

**Da juristocracia à  
ampliação do acesso  
jurisdicional à  
sociedade civil e o  
prelúdio para uma  
Corte Constitucional  
Brasileira**

A experiência da Corte Constitucional  
Colombiana em perspectiva

## CONSELHO EDITORIAL



**DIALÉTICA**  
EDITORA

Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia  
André Luís Vieira Elói  
Antonino Manuel de Almeida Pereira  
António Miguel Simões Caceiro  
Bruno Camilloto Arantes  
Bruno de Almeida Oliveira  
Bruno Valverde Chahaira  
Catarina Raposo Dias Carneiro  
Christiane Costa Assis  
Cíntia Borges Ferreira Leal  
Eduardo Siqueira Costa Neto  
Elias Rocha Gonçalves  
Evandro Marcelo dos Santos  
Everaldo dos Santos Mendes  
Fabiani Gai Frantz  
Flávia Siqueira Cambraia  
Frederico Menezes Breyner  
Frederico Perini Muniz  
Giuliano Carlo Rainatto  
Helena Maria Ferreira  
Izabel Rigo Portocarrero  
Jamil Alexandre Ayach Anache  
Jean George Farias do Nascimento  
Jorge Douglas Price  
José Carlos Trinca Zanetti  
Jose Luiz Quadros de Magalhaes  
Josiel de Alencar Guedes  
Juvencio Borges Silva  
Konradin Metze  
Laura Dutra de Abreu  
Leonardo Avelar Guimarães  
Lidiane Mauricio dos Reis  
Ligja Barroso Fabri  
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem  
Luciana Molina Queiroz  
Luiz Carlos de Souza Auricchio  
Marcelo Campos Galuppo  
Marco Aurélio Nascimento Amado  
Marcos André Moura Dias  
Marcos Antonio Tedeschi  
Marcos Pereira dos Santos  
Marcos Vinício Chein Feres  
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral  
Marilene Gomes Durães  
Mateus de Moura Ferreira  
Milena de Cássia Rocha  
Mortimer N. S. Sellers  
Nígela Rodrigues Carvalho  
Paula Ferreira Franco  
Pilar Coutinho  
Rafael Alem Mello Ferreira  
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia  
Rayane Araújo  
Regilson Maciel Borges  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Renata Furtado de Barros  
Renildo Rossi Junior  
Rita de Cássia Padula Alves Vieira  
Robson Jorge de Araújo  
Rogério Luiz Nery da Silva  
Romeu Paulo Martins Silva  
Ronaldo de Oliveira Batista  
Sylvana Lima Teixeira  
Vanessa Pelerigo  
Vitor Amaral Medrado  
Wagner de Jesus Pinto

Marco Aurélio Nascimento Amado

**Da juristocracia à  
ampliação do acesso  
jurisdicional à  
sociedade civil e o  
prelúdio para uma  
Corte Constitucional  
Brasileira**

A experiência da Corte Constitucional  
Colombiana em perspectiva



**DIALÉTICA**  
EDITORA

*Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.*



**DIALÉTICA**  
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2022 by Marco Aurélio Nascimento Amado.

## **EQUIPE EDITORIAL**

### **Editores**

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha  
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira  
Prof. Dr. Tiago Aroeira  
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

### **Designer Responsável**

Daniela Malacco

### **Produtora Editorial**

Camila Gabarrão

### **Controle de Qualidade**

Maria Laura Rosa

### **Capa**

Ygor Moretti

### **Diagramação**

Juliana Rodrigues

### **Preparação de Texto**

Anna Moraes  
José Rômulo Moreira Júnior

### **Revisão**

Responsabilidade do autor

### **Assistentes Editoriais**

Jean Farias  
Larissa Teixeira  
Ludmila Azevedo Pena  
Thaynara Rezende

### **Estagiários**

Diego Sales  
Laís Silva Cordeiro  
Maria Cristiny Ruiz



## **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

A481j Amado, Marco Aurélio Nascimento.

Da juristocracia à ampliação do acesso jurisdicional à sociedade civil e o prelúdio para uma Corte Constitucional Brasileira : a experiência da Corte Constitucional Colombiana em perspectiva / Marco Aurélio Nascimento Amado. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.  
184 p.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-252-6125-6

1. Juristocracia. 2. Corte Constitucional Brasileira. 3. Acesso Jurisdicional.  
I. Título.

CDD 340  
CDU 34

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

*Ao meu “gordo” (quanta saudade do meu passarinho!)  
e a minha “gordinha” (saudade sem fim!), fonte de tudo.*

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

“Aller Anfang ist schwer” (todo começo é difícil)  
(Provérbio alemão)

“Não há prazer mais complexo que o do pensamento”.  
(Jorge Luis Borges)

“Deve-se aprender fazendo a coisa; pelo pensamento você  
acha que sabe. Você não tem certeza, até que você tente”.  
(Sófocles).

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

## PREFÁCIO

A presente publicação foi produzida por Marco Aurélio Nascimento Amado, jurista e poeta baiano, cuja sede insaciável pelo conhecimento e pesquisa acarretaram o surgimento de mais uma excelente obra, oriunda do trabalho de pós-doutoramento do autor.

Tive a satisfação de conhecer Marco Aurélio Nascimento Amado quando ingressei na Defensoria Pública do Estado do Ceará, época na qual, exercendo cargo na referida instituição, iniciamos nossa fase de pesquisa acadêmica mediante obtenção do título de especialistas em Direito Público.

Desde então, acompanhei a sua brilhante carreira profissional, que acarretou a aprovação em diversos concursos públicos na seara das carreiras jurídicas, finalizando essa etapa de sua vida através da assunção ao cargo de Promotor de Justiça do Estado da Bahia, exercendo, atualmente, as suas atividades na comarca de Salvador.

Paralelamente à carreira jurídica, o autor não olvidou de obter títulos e publicar obras acadêmicas, inclusive mediante a obtenção de prêmios nacionais em certames de trabalhos científicos e realização de cursos no Brasil e no exterior para fins de maior obtenção de conhecimento.

Um ponto em comum que se observa das suas pesquisas, realizadas por intermédio de publicação de artigos e obtenção de títulos de especialista, mestre, doutor e, agora, pós-doutorado é o estudo da democracia, mormente no que diz respeito à representatividade das instituições tradicionalmente defendidas como essenciais ao referido regime político.

Apenas a título exemplificativo, o autor possui obras publicadas acerca da jurisdição constitucional, ativismo judicial e crise de representatividade dos partidos políticos, os quais foram apresentados em diversos simpósios e congressos no Brasil e exterior.

Durante o pós-doutorado e sob a orientação do Professor Dr. Dirley da Cunha Júnior, renomado constitucionalista, realizou pesquisa pautada em extensa doutrina nacional e estrangeira, iniciando pelo ativismo judicial e a forma como o Supremo Tribunal Federal vem se tornando um poder hiperbólico perante as demais instituições. Após a realização de estudo comparado com a Corte Constitucional Colombiana, parâmetro acertadamente eleito diante da forma democrática com

que profere as suas decisões, foram apresentadas, ao final, soluções concretas e viáveis para solucionar a crise institucional decorrente do atual engrandecimento do Supremo Tribunal Federal perante os demais poderes e com supedâneo na clássica divisão adotada pela Carta Magna.

