-se o chamado rol de direitos fundamentais do cidadão. A Carta Política, acima de tudo, era um documento analítico e programático. E o Estado, para concretizar todos esses direitos, passou a ter de cumprir inúmeros deveres. Ocorre que, no ordenamento brasileiro, passados mais de 20 anos da

promulgação do Texto Magno, a sociedade não viu a materialização de nem metade das promessas constitucionais, razão pela qual a vida passou a ser judicializada. Nesse diapasão, problemas cotidianos foram trazidos ao Poder Judiciário e, em especial, ao maior intérprete da CRFB/1988, o Supremo Tribunal Federal. analisar

No primeiro capítulo, analisa-se se o Supremo Tribunal Federal, como uma última trincheira da concretização constitucional, poderia invalidar uma lei editada pelo Poder Legislativo, com o fito de proteger direitos fundamentais, sem que isso se configure em um malferimento da cláusula de separação de poderes. Partindo do conceito de “dificuldade contramajoritária”, cunhado por Alexander Bickel, a ideia é problematizar o descolamento que existe entre os órgãos legiferantes e a vontade do povo.

O segundo capítulo, por sua vez, busca examinar as três faces da legitimação democrática, dentre as quais o voto é apenas uma delas. Pesquisa-se, desse modo, em que medida o ativismo judicial pode ser uma ferramenta para que um corte constitucional concretize direitos que a sociedade inteira deseja e espera, mas que, por alguma razão, não foram positivados pelos poderes representativamente eleitos. Aqui, o conceito de legitimidade discursiva dos magistrados terá enfoque privilegiado.

No último capítulo, pretende-se investigar se as cortes constitucionais podem desempenhar uma última e mais ponderada função, qual seja, a iluminista, que ocorre quando um órgão de cúpula do Judiciário reconhece direitos das minorias, indo contra a vontade da maioria social e do poder legislativo eleito. A ideia é problematizar se, com isso, o Supremo Tribunal Federal conseguiria fazer andar a roda da história, aplicando a Carta da República em prol de todos os cidadãos, incluindo os marginalizados, rechaçados pelos poderes classicamente representativos.

No que tange aos procedimentos metodológicos, o trabalho monográfico é realizado sob o método de abordagem teórico-conceitual e descritivo-interpretativo, mediante a interpretação crítica sobre o fato de uma corte constitucional poder, ou não, desempenhar as funções contramajoritária, representativa e iluminista. Utiliza-se, aqui, o chamado raciocínio tópico entendido como uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema, sopesando as questões norteadoras já propostas.

O método a ser adotado é de caráter histórico-dogmático. O procedimento investigatório centra-se, assim, na evolução qualitativa das perspectivas doutrinárias e jurisprudencial acerca da tríplice função das cortes constitucionais e nas implicações que o julgado traz na vida da sociedade brasileira.

## 1. FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA RELEITURA DO CONCEITO DE DEMOCRACIA E NO DESCOLAMENTO ENTRE A VONTADE DO POVO E AS DECISÕES POLÍTICAS TOMADAS PELOS PODERES ELEITOS

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e tem por função precípua a defesa da Constituição. Uma das formas de defendê-la e de sanear o ordenamento jurídico, tendo-a por base, é o chamado controle de constitucionalidade. Na sociedade atual, tudo chega às mãos de um juiz. A vida foi judicializada, de sorte que as pessoas, atualmente, buscam a concretização dos seus direitos fundamentais, na boa parte das vezes, em fóruns e em salas de audiências. Esse fenômeno, se corriqueiro na primeira instância, com muito maior razão, alcançaria o Supremo Tribunal Federal, sobretudo pela via do controle de constitucionalidade, quando o tema posto em debate fosse de afetação nacional.

Nesse contexto, a academia sempre discutiu o poder que as Cortes Constitucionais possuem em invalidar atos normativos do Congresso Nacional e da Presidência da República, órgãos de chefia dos Poderes da União. O embate acadêmico se calca na estranheza em se constatar que a interpretação da Constituição feita pelo voto de seis ministros do STF não eleitos<sup>1</sup> se sobrepõe à interpretação feita por parlamentares e pelo próprio Presidente da República, agentes políticos investidos de um mandato representativo, legitimado no voto de milhões de brasileiros. A essa circunstância, que desperta uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, Alexander Bickel apelidou de “dificuldade contramajoritária”<sup>2</sup>.