Os que tiverem a oportunidade de ler a presente obra agregarão bastante conhecimento através da exauriente pesquisa realizada pelo autor, que lida com uma problemática não somente atual, mas de importância ímpar à legitimidade e eficácia da jurisdição da Corte Constitucional, bem como harmonia entre os poderes constitucionalmente instituídos.

**Jandercleison Pinheiro Jucá**

**Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.  
Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos.**

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALETICA

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>  15</b>
------------------------	-------------

<b>PARTE I: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SEU PAPEL INSTITUCIONAL PARA A DEMOCRACIA NO CONTEXTO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....</b>	<b>  25</b>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

<b>1. DA CONSOLIDAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO BRASIL.....</b>	<b>  27</b>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

1.1. A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO .....	27
----------------------------------------------------------------	----

1.2. DO MINIMALISMO AO MAXIMALISMO JUDICIAL.....	40
-----------------------------------------------------	----

1.3. DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	46
-------------------------------------------------------------------------	----

1.4. A DESEJÁVEL POSTURA CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFESA DOS INTERESSES DE MINORIAS VULNERÁVEIS E O VÉRTICE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	55
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

<b>2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O FENÔMENO JURISTOCRÁTICO: A EXPERIÊNCIA DO VIÉS JURISCÊNTRICO E DOS TENSIONAMENTOS INSTITUCIONAIS .....</b>	<b>  65</b>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

2.1. O FENÔMENO DA JURISTOCRACIA EM SUAS VARIADAS DIMENSÕES: A SUPREMOCRACIA, A	
------------------------------------------------------------------------------------	--

RAZÃO SEM VOTO E A (DES)LEGITIMIDADE DO MAXIMALISMO JUDICIAL .....	65
2.2. O PORTA VOZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A IMPERMEABILIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À SOCIEDADE CIVIL NA DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	72
2.3. AS ESTOCADAS INSTITUCIONAIS E A ANGÚSTIA CONSTITUCIONAL.....	78
2.4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A EXPERIÊNCIA NA ADPF 347/2015 SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO ESTRUTURAL.....	83
<b>PARTE 2: A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O SEU PAPEL INSTITUCIONAL PARA A DEMOCRACIA NO CONTEXTO COLOMBIANO PÓS CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DE 1991 .....</b>	<b>  93</b>
<b>3. A DESCOBERTA DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O SEU CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO .....</b>	<b>  95</b>
3.1. BREVE NOTA HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS .....	95
3.2. FORMAS DE DELIBERAÇÃO DA CORTE .....	101
3.3. EFICÁCIA DAS DECISÕES.....	104
<b>4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E A DENSIFICAÇÃO DA CIDADANIA FRENTE A SOCIEDADE CIVIL.....</b>	<b>  107</b>
4.1. UMA CORTE VOCACIONADA À DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	107

4.2. O ATIVISMO MODERADO DA CORTE COLOMBIANA.....	109
4.3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE.....	112

**PARTE 3: CONTRIBUIÇÕES ADVINDAS DA MATRIZ INSTITUCIONAL DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOB A ÓTICA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO..... | 115**

**5. CAMINHOS POSSÍVEIS PARA UM COMPROMISSO MAXIMIZADOR CONSTITUCIONAL..... | 117**

5.1. RECONCILIANDO A DEMOCRACIA DELIBERATIVA: DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E INSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.....	117
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

5.2. AMPLIANDO A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CICLO INSTITUCIONAL DA DECISÃO DEMOCRÁTICA.....	130
------------------------------------------------------------------------------------------	-----

5.3. AS ALTERNATIVAS OFERTADAS PELO CONSTITUCIONALISMO POPULAR E PELO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.....	141
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

5.4. A NECESSÁRIA CRIAÇÃO DE UMA CORTE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	146
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

**6. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 161**

**REFERÊNCIAS..... | 165**

**POSFÁCIO..... | 179**

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

# INTRODUÇÃO

O momento é de incertezas e de crise da democracia representativa e participativa. A modernidade não cumpriu as suas promessas e existe distanciamento entre Estado, processo democrático, direitos fundamentais formalmente estabelecidos e sua efetivação. Cresce a convicção de que o ocidente abandonou o seu período “moderno”, fundado na separação absoluta entre o mundo dos fatos e o domínio dos valores (CASTRO, 2000). Na abordagem aqui realizada, os valores refletem aquilo que a sociedade civil<sup>1</sup> anseia para o seu bem-estar, ao passo que os fatos se traduzem, ainda, na postura dissonante da práxis dos representantes (governantes) diante dos anseios dos representados (governados).

A previsão de Montesquieu, no sentido de que o povo era excelente para eleger, mas péssimo para governar, parece ter se traduzido na consolidação de representantes que iriam gerenciar, planejar, governar e elaborar leis em nome do titular primeiro do poder político. Interessante, ainda, notar que o surgimento dos partidos políticos, no século XX, veio para atender às exigências das camadas menos favorecidas da sociedade burguesa, que necessitavam de um canal de comunicação que reverberasse as aspirações po-

---

1 Neste trabalho científico, adotar-se-á a percepção de sociedade civil como povo organizado e ponderado de acordo com os diferentes pesos políticos de que dispõem os grupos sociais em que os cidadãos estão inseridos em dada comunidade (PEREIRA, 1995). Todavia, não se desconhece a complexidade teórica que envolve esta categoria. Para Gramsci, por exemplo, o conceito de sociedade civil é inseparável da noção de totalidade, isto é, da luta entre as classes sociais, e integra sua mais densa reflexão sobre o Estado ampliado. Este teórico procurou compreender a organização das vontades coletivas e sua conversão em aceitação da dominação, por meio do Estado capitalista desenvolvido, em especial, a partir do momento em que incorpora, de modo subordinado, conquistas de tipo democratizante resultantes das lutas populares. Nesta perspectiva, a sociedade civil é indissociável dos aparelhos privados de hegemonia – as formas concretas de organização de visões de mundo, da consciência social, de formas de ser, de sociabilidade e de cultura, adequadas aos interesses hegemônicos (burgueses). Assinala-se, ainda, a ampliação dos espaços de luta de classes nas sociedades contemporâneas, em sua íntima vinculação com o Estado. Seu objetivo é contribuir para superar o terreno dos interesses (corporativo) e o de uma vontade plasmada pela vontade estatal, defendendo uma sociedade igualitária. Para maiores informações: Sociedade Civil (fiocruz.br). Acesso em 27 abril. 2021.

pulares para o seio estatal. Assim, o desenho político pode ser dimensionado da seguinte maneira: povo ↔ partidos políticos ↔ Estado<sup>2</sup>.

Todavia, o risco da vontade popular não se refletir nas atitudes dos partidos políticos ocorre quando esses se alienam por inteiro em um ato de “fecharem-se para os seus próprios interesses” (oligarquia partidária<sup>3</sup>), olvidando-se dos reclamos e anseios da sociedade civil. Eis aí a corrupção dos partidos políticos que deságua na quebra de confiança da sociedade e na desilusão do corpo eleitoral<sup>4</sup>. A lição de nossa época demonstra que, não raro, os partidos, considerados instrumentos fundamentais da democracia, corrompem-se. A consequência inevitável disso

---

2 A importância dos partidos políticos cresce na exata proporção que aumentam os clamores do povo por melhoria e reforma social (desenvolvimento da ideia de Estado Social), firmando-se a ideia de que tais entes se revelam imprescindíveis para a democracia e com ela se identifica nos objetivos e propósitos almejados. Isto porque, conforme se pode observar, as instituições partidárias passam a fazer o prestigioso papel de interlocução do povo (caixa de ressonância) frente ao governante. Maiores informações em: Crise da democracia representativa: participação popular e o resgate da confiança - GNMP. Acesso em 08/01/2022.

3 El término “partidocracia” es usado en sentido peyorativo para aludir al gobierno de los partidos políticos, o sea la gran influencia social de los mismos; y fue empleada a comienzos del siglo XX por los gobiernos conservadores, especialmente el nazismo, el fascismo y el franquismo para criticar a los partidos de masas y la influencia disolvente de las tradiciones familiares y religiosas. Sin embargo, esta crítica al dominio de los partidos políticos fue retomada a partir de 1970, por una corriente totalmente opuesta, por la ideología llamada de izquierda, con partido único, que acusó a los regímenes pluralistas, sobre todo bipartidistas, de consolidar el orden existente, las tradiciones, en lugar de propugnar cambios, y de que quienes se alinean en un partido, lo hacen para lucrar en lugar de hacerlo para favorecer el bien común, y cada partido tiende a destruir a su adversario político en lugar de complementarlo. Otra crítica estuvo vinculada a la gran burocratización partidaria y a que se favorezcan desde los partidos a ciertas personas o sectores sociales, no por sus esfuerzos o aptitudes sino por estar afiliados o votar al partido, que selecciona candidato y luego, una vez que asumen el mando, los controlan. Los partidos se convierten en un modo de escalar posiciones sociales y de controlar a la sociedad, más que a servir a sus intereses; es por eso que ya no son un instrumento de la democracia. En general son pocos partidos fuertes los que concentran el poder, y quienes no están de acuerdo con ellos, solo pueden actuar a través de grupos de presión. Maiores detalhes: Concepto de partidocracia - Definición en DeConceptos.com. Acesso em 13/01/2022.

4 Nos últimos anos, as manifestações dos movimentos populares demonstram o indiscutível desgaste do modelo representativo de se construir consensos políticos dentro de um ambiente hermético e institucional. Maiores informações em: Manifestações falharam em promover a democracia representativa no Brasil — IEA USP. Acesso em 08/01/2022.

é a fragilização do corpo eleitoral. Os partidos passam, então, a irradiar uma vontade infiel e contraditória do sentimento da massa popular, de modo que emerge o pernicioso fenômeno da ditadura invisível dos partidos (partitocracia). O partido onipotente, sob os auspícios de uma direção míope e centralizadora, a esta altura, já não é o povo nem a sua vontade geral, mas ínfima minoria que, tendo os postos de mando e os cordões com que guiar a ação política, desnaturou nesse processo de condução partidária toda a verdade democrática. (BONAVIDES, 2000).

O desencaixe verificado no profundo hiato “anseio dos representados (sociedade civil) x políticas públicas<sup>5</sup> realizadas por agentes políticos representantes”, dentre outros fatores, fez emergir considerável expansionismo judicial<sup>6</sup>. Isto porque, ao fazer frente à omissão institucional e funcional dos Poderes Executivo e Legislativo, em temáticas diversas, o Poder Judiciário viu-se na incumbência de responder aos reclamos sociais, econômicos e políticos de variados matizes. Todavia, em virtude deste atuar mais incisivo, tensionamentos graves entre o Executivo, Legislativo e Judiciário têm sido observados, no Brasil, de modo a colocar em xeque, em algumas oportunidades, a plena harmonia entre os poderes da república<sup>7</sup>.

---

5 O termo políticas públicas remete a um conceito recente – e amplo – nas Ciências Políticas. A partir da segunda metade do século XX a produção acadêmica norte-americana e europeia se debruçou sobre estudos que tinham por objetivo analisar e explicar o papel do Estado, uma vez que suas instituições administrativas impactam e regulam diversos aspectos da vida em sociedade. Nesse sentido pode-se concluir que as políticas públicas estão diretamente associadas às questões políticas e governamentais que mediam a relação entre Estado e sociedade. As políticas públicas de modo geral são atravessadas pelos campos da Economia, Administração, do Direito e das Ciências Sociais. Elas se traduzem em políticas econômicas, políticas externas (relações exteriores), políticas administrativas e tantas outras com referência nas ações do Estado. Invariavelmente, as políticas públicas que mais se aproximam da vida cotidiana são as políticas sociais – comumente organizadas em políticas públicas setoriais (como por exemplo, saúde, educação, saneamento básico, transporte, segurança etc.). Maiores detalhes: Entendendo os conceitos básicos de Políticas Públicas - CLP - Centro de Liderança Pública. Acesso em 12/01/2022.

6 No Brasil, a constitucionalização de direitos e a efetividade do Estado Democrático de Direito, conjugada com certo grau de anomia institucional dos Poderes Legislativo e Executivo, além de outros fatores, reclamaram atuação do Poder Judiciário em espaços políticos que antes eram comumente reservados aos gestores públicos. Maiores detalhes em: ConJur - Diário de Classe: Novas tendências na jurisprudência do STF e a juristocracia. Acesso em 18 fev. 2021.

7 No limite da tensão entre os Poderes que constituem uma República Democrática pode ocasionar uma inevitável crise, com possível ruptura institucional. Maiores detalhes: Conteúdo Jurídico | Tensão entre os Poderes: possível saída dialógica (conteudojuridico.com.br). Acesso em 08/01/2022.

Em um momento em que parte considerável das questões políticas relevantes e sensíveis é judicializada, em paralelo a atrofia institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, em matéria de políticas públicas que objetivem consolidar direitos fundamentais<sup>8</sup>, pode-se afirmar, com razoável segurança, que há, atualmente, no Brasil, recrudescimento do fenômeno juristocrático<sup>9</sup>. Nesta realidade, o órgão judicial acaba por dominar o sentido indeterminado dos textos normativos, especialmente a Constituição Federal, substituindo-se, em certa medida, às instituições formais que historicamente exerceram esta função.