É bem verdade que essa função contramajoritária do controle de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceita. Para Barroso<sup>3</sup>, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: (i) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política

---

<sup>1</sup> Seis ministros dentre onze, uma vez que o quórum contido no art. 10 da Lei n. 9.868/1999 para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é a maioria absoluta. Ver BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>2</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

majoritária; e (ii) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Ocorre que, mesmo sendo incorporado ao ordenamento jurídico de vários países, essa realidade de um poder não eleito conseguir invalidar atos normativos emanados de poderes legitimados pelo voto ainda gera muita discussão na teoria constitucional.

Para descompatibilizar essa controvérsia, dois são os vetores a serem analisados.

O primeiro deles é o fato de que a dificuldade contramajoritária não implica uma burla ao princípio democrático. Aliás, ratifica-o. Democracia, nos dias de hoje, é mais do que o simples governo da maioria (dimensão procedimental). Ela, por definição, é também o respeito ao direito da minoria, que, mesmo tendo perdido nas urnas, continua a existir na vida em sociedade e merece ser respeitada, ouvida e tida em consideração pelos poderes constituídos. Fala-se, então em dimensão substantiva da democracia, que agrega as noções de igualdade, solidariedade e justiça material<sup>4</sup>. Nessa perspectiva conceitual, não é possível dizer que o Estado deixou algum de seus cidadãos para trás.

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político não estão desamparados e entregues à própria sorte<sup>5</sup>. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política<sup>6</sup>. Nesse diapasão, em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas<sup>7</sup> é o tribunal constitucional, uma vez que lá é possível se ter um locus qualificado para a ponderação de princípios e para a reflexão mais isonômica das questões jurídicas nacionais. Desse modo, tem-se que a função contramajoritária das cortes constitucionais não é antidemocrática.

O segundo vetor a ser estudado é a suposta congruência permanente entre a vontade dos representantes e representados no processo político. Sim. Isso porque, para se dizer que uma corte constitucional exerce um papel efetivamente contramajoritário, está a se partir da lógica de que os poderes representativos, ao editarem atos normativos, encontram-se em consonância com a maioria do povo, seu eleitor. E, na prática, não é possível aderir a esse

---

<sup>4</sup> MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 147, p. 12-25, mai. 2012.

<sup>5</sup> SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>6</sup> MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mimeografada, 2014, p. 84: “Os perdedores de cada processo decisório não se convertem em dominados, ostentando o direito fundamental de não serem desqualificados como membros igualmente dignos da comunidade política”.

<sup>7</sup> A expressão consta do título do livro de GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

pressuposto. De acordo com Nagib<sup>8</sup>, o que se vê é que deputados e senadores acabam representando interesses de alguns grupos que têm superior capacidade de organização, normalmente grupos que possuem invejável força econômica, deixando-se em segundo plano, até mesmo, os programas dos partidos políticos a que são filiados.

Nesse contexto, o ambiente político passa pela chamada crise de representatividade, na medida em que a sociedade nutre pelos poderes majoritários um efetivo descrédito, ceticismo e insatisfação. Não por outro motivo, em locais nos quais o voto é obrigatório, como no Brasil, o percentual de eleitores que vai às urnas tem sido cada vez menor<sup>9</sup>. Já os que vão, poucos são capazes de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Essa conjuntura é fruto de um sentimento de disfuncionalidade que tem permeado a classe política, muito impactada com as denúncias de corrupção e com os acordos de delação premiada que estampam o noticiário. Cada vez mais se tem indícios de que uma boa parcela dos agentes políticos utilizam a máquina pública para a captura de interesses privados.

Aliás, o fenômeno é, em certa medida, universal. Analisa Barroso<sup>10</sup> que, nos Estados Unidos, cuja política interna tem visibilidade global, os desmandos do financiamento eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários deterioraram o debate público e afastaram o cidadão comum. Vicissitudes análogas acometem países da América Latina e da Europa, com populismos de esquerda, em uma, e de direita, em outra. Vive-se situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo.

A consequência disso é o descolamento do sistema representativo em relação à vontade majoritária da população<sup>11</sup>. Essa crise de legitimidade dos poderes que, em tese, estariam legitimados pelo voto, fez com que existisse uma real expansão do Poder Judiciário e, em última medida, das Cortes Constitucionais<sup>12</sup>. No Brasil, por exemplo, diversos temas,

---

<sup>8</sup> JORNE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 87.

<sup>9</sup> A título de exemplo, analise-se a eleição para a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro em 2016: Dos 4.898.044 de eleitores cadastrados na justiça eleitoral, o atual prefeito conseguiu ser eleito com 1.700.030 votos. O segundo colocado angariou 1.163.662 votos, número que é inferior ao próprio montante de eleitores faltosos, qual seja, 1.314.950. Os votos em branco somaram 149.866; e os nulos, 569.536. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

<sup>11</sup> KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, v. 49, n. 85, p. 33-51, dez. 1996.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 41, set. 2005: “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político

cuja discussão deveria ser verticalmente empreendida nas instâncias políticas tradicionais, chamaram muito mais atenção da sociedade quando a matéria alcançou as portas do Supremo Tribunal Federal. Cite-se o caso da lei de biossegurança, que é o diploma legal por meio do qual se permitiu as pesquisas com células-tronco embrionárias. Durante a sua tramitação no Congresso, pouco se falou sobre o projeto. Quando a lei foi impugnada no STF, o debate no país se instaurou.

Analisando esses dois vetores, chega-se à conclusão de que as cortes constitucionais possuem legitimidade democrática para invalidar atos normativos do Poder Executivo e Legislativo. E mais: a função contramajoritária, haja vista o *déficit* de representação existentes nos agentes políticos da atualidade, não seria tão contramajoritária assim. Ressalve-se que, no Brasil, essa função da corte constitucional, quantitativamente, não é tão utilizada<sup>13</sup>. De todo modo, uma vez estudado, em tese, esse papel, vamos às ilustrações práticas em que o Supremo Tribunal Federal tenha afastado (definitiva ou temporariamente) do ordenamento jurídico uma lei pensada, editada e promulgada por representantes do povo.

A primeira<sup>14</sup>, aquela em que o STF declarou inconstitucional a lei que tratava da participação de sociedades empresárias no financiamento de campanha eleitoral. Alguns ministros sustentaram que o direito de participação política só valia para cidadãos, e não para pessoas jurídicas. A segunda<sup>15</sup>, a que o STF asseverou a inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, sob o argumento de incidência do princípio da anterioridade eleitoral, constante no art. 16 da CRFB/1988, o que contrariava fortemente a maioria do anseio popular. A terceira<sup>16</sup>, a que o STF declarou inconstitucional a lei que regulamentava a

---

majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”.

<sup>13</sup> De acordo com o levantamento estatístico elaborado pela Secretaria de Gestão Estratégica, do Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar apenas 93 dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais, desde o início de vigência da Constituição de 1988. Um número nada expressivo, diante das 5.379 leis ordinárias federais, somadas às 88 leis complementares. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoIntegracaoInformacaoTecnica>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>15</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. REXT n. 633.703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=633703&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>16</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria da corte considerou haver crueldade intrínseca aplicada aos animais.

Essa é a função contramajoritária exercida pelas cortes constitucionais. Tendo-a explorado, passa-se à análise da função representativa.

## 2. FUNÇÃO REPRESENTATIVA: UMA DISCUSSÃO PERMEADA POR UM DIÁLOGO, SEM SUBSERVIÊNCIA, ENTRE A CORTE CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE CIVIL

Uma segunda função desempenhada pelas cortes constitucionais é a representativa, que ocorre quando a cúpula do judiciário (i) promove a completude do ordenamento jurídico, nas hipóteses de omissão inconstitucional do legislador; e (ii) atende aos anseios e demandas sociais não satisfeitas, tempestivamente, pelos parlamentares ou pelo chefe do executivo. Nesse caso, a sociedade como um todo aguarda por uma postura dos representantes eleitos, os quais, quedando-se inertes, abrem uma via de ação para as cortes constitucionais.

Diversos foram os fatores que levaram essa função a se encontrar, atualmente, fortalecida. Alguns, como a crise de representatividade dos poderes majoritários e o descolamento democrático entre esses poderes e o povo, já foram estudados anteriormente. De fato, vive-se em uma época, na qual se confia mais em juízes do que em políticos. Agregue-se a esse contexto que, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 é extremamente analítica, razão pela qual todos os temas nela contidos, se não forem concretizados, acabam sendo levados ao Poder Judiciário. Ademais, o controle de constitucionalidade brasileiro possui diversos legitimados ativos, de modo que, hoje, uma entidade de classe de âmbito nacional ou uma confederação sindical podem ter voz no plenário do STF. Por fim, registre-se o grande poder que algumas bancadas, dentro do natural jogo político, possuem dentro do Congresso, o que influencia, diretamente, na disposição e na vontade de alguns parlamentares em discutirem certas propostas e engavetarem outras.