Desde já, algumas indagações podem ser ventiladas e denunciam o quão complexa se apresenta a temática em estudo. Afinal, em que grau e dimensão percebe-se, no Brasil, a agudização do fenômeno juristocrático? Quais as consequências institucionais advindas da adoção de uma perspectiva juriscêntrica na concretização de políticas públicas que digam respeito a efetivação de direitos fundamentais? Outras questões podem ser feitas decorrentes dessa problematização na presente investigação. Como resultado, é possível, sob o ponto de vista teórico e da práxis, desenvolver condições dialógicas com o escopo de arrefecer possíveis tensionamentos entre os Poderes da república? Como ampliar o espaço democrático para a sociedade civil em uma arena ainda hermética e autorreferenciada, como é o caso do Poder Judiciário brasileiro? Dentro da realidade sul-americana, há experiência, no Direito Comparado, que autorize a adoção de mecanismos jurídicos e institucionais que legitimem a atuação mais desembaraçada do Poder Judicial em matérias de políticas públicas agasalhadoras de direitos fundamentais?

---

8 Na seara das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, o esmorecimento institucional dos Poderes Legislativo e Executivo abre espaço para uma maior atuação dos órgãos jurisdicionais. Exemplo desta constatação ocorreu no Brasil, na omissão do Poder Legislativo em aprofundar a discussão acerca do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, circunstância que possibilitou que se levasse tal questão para o Supremo Tribunal Federal. Maiores detalhes em: Conteúdo Jurídico | O Supremo Tribunal Federal no desempenho da jurisdição constitucional e o ativismo judicial (conteudojuridico.com.br). Acesso em 08/01/2022.

9 Os comportamentos decisórios das Cortes Supremas não podem ser explicados ou avaliados em isolamento, com distanciamento dos contextos políticos, históricos, ideológicos e institucionais condicionantes. O que se observa, no entanto, é que o *pensamento juriscêntrico* pode favorecer o fomento da supremacia judicial frente aos demais Poderes constituídos, quanto a eleição de como, quando e onde se deve aplicar determinada política pública. Maiores detalhes: ConJur - Carlos Alexandre Campos: Vargas, Roosevelt e a independência judicial (página 3 de 4). Acesso em 08/01.2022.

Crê-se que algumas hipóteses são capazes de explicar o fenômeno da juristocracia no Brasil, que, por sua vez, pode ser indicado como uma das consequências da fragilização do sistema representativo, bem como dos tensionamentos institucionais entre os Poderes formais: (a) descolamento das pretensões dos partidos políticos e de seus integrantes frente ao que intenciona a sociedade civil<sup>10</sup>; (b) disfuncionalidades institucionais dos poderes da república, no exercício das suas atribuições constitucionais e (c) desaguamento e discussão de temáticas sociais, econômicas e políticas em campo historicamente não vocacionado para responder a demandas de natureza hiper complexa<sup>11</sup>.

Algumas condutas específicas, dentro do quadro das agremiações políticas, podem contribuir para que se estabeleça a nefasta oligarquização partidária, que tanto contribui para o autorreferenciamento destas entidades: falta de filiação aos partidos políticos; escassos quadros preparados para exercer as responsabilidades internas e externas; burocratização do sistema de funcionamento intrapartidário; personificação dos partidos em lideranças escassas e, às vezes, única; ausência de programa (ideologia efetiva e real) partidária; ausência de maior controle no manejo dos recursos advindos do financiamento público partidário; atribuição/lootamento de cargos e funções em diversificadas entidades estatais e paraestatais (aparelhamento estatal) segundo critérios predominantemente políticos etc. Essa mescla de partidos oligarquizados, pessoas de qualificação inadequada e poderes sujeitos às flutuações de um mercado extremadamente capitalizado gera claros exemplos de desvios de poder e grandes benefícios econômicos e políticos para intermediários, políticos e empresários inescrupulosos que colocam os interesses privados acima do bem comum. (BONAVIDES, 2000).

---

10 A lição que se alinha, no Brasil, desde a Assembleia Constituinte, é que a sociedade civil deve buscar o receituário de perseguir um movimento pluralista e respeitoso de ideais e intenções que dialogue com o Estado e os partidos políticos, porém deve ser mostrar autônoma a ambos. (AVRITZER, 2012).

11 Exemplo flagrante e que será melhor aprofundado em passagem posterior deste estudo, é o dos processos estruturais. A análise, no caso dos litígios complexos, se afasta significativamente do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento. Os problemas são policêntricos e sua solução não está preestabelecida na lei, o que acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisdicional. Maiores informações em: Direito Hoje | Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças (trf4.jus.br). Acesso em 08/01/2022.

As consequências óbvias dessa degeneração perpassam desde a coação partidária, que restringe a atuação de seus próprios parlamentares filiados, em que a consciência individual cede lugar à consciência partidária (a liberdade do parlamentar transmuda-se em obediência cega às diretrizes dos partidos), até a quase abolição da discussão construtiva parlamentar, que deveria implicar na tentativa racional e argumentativa da persuasão (a imposição aniquila o debate de ideias). Sobressaem, como consequência direta deste movimento insular, a corrupção e a ausência de transparência dos poderes públicos.

O retrocesso em se incorporar o ideal do elitismo democrático implica indiscutível redução da abrangência e do significado da ideia de soberania, transformando-a de um processo de formação da vontade geral em um processo de autorização de governantes. Tal circunstância acaba por limitar o papel do povo a “produtor de governos” ou mero selecionador daquele grupo no interior das elites que lhe parece o mais capacitado para governar. (AVRITZER, 1999).

No Brasil, seja em virtude do descolamento agudo vivenciado no modelo de representação política, seja pelo fato de haver arrefecimento de discussões de temáticas outrora vizinhas, no campo institucional, dos Poderes Legislativo e Executivo, o cenário político-jurídico não tão recente que se desenha é o de deposição de elevadíssimas expectativas sobre a capacidade do Poder Judiciário de tirar do papel as promessas ainda não cumpridas na Constituição de 1988.

O declínio da confiança no parlamento e no gestor público constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países e, no Brasil, não poderia ser diferente. Assim, parece ter sido inevitável a elevação funcional do Poder Judiciário, como “terceiro gigante”, frente aos demais poderes, a fim de fazer frente ao “legislador mastodonte” e ao “leviatenesco” administrador. (CAPPELLETTI, 1999).

Ocorre que, por motivos diversos, que serão mais bem explorados no decorrer deste trabalho, o viés judicialista ou juriscêntrico faz emergir grande risco institucional de o Judiciário, no esforço de se travestir como grande guardião das promessas não cumpridas da modernidade, tornar-se verdadeiro muro das lamentações jurídicas. (BRANDÃO, 2017).

Demais disso, conforme mais adiante se detalhará, observa-se que o modelo institucional atual de atuação do Supremo Tribunal Federal revela-se muito pouco poroso à participação da sociedade civil, seja como legitimada ativa, “amiga da corte”, etc., nas discussões constitucionais, em sede abstrata ou concreta, que digam respeito à concretização de políticas

públicas de natureza hiper complexa e de interesse geral, notadamente de minorias vulneráveis. Isto porque, diversos filtros de cunho político, jurisprudencial e institucional criam uma rede de impermeabilização, cuja malha só autoriza, em regra, a entrada de interesses corporativos e de elites políticas e econômicas (NUNES, 2020). Tal circunstância atrai a necessidade de se proceder análise crítica acerca da viabilidade jurídica de se implementar mecanismos formais e/ou informais que permitam maior participação da sociedade civil dentro da esfera judicial.