Com isso, o Judiciário ficou bem mais próximo dos problemas sociais, sendo mais requisitado a resolver inúmeros tipos de conflito. Por conta dessa judicialização da vida, a própria Constituição passou a ser mais debatida nos noticiários e nas ruas. Isso porque, com o

pós-positivismo<sup>17</sup>, ela conseguiu, efetivamente, ocupar o seu lugar de máxima magnitude na ordem jurídica, configurando-se como um diploma legal que tem força capaz de irradiar seus comandos para todas as áreas do direito. Ela passou a ter como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>. Desse modo, a interpretação constitucional obrigou-se a ver o destinatário do seu processo hermenêutico como um cidadão digno, que merece ser ouvido pelo Estado e ser respeitado nessa dinâmica de prestação jurisdicional.

Nesse contexto, o judiciário começou a se entender como um poder também apto a interpretar o sentimento majoritário e as demandas da população como um todo. Eis algumas das razões para esse fenômeno. Primeira, o concurso público é uma forma de recrutamento bastante heterogênea, na medida em que candidatos de diferentes origens<sup>19</sup> podem alcançar a aprovação, desde que sejam advogados e estudem perseverantemente<sup>20</sup>.

Isso traz à magistratura um conjunto de visões distintas e de histórias de vida peculiares, de sorte que a aplicação do direito tem mais chance de acontecer menos elitizadamente. Segunda, os juízes gozam das garantias da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, de sorte que conseguem se blindar contra o tráfico de influências que poderiam sofrer. Assim, o prestador jurisdicional poderia levar em conta apenas a lei e sentimento social, sem que existissem pressões de quaisquer outros poderes. Terceira, os juízes não estão sujeitos às circunstâncias da política eleitoreira de curto e médio prazo, já que seus cargos públicos são estáveis. Desse modo, o político que deseja barganhar com o magistrado para obter qualquer vantagem não possuiria guarida.

---

<sup>17</sup> Entenda-se pós-positivismo como uma doutrina que se inspira na “revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 249-250.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>19</sup> Sobretudo após a inclusão das ações afirmativas nos certames para juiz, no que cerne aos candidatos negros, índios e deficientes físicos. No concurso para ingresso na carreira da magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a previsão de reserva de vagas consta desde o edital do 46º certame. Edital disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/concursos/magistratura/xlvi>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>20</sup> De outra forma, o recrutamento ao Poder Legislativo, que se dá por meio da captação de votos, exige um custo financeiro alto do candidato, que o obriga, quase que necessariamente, a buscar financiamentos e alianças com diferentes atores empresariais. Essa circunstância faz com que existam parcerias, aptas a, quem sabe, malferir a independência do futuro parlamentar.

Quarta, e a principal delas: o judiciário tem como se comunicar com o seu auditório por meio de decisões fortemente motivadas. Isso faz com que a população deixe de associar a função jurisdicional a um ato de voluntarismo ou arbitrariedade<sup>21</sup>. As decisões precisam ser calcadas em razões. Os argumentos judiciais publicados na sentença fazem com que venha à tona a lógica, o raciocínio e o poder de convencimento do julgador<sup>22</sup>. Aqui, é possível resgatar a noção de democracia deliberativa. O juiz, quando interpreta o sentimento da população, exerce um papel democrático. Esse papel é fulcrado, sobremaneira, na chamada legitimidade discursiva. Pessoas racionais são aptas a concordar com argumentos sólidos. E são esses argumentos que fazem com que os juízes, mais do que agentes puramente especializados, sejam servidores que dialogam com o meio social.