Exatamente aqui, realizando-se pesquisa no Direito Comparado, colheu-se da experiência colombiana fonte paradigmática que parece se mostrar apta a permitir a criação, no Brasil, de uma Corte exclusivamente Constitucional, que se mostre vocacionalmente voltada para a defesa dos direitos fundamentais, apta e organicamente preparada a exercitar ativismo adequado, em sintonia dialógica com os demais Poderes da república.

O objetivo geral deste trabalho é investigar o fenômeno da juristocracia no Brasil e a (im)possibilidade de se ampliar o acesso democrático da sociedade civil ao Poder Judicial. São objetivos específicos: a) analisar as causas que geraram o expansionismo funcional do Poder Judiciário no Brasil; b) averiguar as limitações institucionais do Poder Judiciário para fazer frente às demandas sociais, notadamente no que tange às políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais; c) avaliar, em perspectiva dialógica, as posturas que podem ser adotadas para minimizar o possível hiato existente entre a realização das políticas públicas e as demandas da sociedade civil brasileira, levando-se em consideração os tensionamentos institucionais existentes entre os Poderes da república; d) investigar a possibilidade de adoção orgânica e institucional de instrumentos formais e informais utilizados pela Corte Constitucional Colombiana para fazer frente aos desafios impostos na efetivação de políticas públicas que guarneçam direitos de minorias vulneráveis e, por fim, e) pesquisar acerca da (in)viabilidade de se instituir, no Brasil, Corte de perfil exclusivamente Constitucional.

A temática proposta nesta análise é atual e está na pauta de intensas discussões nos campos jurídico, político, social e entre acadêmicos, diante das sérias consequências que o fenômeno da juristocracia provoca no Brasil, em especial os tensionamentos entre os Poderes, e da insuficiência de medidas institucionais, formais e informais que permeabilizem o acesso da sociedade civil aos órgãos judiciais, notadamente o Supremo Tribunal Federal. Apesar da atualidade dos debates acerca desta questão, é fato que a literatura científica ainda se resente de mais estudos volta-

dos para entender as motivações que intensificam o viés juriscêntrico que gravita no Poder Judiciário, os desdobramentos dos obstáculos existentes ao acesso da sociedade civil aos órgãos judiciais de cúpula, os limites internos e externos que fragilizam o Poder Judiciário como locus político para análise e decisão em determinadas temáticas e a construção/implantação de mecanismos do Direito Comparado que permitam o decréscimo do fenômeno juristocrático e, como consequência, a restauração da democracia representativa argumentativa, sob uma perspectiva mais ampliada.

A importância social deste problema é indiscutível, haja vista que atinge todos os brasileiros, indistintamente. A busca de soluções possíveis é imperiosa, porquanto, em última senda, a própria sobrevivência e integridade do processo democrático pátrio depende da implantação de mecanismos que permitam resgatar a fragilizada confiança da sociedade civil brasileira nas instituições pátrias. Com relação à justificativa de ordem acadêmica, a presente investigação se harmoniza com a linha de pesquisa deste programa de pós-doutoramento (Estado Democrático e Acesso à Justiça), uma vez que o tema democracia representativa guarda relação simbiótica com o atuar cidadão participativo<sup>12</sup> (art. 1, inciso II da Constituição Federal de 1988).

Com o presente estudo, objetiva-se a análise e a compreensão do fenômeno da juristocracia em seus diversos aspectos, relações e níveis. A decomposição de tal abordagem sob os matizes jurídico, sociológico e político (Direito, Sociologia e Ciência Política) permitirá, por exemplo, averiguar a eficácia de instrumentos que já são utilizados no Direito Comparado (Colômbia) com o objetivo de garantir uma maior participação da sociedade civil (minorias vulneráveis em maior grau) na concretização de direitos fundamentais.

Portanto, tal pesquisa poderá auxiliar, ainda que sem pretensões de esgotamento de um tema tão vasto e complexo, a lançar novos enfoques acerca da temática escolhida, além de traçar linhas relevantes de como o cidadão brasileiro, em sua dimensão coletiva, pode, efetivamente, amenizar os efeitos oriundos do elevado grau de hipertrofia que a ju-

---

12 O Título I da Constituição Federal de 1988 refere-se aos *princípios fundamentais*, os quais são essenciais para a compreensão e o exercício dos demais dispositivos. O inciso II do artigo 1º aponta a *cidadania* como alicerce do Estado *Democrático de Direito*. O princípio democrático explica, mediante o exercício da cidadania, o sentido realizativo da prática da autodeterminação dos membros de uma comunidade jurídica que se conhecem uns aos outros como membros livres e iguais em uma associação na qual adentram voluntariamente. (HABERMAS, 2003).

ristocracia, em diversas oportunidades, atingiu e, assim, contribuir para salvaguardar a democracia representativa e participativa no Brasil.

O presente estudo trabalha com objeto próprio do Direito Constitucional que, por sua vez, se relaciona umbilicalmente com os campos da Ciência Política e do Direito Comparado.

Assim, sob uma perspectiva compreensivista, cuja preocupação maior se dá com a apreensão das relações, valores e significados do conjunto de fenômenos humanos gerados socialmente (interpretação da realidade humana vivida socialmente), adotar-se-á vertente jurídico-sociológica. Isso porque, deve-se procurar compreender os fenômenos da juristocracia e crise de representatividade sob uma perspectiva jurídica e social mais ampla, o que possibilitará investigar o porquê e em que medida se deu o expansionismo juriscêntrico. (GUSTIN & DIAS, 2002).

Seguindo a vertente acima, por intermédio de uma construção indutiva<sup>13</sup>, será realizada investigação do tipo jurídico-compreensiva, o que viabilizará a análise e decomposição da juristocracia em seus diversos aspectos, relações e níveis e, como corolário, a verificação do momento em que a supremacia judicial se fez mais profunda e crítica, bem como dos possíveis instrumentos que podem ser manejados com o fito de melhor equalizar tal desarranjo (GUSTIN & DIAS, 2002).

Sendo assim, na primeira parte deste trabalho, será averiguada como se deu a consolidação da jurisdição constitucional e a judicialização das questões políticas no Brasil, circunstância que implicará na análise da expansão do papel político do Poder Judiciário, as dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e o estudo acerca do fenômeno juristocrático em seus diversos matizes (supremocracia, estocadas institucionais e julgamento de demandas estruturais, sob a ótica do estado de coisas inconstitucional, na ADPF 347/2015). Na segunda etapa desta pesquisa, será realizado estudo comparativo orgânico e institucional, tendo como paradigma a Corte Constitucional Colombiana, oportunidade em

---

13 Múltiplos são os exemplos de tensionamentos institucionais: 1) quando o ministro do STF Alexandre de Moraes barrou a nomeação de Alexandre Ramagem, delegado e amigo de Bolsonaro, para a Polícia Federal, Bolsonaro disse que “não engoliu” a decisão, e disse que Moraes chegou à corte por “amizade” com o ex-presidente Michel Temer; 2) outro ponto de tensão é o inquérito das fake news, instaurado pelo STF, que investiga ofensas e ameaças contra integrantes da corte e a suposta participação de parlamentares bolsonaristas na divulgação de notícias falsas e organização de atos que pedem o fechamento do Supremo e do Congresso. Maiores detalhes: Tensão nos três poderes: como funciona ‘sistema de freios’ entre Congresso, STF e Bolsonaro - BBC News Brasil. Acesso em 10/01/2022..

que será possível discorrer sobre a sua forma de acesso e competência, os seus modelos de deliberação, a sua vocação para a defesa dos direitos fundamentais em prol da sociedade civil e as principais características que permitem perquirir sobre a adoção dos mecanismos formais e informais colombianos na realidade brasileira. Finalmente, na terceira etapa desta investigação, será possível certificar, sob a ótica do transconstitucionalismo<sup>14</sup>, se as contribuições advindas da matriz colombiana podem ser adotadas em território nacional, bem como se é factível a ampliação da participação da sociedade civil no ciclo institucional da decisão judicial, culminando-se pelo exame acerca da viabilidade de se implementar uma Corte de perfil exclusivamente constitucional no Brasil.

---

14 Marcelo Neves instituiu o termo *transconstitucionalismo* com o objetivo de delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, ou seja, o desenvolvimento de formas de aprendizado recíproco e intercâmbio existente em cada caso concreto, principalmente no que tange a impasses atinentes a direitos humanos. Pode-se falar em diálogos ou conversação entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais, etc. Essa conversação consiste em comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas. Maiores detalhes: <https://revistas.unaerp.br>. Acesso em 18/01/2022.

**PARTE 1**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E  
O SEU PAPEL INSTITUCIONAL PARA  
A DEMOCRACIA NO CONTEXTO  
BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL DE 1988**

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

# 1. DA CONSOLIDAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO BRASIL

## 1.1. A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO

O declínio da confiança nos agentes políticos detentores de mandato eletivo e nas respectivas agremiações partidárias que lhes conferem respaldo representativo constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países<sup>15</sup>. Este fato impulsionou o Poder Judiciário, antes um poder periférico, encapsulado em uma lógica autopoietica inacessível aos leigos, a assumir funções mais alargadas em searas tradicionalmente direcionadas ao Poder Executivo e Legislativo.

Preocupações relativas à agenda política pública e em temáticas sociais de variados matizes tem realçado o Judiciário como poder que passa a ser percebido como um verdadeiro estuário para as insatisfações existentes em decorrência da atrofia institucional do Executivo e do Legislativo, sendo, por isso mesmo, convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais<sup>16</sup>. Tais fatos têm funcionado como verdadeiros motores da judicialização

---

15 As consequências óbvias desta degeneração perpassam desde a coação partidária, que restringe a atuação de seus próprios parlamentares filiados, onde a consciência individual cede lugar à consciência partidária, até a quase abolição da discussão construtiva parlamentar, que deveria implicar na tentativa racional e argumentativa da persuasão. Maiores detalhes: Crise da democracia representativa: participação popular e o resgate da confiança - GNMP. Acesso em 10/01/2022.

16 Por exemplo, a judicialização das políticas de saúde nas últimas três décadas tem se revelado inexorável no contexto brasileiro. O Supremo Tribunal Federal (STF) lançou, em março de 2020, o Painel COVID-19, que permite acompanhar os processos judiciais relacionados à pandemia em tempo real. Dois meses após, o painel registrava 2.762 processos e 2.614 decisões judiciais. A intensidade da litigância em saúde não é excepcional. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizava nos Tribunais Superiores, no ano de 2008, 2.969 processos e, em 2017, 40.658. Na primeira instância o número de processos também dobrou no mesmo período, com 95.752 processos no ano de 2017. Maiores informações em: Novas abordagens sobre a judicialização de políticas públicas no Brasil (scielo.br). Acesso em 03 mar. 2021.

da política, fenômeno corrente nos países de democracia avançada, como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e EUA, entre outros. No Brasil, todavia, esta assunção de papel não tem sido operada em águas tranquilas e sob um confortável consenso. (VIANNA, 2014).

Ademais, a mudança provocada pelo fenômeno do *welfare state*<sup>17</sup> (bem-estar social), próprio das sociedades massificadas e tão comum ao mundo contemporâneo, ultrapassou, em muito, o simples setor econômico, trazendo reflexos candentes às relações, comportamentos, sentimentos e conflitos sociais, de modo a exigir novo e acentuado papel dos tribunais judiciais no controle efetivo dos Poderes Legislativo e Executivo do “estado leviatã”. É sabido que, em tempos pretéritos, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos “privados”. (CAPPELLETTI, 1999).

A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos (*checks and balances*<sup>18</sup>) pode, afastando a erosão constitucional<sup>19</sup>, fazer coexistir um Legislativo forte com um Executivo forte e um Judiciário forte. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos de maiorias ocasionais pode dar uma grande contribuição à democracia,

---

17 O *welfare state* é um modelo de Estado assistencialista e intervencionista, fundado nos direitos sociais universais dos cidadãos. Nele, o governo é responsável pela garantia do bem-estar social e qualidade de vida da população, além da promoção da igualdade. Além de criar políticas sociais que asseguram saúde, educação e moradia, esse tipo de governo intervém para regular a economia e se sustenta com um sistema tributário de grande peso. No entanto, a crise fiscal acabou inviabilizando o modelo na maioria dos países do mundo. Para maiores informações: Welfare state: o que é e quais suas características? (capitalresearch.com.br). Acesso em 02 mar. 2021.

18 O poder político exercido de forma plural deve, necessariamente, pautar-se por normas de lealdade constitucional de maneira que seus titulares, em regime de cooperação, realizem os objetivos traçados na Constituição Federal. Ocorre que isto só é possível se existir respeito mútuo, restando afastada toda e qualquer forma de retaliação gratuita. Para maiores informações: “Checks and balances” e conflitos políticos - Página 2/2 - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 02 mar. 2021.

19 A erosão da consciência constitucional ocorre quando há uma desvalorização funcional da constituição escrita, ou seja, a omissão dos poderes públicos desvaloriza a função da Constituição, conforme preleciona o jurista KARL LOEWNSTEIN, criador da terminologia. O termo foi utilizado pelo ministro do STF Celso de Mello no julgamento da ADI 1.484/DF, assim como no RTJ 162/877-879, pelo mesmo ministro, e na STA (Suspensão de Tutela Antecipada) nº 175. Maiores informações em: Você sabe o que é o “fenômeno da erosão da consciência constitucional”? (jusbrasil.com.br). Acesso em 02 mar. 2021.

na salvaguarda dos anseios políticos incrustrados nas normas constitucionais. (CAPPELLETTI, 1999). Afinal, quanto a divisão rígida da prolapada separação de poderes, já alertava Ardant (1996, p. 47) que, “en réalité, aucun régime politique n’a entièrement respecté la séparation, les pouvoirs ne restent pas cantonnés dans le domaine qui leur est assigné”.