Foi nesse diapasão que o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> passou a se enxergar como um órgão que poderia dizer o direito, prestando contas da sua função à sociedade. Não é que os ministros precisem se transformar em políticos. Ocorre que, de acordo com Mendonça e Barroso<sup>24</sup>, em uma democracia, todo poder (mesmo aquele composto por agentes não eleitos) precisa ser exercido no interesse e em nome do povo. Assim, o STF criou uma percepção de si mesmo como órgão também representante da soberania popular. Em realidade, como representante das opções soberanamente materializadas na Constituição de 1988 e não implementadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, razão pela qual, em algumas oportunidades, a Corte passou a ser mais permeável à opinião pública.

Permeável, sem ser subserviente. Não é deletério que juízes e ministros olhem para as ruas, antes de proferirem suas decisões. Magistrados, como qualquer servidor público, não são seres encapsulados, insensíveis às demandas sociais. Não por outro motivo, a própria sociedade projeta no Judiciário uma visão muito menos alinhada a um poder técnico e

---

<sup>21</sup> Ao estabelecer um diálogo entre as áreas do conhecimento jurídico, pode-se dizer que esse ideal de fundamentação exaustiva foi, inclusive, positivado no Novo Código de Processo Civil de 2015. Em seu art. 489, § 1º, encontra-se previsto as balizas de uma decisão bem fundamentada, não se considerando como tal o pronunciamento judicial que (i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>23</sup> Robert Alexy se refere à corte constitucional como “representante argumentativo da sociedade”. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 572, p. 578, jun. 2005.

<sup>24</sup> MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

especializado nos conflitos jurídicos, e muito mais coadunada com a de um poder capaz de escutar os anseios do povo. Na atualidade, o Judiciário acabou por se transformar na última trincheira de luta pela concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

De todo modo, não se está aqui a defender uma juristocracia. De acordo com Mendonça e Barroso<sup>25</sup>, em inúmeras ocasiões, a decisão justa e acertada não é a mais popular. E, nesses casos, a corte constitucional necessita de ousadia para desagradar as ruas. Não se pode aceitar que o Judiciário se converta em mais um canal da política majoritária, sempre adulador da opinião pública e das pressões midiáticas. Certamente, o populismo judicial é tão devastador para o equilíbrio dos poderes quanto qualquer outro. Contudo, a autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. E uma forma de se angariar essa confiança é, no mínimo, escutar o que a sociedade clama. Escutar, que é diferente de sempre anuir.

Aliás, essa prática de ouvir o maior número possível de atores sociais é desempenhada, corriqueiramente, pela corte quando os ministros, por exemplo, (i) admitem a intervenção de um *amicus curiae* nos processos em curso<sup>26</sup>; ou (ii) convocam audiências públicas, nos casos em que a complexidade e os desdobramentos do tema assim o exigem<sup>27</sup>. Esses mecanismos aumentam o capital político<sup>28</sup> de que a corte dispõe. E, se analisarmos a jurisprudência do STF, veremos que inúmeros foram os casos em que a corte constitucional brasileira, num contexto de paralisia dos poderes eleitos, teve de prestar a jurisdição escutando a voz que vinha das ruas e concretizando anseios do povo tutelados pela Constituição de 1988.

<sup>25</sup> Idem. *STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opinio-publica-subserviente>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>26</sup> A figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte, é prevista no art. 4º, § 2º da lei n. 9.868/1999. Segundo o dispositivo, o ministro relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de órgãos ou entidades, que não componham o polo ativo ou passivo da ação de controle. Isso com a intenção de problematizar e verticalizar a análise da questão sob julgamento. Ver BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>27</sup> Desde a Emenda Regimental n. 29/2009, que regulamentou as audiências públicas no âmbito do STF, esse mecanismo de democratização da jurisdição constitucional já foi utilizada dezenove vezes pelos ministros. Dentre as audiências públicas mais divulgadas, cite-se aquelas em que se discutiu: (i) as políticas de ação afirmativa para acesso ao ensino superior; (ii) a proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias; (iii) a interrupção de gravidez nas hipóteses de feto anencefálico; (iv) a publicação de livros que contenham biografias não autorizadas; e (v) o ensino religioso em escolas públicas.

<sup>28</sup> A expressão é de Pierre Bourdieu, que dissertou sobre o tema em 1986. BOURDIEU, Pierre. *The Forms of Capital*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/fr/bourdieu-forms-capital.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

Como primeiro exemplo<sup>29</sup>, pode-se mencionar a decisão do STF, depois até sedimentada na súmula vinculante n. 13, que asseverou a proibição do nepotismo nos três poderes. Pelo conhecimento convencional, seriam exigíveis lei federal e leis estaduais para impor esse tipo de restrição. Contudo, após um largo aguardo da sociedade civil, as leis não vinham, tendo a corte constitucional que implementar tal vedação, sob o argumento de que o nepotismo violava o princípio da impessoalidade e moralidade administrativa. Um segundo exemplo<sup>30</sup> poderia ser aquele atinente à fidelidade partidária, em que o STF determinou a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido, uma vez que a troca implicaria burla ao princípio democrático. Tal acórdão veio ao encontro da sanatória de uma das grandes queixas da sociedade, qual seja, a mudança constante de parlamentares de um partido para outro. Embora existente as reclamações, o parlamento não aprovava lei restringindo essa conduta.

Um terceiro exemplo<sup>31</sup> seria aquele em que o STF consignou a competência concorrente entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e as corregedorias dos tribunais estaduais para instaurar processos disciplinares contra magistrados, oportunidade em que atendeu ao anseio social pela reforma do Judiciário, malgrado a resistência de setores da magistratura. Como quarto exemplo<sup>32</sup>, cite-se o julgamento no qual o STF, depois de vinte anos de omissão inconstitucional, declarou a possibilidade de servidores públicos entrarem em greve, tendo por base uma analogia da lei de greve do setor privado. Por fim, como quinto exemplo<sup>33</sup>, ressalte-se o caso no qual o STF exigiu a criação de vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos em unidade próximas de suas residências, sob pena de multa diária. Isso com base no princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.

Essa é a função representativa empreendida pelas cortes constitucionais. Tendo-a analisado, passa-se ao estudo da função iluminista.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.261. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1612358>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>30</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26.604. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2514122>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>31</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.638. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4125637>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>32</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2244628>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>33</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. AREXT n. 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

### 3. FUNÇÃO ILUMINISTA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA INSTÂNCIA DE CÚPULA DO JUDICIÁRIO, A SER USADA COM PARCIMÔNIA, PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS DAS MINORIAS

A melhor forma de se entender essa última função é analisando-a, em paralelo, com a função representativa. Nesta, o que se tem é, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal enxergando-se como uma instância de poder apta a interpretar os anseios sociais em que, num panorama de lacuna do legislativo e executivo, acaba concretizando direitos fundamentais presentes na Constituição – direitos esses ansiados por toda a população (não apenas pela maioria). O povo, como um todo, deseja uma determinada postura do Congresso e/ou da Presidência, pede por ela, aguarda-a, mas ela não vêm.

Já na função iluminista, o Supremo Tribunal Federal continua se entendendo como um intérprete da vontade popular. No entanto, e com grande parcimônia, a Corte, encarregada de empurrar a história, assegura em seus pronunciamentos os direitos das minorias, agindo de forma contrária à opinião pública majoritária. Aqui, o STF não contraria o silêncio dos poderes eleitos para ir em prol de toda a população, mas sim (e apenas) para fazer com que as minorias também se vejam como sujeitos de direitos.

O fundamento dessa última função se aloja no fato de que, no ambiente tradicional do debate público, qual seja, o parlamento, a minoria (pela razão mesma de se constituir como minoria, isto é, com um menor número de deputados e senadores) não conseguiria fazer frente às decisões políticas, que obstem seus direitos. E não se está aqui a falar sobre as discussões parlamentares legítimas, em que, naturalmente, um quantitativo perdedor sai desagradado com o resultado de uma votação. É normal que o *locus* político seja uma arena na qual, diariamente, se façam vencedores e vencidos quanto aos temas em pauta. Não é esse o ponto sob análise. Até porque, se as cortes constitucionais agissem, de forma corriqueira, a desconstituir uma votação legislativa majoritária, apenas e tão somente para agradar uma minoria social, o que se teria, em última análise, é o fim da separação de poderes, com a instituição de um poder hegemônico, o judiciário.

O estudo, aqui, recai sobre as situações em que uma minoria parlamentar (de que, lembre-se, representa um minoria social) é calada, é diminuída, é obstada de ver concretizado seus direitos fundamentais, também insculpidos na Constituição de 1988. A constituição veio para todos. E, com o fim de fazer andar com a roda da história, cabe, por vezes, às cortes constitucionais assegurarem o direito fundamental à isonomia das minorias,

de sorte que estas sejam tratadas de forma igual pelo restante da sociedade. Isso pelo simples fato de que, malgrado se configurarem como minoria, também são pessoas humanas e, por conseguinte, detentoras de dignidade. A lógica dessa função, mais do que se calcar num ideário de justiça, é a promoção de alguns avanços civilizatórios, com base em valores racionais; é a superação de preconceitos e discriminações.