A consolidação da jurisdição constitucional e o expansionismo judicial, sem qualquer dúvida, guardam íntima relação com os reclamos da Constituição Dirigente, que impôs o deslocamento provisório do centro de decisão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) para o Judiciário, a fim de que este Poder possa suprir, como legislador positivo, inclusive, a indigna inércia muitas vezes observadas dos outros poderes constituídos<sup>20</sup>.

Isto porque, conforme sintetiza Dirley da Cunha (2008, p. 655):

A Constituição Dirigente se volta à *garantia do existente* aliada à *instituição de um programa ou linha de direção para o futuro*, sendo estas, portanto, as suas duas funções. [...]. Ela deve ser considerada, portanto, como uma *ordem fundamental material*, que pressupõe uma dimensão constitucional-constituente, mista de *ordem e programa de ação*. É a função programática da Constituição Dirigente.

Conforme já dito, a atrofia funcional dos Poderes Legislativo e Executivo<sup>21</sup> abre espaço para uma maior atuação do órgão jurisdicional. Exemplo desta constatação ocorreu no Brasil quando da mora do Poder Legislativo no aprofundamento da discussão acerca do reconhecimento

20 O número de pessoas que não se identifica com os entes partidários e as instituições políticas atinge patamar considerável, ao ponto de simbolizar inegável erosão da fidelidade partidária. Esse *locus* de enfraquecimento dos partidos mostra-se como um dos sintomas mais notáveis das últimas décadas na Ciência Política. A insatisfação com a práxis dos entes partidários tornou-se expressão corrente ao ponto de pesquisadores dedicarem inúmeros estudos ao esmorecimento dos vínculos partidários ou ao declínio dos partidos políticos, avaliando a extensão e as implicações desses fenômenos. Há uma área em que os partidos políticos, sem dúvida, perderam espaço: eles já não atraem as fidelidades duradouras dos eleitores. Maiores informações: DISSERTAÇÃO DE MESTRADO- MARCO AURÉLIO NACIMENTO AMADO.pdf (ufba.br). Acesso em 18/01/2022.

21 Conforme López (2014, p. 19), a desilusão com as projeções audaciosas que são ventiladas, desde há muito, através da representação política dos agentes públicos “ha puesto de manifesto la caducidad de aquella visión que entiende la política como un conjunto de dogmas articulados en un discurso enteramente coherente dirigido por quienes se erigen en portavoces del mismo”.

da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, permitindo-se que se levasse tal questão para o Altíssimo Pretório<sup>22</sup>.

Apesar do *judicial activism* e a judicialização da política não serem bem vistos por parcela considerável da comunidade política e acadêmica (BICKEL, 1968; ELY, 1980, dentre outros), sendo muitos os que acusam, inclusive, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal de excesso em sua atuação, uma conclusão é inegável: se a intenção é conferir real densidade normativa aos preceitos constitucionais (mesmo os programáticos), somente uma postura mais ativa e incisiva do Poder Judiciário pode evitar que o mandamento nuclear torne-se, no dizer do ministro aposentado Celso de Mello, uma promessa constitucional inconsequente<sup>23</sup>.

Um limite comumente alinhado para obliterar atuação mais expansiva do Poder Judiciário é ventilado pela *political question doctrine*<sup>24</sup>,

---

22 A interpretação do Supremo sobre a união homoafetiva reconheceu a quarta família brasileira (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ). A Constituição prevê três enquadramentos de família. A decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a entidade familiar monoparental (quando acontece de apenas um dos cônjuges ficar com os filhos). E, agora, a decorrente da união homoafetiva. Ao julgar procedentes as duas ações que pediam o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo, os ministros decidiram que a união homoafetiva deve ser considerada como uma autêntica família, com todos os seus efeitos jurídicos. Os ministros destacaram que é importante que o Congresso Nacional deixe de ser omissivo em relação ao tema e regule as relações que surgirão a partir da decisão do Supremo. Maiores informações em: ConJur - Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva. Acesso em 02 mar. 2021. Outros exemplos podem ser citados: 1) fidelidade partidária: mesmo sem previsão legal, o STF decidiu que o político eleito por determinado partido, se mudasse de partido durante o mandato, perderia o mandato. Para chegar a essa decisão, o Supremo interpretou o princípio democrático e a ideia de representatividade política; 2) declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão dos crimes hediondos: apesar do debate ocorrido nas duas Casas Legislativas, entre os representantes eleitos do povo, que editaram, por lei, a vedação à progressão de regime em casos de crimes hediondos, o STF, alegando uma densa base principiológica, entendeu que tal vedação era inconstitucional; 3) vedação ao voto impresso nas urnas eletrônicas: mais uma vez, após o regular procedimento legislativo que aprovou a minirreforma eleitoral, o STF interviu, de maneira ativista ao declarar a inconstitucionalidade do voto impresso na urna eletrônica; 4) aborto até o 3º mês não é crime: em outra decisão ativista, o Supremo descriminalizou o aborto até o 3º mês de gestação. Maiores informações: Ativismo Judicial - Veja aqui exemplos do que é na prática! (aurum.com.br). Acesso em 26/01/2022.

23 RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

24 Federal courts will refuse to hear a case if they find that it presents a political question. This doctrine refers to the idea that an issue is so politically charged that federal

ou seja, procura-se inviabilizar a sindicabilidade judicial nas questões políticas. Todavia, pode-se verificar que as hipóteses que permitem definir uma questão como política são alargadas ou restringidas, conforme o momento histórico-político vivido pelo Poder Judiciário de dada localidade. Quando o Judiciário adota uma postura de autocontenção, as hipóteses de questões políticas são alargadas; já quando adota uma postura de maior protagonismo judicial, diminuem os casos em que o pronunciamento judicial é negado, em respeito à competência privativa dos demais poderes. (JORGE NETO, 2008, p.90-91).

Afastando-se de uma postura de maior autocontenção, já faz algum tempo, se observa, no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal, com o escopo de responder a reclamos da sociedade civil, na seara das políticas públicas, tem avançado, por exemplo, da mera ciência ao ente omissor (casos de omissão inconstitucional), acerca da mora em adotar providência legislativa ou administrativa, para a implementação do direito reclamado no caso concreto<sup>25</sup>.

Os direitos fundamentais sociais (prestacionais), via de regra, exigem a implementação de políticas públicas. Estas, por sua vez, cabem prioritariamente aos Poderes Legislativo e Executivo, sendo que o primeiro decidirá acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários, ao passo em que ao segundo incumbirá a tarefa de executar os projetos sociais necessários à sociedade. Vê-se que a concretização das

---

courts, which are typically viewed as the apolitical branch of government, should not hear the issue. The doctrine is also referred to as the justiciability doctrine or the non-justiciability doctrine. Para maiores informações: Political Question Doctrine | Wex | US Law | LII / Legal Information Institute (cornell.edu). Acesso em 02 mar. 2021.