Se observarmos o plano internacional, foi a Corte Constitucional da África do Sul<sup>34</sup>, no julgamento *State v. Makwanyane*, que proibiu a pena de morte em seu ordenamento jurídico, protegendo a minoria social composta pelos condenados criminais. De igual modo, foi a Suprema Corte Norte-Americana<sup>35</sup> que, no caso *Brown v. Board of Education*, deslegitimou a discriminação racial nas escolas públicas, tutelando, portanto, os direitos dos negros. Na mesma linha, pontue-se o julgamento ocorrido na Suprema Corte de Israel<sup>36</sup>, em que o órgão de cúpula determinou a proibição da tortura, ainda que se tratasse de interrogatório de suspeitos de atividade terrorista. Por fim, cite-se o caso ocorrido na Alemanha<sup>37</sup>, no qual o Tribunal Constitucional Federal chancelou a negação do holocausto como sendo uma conduta criminosa, resguardando, com isso, o direito à memória do povo judeu.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também teve seus momentos de ousadia, como na oportunidade em que equiparou o regime jurídico das uniões homoafetivas ao das uniões estáveis convencionais<sup>38</sup>, tutelando, pois, o direito das minorias gays e lésbicas. Se se olhasse para a sociedade civil, talvez esse não fosse um desejo majoritário. No congresso, algumas bancadas conservadoras também obstavam a tramitação da PEC que alteraria a Constituição de 1988, no sentido de que o casamento não apenas pode se dar entre o homem e mulher. Contudo, cuida-se da proteção de um direito fundamental à igualdade, razão pela qual a atuação encontrava-se legitimada. Outro exemplo<sup>39</sup> seria aquele em que o STF concordou com a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol de forma contínua, sob o

<sup>34</sup> ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. CCT n. 3. Relator: Ministro Arthur Chaskalson. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>35</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Estados Unidos. US n. 483. Relator: Ministro Earl Warren. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~ereading/Brown1.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>36</sup> ISRAEL. Suprema Corte de Israel. HCJ n. 5.100. Relator: Ministro A. Barak. Disponível em: <[http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>37</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE n. 241. Relator: Ministro Duke. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>39</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. PET n. 3388. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

fundamento de que, muito embora obstasse a produção de alguns arrozeiros, seria o melhor para a proteção da cultura indígena, entendida esta como minoria social.

Já no que tange à proteção dos direitos das mulheres – grupo que, malgrado seja maioria populacional, configura-se como minoria jurídica – cite-se como exemplo<sup>40</sup> o julgamento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a possibilidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de feto anencefálico. A interpretação do artigo que criminaliza o aborto, no sentido de inserir o caso sob julgamento como uma hipótese de excludente do delito foi muito criticada por diversos setores da sociedade. Contudo, entendeu a Corte que o que estava em jogo não era a vida ou a morte do feto, já que este morreria logo após seu nascimento, mas sim o direito de escolha da gestante de não levar ao final uma gestação que estava fadada ao insucesso extrauterino.

Por ser uma função polêmica das cortes constitucionais, que vai em defesa de uma minoria rechaçada e contraria o sentimento majoritário das ruas e do congresso, o Parlamento, por vezes, chega a editar um novo diploma legal que contraria a decisão de natureza iluminista tomada pelo órgão de cúpula do judiciário. No Brasil, deu-se a isso o nome de “superação ou reação legislativa”<sup>41</sup>. Como exemplo desse fenômeno<sup>42</sup>, cite-se o caso em que o STF, no julgamento das ADIs 4.430<sup>43</sup> e 4.795<sup>44</sup> deu interpretação conforme a um preceito da Lei das Eleições, no intuito de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Contudo, pouco meses depois da sessão Plenária, o Congresso editou a lei n. 12.875/2013<sup>45</sup>, retirando das novas legendas o acesso ao direito de antena.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>41</sup> Nos Estados Unidos, esse fenômeno recebe o nome de *backlash*. Ressalte-se como um dos caso emblemáticos de reação legislativa aquele que ocorreu contra o julgamento de *Furman versus Georgia*, em 1972, no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação. Em 1976, entretanto, a maioria dos Estados tinham aprovado novas leis sobre pena de morte, contrariando o quanto decidido pela Suprema Corte. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 5.105. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>43</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.430. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903848>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>44</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.795. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4257995>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

<sup>45</sup> Idem. Lei n. 12.875, de 30 de outubro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

Discute-se, aqui, em que medida a reação do poder legislativo é legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional de poderes (*checks and balances*)<sup>46</sup>. Entende a corte constitucional brasileira que, num contexto de diálogo constitucional, é o Supremo Tribunal Federal quem detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito. Contudo, o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atinge o legislador, razão pela qual o espaço de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado ato injurioso a qualquer Tribunal Constitucional. Até porque o poder legislativo é também intérprete autêntico da Constituição.

Nesse contexto, a conclusão que se alcançou é a de que o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, a invalidação somente poderá ocorrer, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição de 1988 (limites formais, circunstanciais e materiais), sobretudo no que cerne às cláusulas pétreas. Se, porém, a reversão jurisprudencial for introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da corte nasce com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar que a correção do precedente se afigura legítima. Deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem<sup>47</sup>.

De todo modo, a função iluminista não é utilizada com frequência pelas cortes constitucionais, devendo ser empreendida com parcimônia, de modo que exista um necessário equilíbrio entre a ousadia e a autocontenção dos órgãos de cúpula do judiciário. Por esse motivo, as reações legislativas, muito embora aconteçam, não são a regra.

## CONCLUSÃO

Após a análise de todo o objeto da pesquisa, pôde-se perceber que o Judiciário, atualmente, é um poder em larga expansão, para o qual toda a sociedade direciona grandes expectativas. O pós-positivismo fez com que as Constituições ganhassem uma efetiva

---

<sup>46</sup> ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. *Comparative Administrative Law*, Michigan, v. 27, n. 11, p. 52-70, set. 2010.

<sup>47</sup> Essa questão de trazer argumentos novos não se configura, em si, como um problema para o diálogo institucional entre o poderes, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional”. BARROSO, Luís Roberto. op. cit., 2010, p. 167.

normatividade. As Constituições passaram a ser mais abrangentes, com um rol de direitos fundamentais bem delimitado. E os direitos fundamentais não concretizados pelos poderes Legislativo e Executivo permitiram que o cidadão buscasse as cortes constitucionais, como uma última trincheira de lutas.

Essa conjuntura remodelou o papel dos órgãos de cúpula do judiciário. As demandas sociais eram muitas e todas tinham de ser solucionadas com pressa. Por mais de duas décadas o Texto Maior, já promulgado, aguardava ser normatizado, ao passo que população também não suportava mais uma espera para a efetivação do seu *status* de sujeito de direitos. Os poderes majoritariamente eleitos permaneciam em paralisia, momento em que a suprema corte passou a se enxergar como uma instância apta a interpretar os anseios sociais, seja de toda a população, seja apenas dos grupos minoritários. Essa é a maior conclusão do estudo.

É preciso, entretanto, fazer a ressalva de que a atividade judicial, malgrado venha sendo exercida sem subserviência, deve também se calcar na parcimônia e na autocontenção. Isso porque, dentro da teoria dos diálogos institucionais, a tripartição deve ser preservada. Não é admissível que exista um superpoder, o qual sempre proclame a última palavra nas pautas em debate. O juiz não é um político. O político não é um juiz. Ainda que, como visto na pesquisa, haja interseções entre ambas as funções, é preciso sempre manter o equilíbrio. O essencial é que, dentro dos limites da missão institucional de cada poder, procure-se dar concretude aos direitos fundamentais. Esse deve ser o norte para a conduta de qualquer dos poderes nas democracias contemporâneas.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. *Comparative Administrative Law*, Michigan, v. 27, n. 11, p. 52-70, set. 2010.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 572, p. 578, jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 41, set. 2005.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOURDIEU, Pierre. *The Forms of Capital*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/fr/bourdieu-forms-capital.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

JORNE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, v. 49, n. 85, p. 33-51, dez. 1996.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 147, p. 12-25, mai. 2012.

\_\_\_\_\_, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mimeografada, 2014.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. *STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opinio-publica-subserviente>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: parte I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.