25 Foi o que ocorreu, por exemplo, nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, nos quais se reconheceu o exercício do direito de greve aos agentes públicos, aplicando-se, no que couber, a Lei 7.783/1989. Já nas demandas relativas à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada, o Altíssimo Pretório, ante a prolongada mora legislativa, viabilizou a fruição desse direito, conforme se depreende dos seguintes julgados: MI 721/DF, MI 758/DF, MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF; MI 1.182/DF; MI 1.270/DF; MI 1.440/DF; MI 1.660/DF; MI 1.681/DF; MI 1.682/DF; MI 1.700/DF; MI 1.747/DF; MI 1.797/DF; MI 1.800/DF; MI 1.835/DF.

políticas públicas significa, em análise derradeira, na tomada de opções políticas, cuja legitimidade cabe precipuamente ao Executivo/Legislativo em virtude da legitimação democrática que os parlamentares e gestores públicos detêm através do voto popular.

Todavia, tal legitimidade democrática precípua, que cabe aos representantes máximos dos Poderes Executivo e Legislativo, não alija, por completo, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, especialmente nos casos em que se pretende salvaguardar os direitos sociais básicos, como nos casos de garantia ao mínimo existencial e de estrita observância ao encarecido princípio da dignidade da pessoa humana<sup>26</sup>.

Cláudio Pereira de Souza Neto (2003, p.45) realiza pertinente análise acerca do tema:

[...] se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.

No julgamento da ADPF nº 45<sup>27</sup>, o ministro Celso de Mello realçou a possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir na juridicidade de questões que envolvam políticas públicas, a fim de assegurar o mínimo existencial humano:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

---

26 A doutrina que defende o ativismo judicial fundamenta-se, principalmente, na necessidade de efetivação dos direitos sociais, uma vez que estes direitos buscam a redução da desigualdade, a garantia de dignidade da pessoa humana e o real exercício da liberdade. Para maiores informações: Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial - Âmbito Jurídico (ambitojuridico.com.br). Acesso em 02 mar. 2021.

27 STF – ADPF nº 45 MC/DF, Relator: ministro Celso de Mello, Diário da Justiça da União, 04 maio 2004.

É que, se tais poderes do estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Deste indiscutível expansionismo judiciário, realizado inclusive na seara das questões políticas (políticas públicas), tem derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos<sup>28</sup> e das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos individuais e/ou coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania. (VIANNA, 2014).

O que se busca garantir, em última senda, é a autoridade da Magna Carta, que não pode ser solapada e desprestigiada no seu comando eficaz. Mais uma vez, deve-se atentar para a advertência de Ardant (1996, p. 94) para quem “les menaces peuvent venir d’à peu près tous les acteurs du jeu politique et les atteintes portées à la Constitution son inégalement franches et graves”.

Em torno do Poder Judiciário vêm-se criando, então, uma nova arena pública paralela ao circuito clássico “sociedade civil – agremiações

---

28 Não é possível desconsiderar a importância que os entes partidários ainda modulam sobre o exercício da democracia representativa. Todavia, não se afigura mais admissível restringir a prática da atividade política a este enfoque, de modo que as iniciativas cidadãs na esfera da vida social, a participação da sociedade civil na deliberação pública, a maior transparência nos procedimentos que envolvem o prélio eleitoral e o exercício coletivo de controle sobre as autoridades públicas eleitas mostram-se como um conjunto de ações e estratégias que estão umbilicalmente ligadas ao sentido mais preciso e completo da ideia de regime democrático. Somente com um sistema que põe a política ao alcance de todos os cidadãos e que respalde a sociedade civil organizada, poder-se-á afastar o crepúsculo vivenciado atualmente pela democracia representativa no Brasil. Maiores informações: [DIS-SERTAÇÃO DE MESTRADO- MARCO AURÉLIO NACIMENTO AMADO.pdf](#) (ufba.br). Acesso em 18/01/2022.

partidárias – representação – formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo muitas vezes incômodo para a teoria clássica da soberania popular. Neste novo locus, os procedimentos políticos mediadores cedem espaço aos judiciais, expondo, por isso mesmo, o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, grupos sociais e até partidos políticos<sup>29</sup>.

O movimento histórico de transvaloração (importando-se, aqui, terminologia nietzschiana<sup>30</sup>) da jurisdição constitucional foi estabelecido no pós – II Guerra, período em que se vivenciou a ascensão das constituições democráticas nos ordenamentos jurídicos modernos e uma verdadeira transição entre o que se tinha como Estado de Direito para o Estado Constitucional Democrático de Direito<sup>31</sup>, em ruptura com os sistemas totalitários.

A nova configuração constitucional, que demarcou novos projetos políticos, sociais e econômicos, a orientar programas de flagrante conteúdo ético, também precisou ser remodelada para fazer frente às aspirações e promessas da sociedade da época. Disto, desaguou verdadeira revolução do que se concebia como jurisdição constitucional, delineada para superar a difícil missão de resguardar a normatividade superior da lei fundamental<sup>32</sup>.

29 “Como decía, la democracia necesita de los partidos políticos, pero los excesos en los que han incurrido en los últimos años en nuestro país los hace organizaciones muy impopulares. La solución no puede ser otra que su reinención: se necesitan partidos que destierren de sus prácticas cotidianas comportamientos oligárquicos y que, desde la democracia interna y la limitación de su poder, puedan ir recuperando la credibilidad y confianza de los ciudadanos. Otra cosa es cómo se puede producir ese cambio. Desde luego parece poco probable que aquellos que han formado parte de la estructura de poder sean los que produzcan la regeneración; más bien se atisba que ese cambio será fruto de un recambio generacional, además de unas nuevas prácticas tanto en el funcionamiento interno como externo”. Maiores informações: Crise da democracia representativa: participação popular e o resgate da confiança - GNMP. Acesso em 10/01/2022.

30 A expressão cunhada pelo “filósofo dinamite” (*Umwertung aller Werte*), em tradução para a língua portuguesa, tem o significado aproximado de “transmutação ou transvaloração de todos os valores”. Portanto, há a “renovação” das “valorações dominantes e vigentes”.

31 A expressão, utilizada por Dirley da Cunha (2011, p. 267), bem explícita a reverência que o ordenamento jurídico deve manter diante da Carta Magna.

32 Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a

Esse novo modelo de Constituição reclama imperatividade e observância de todo o ordenamento jurídico, vinculando e limitando todos os poderes do Estado. Expande-se o papel do Poder Judiciário, notadamente das cortes constitucionais, na exata medida em que, como guardião da interpretação constitucional e da higidez do ordenamento jurídico como um todo, lhe cabe a análise e controle de todo e qualquer ato estatal que atente contra o conteúdo formal e substancial da norma máxima, seja pela via da ação ou omissão (art. 5º, XXXV e art. 102, caput, da Carta Magna brasileira). Retirar ou fragilizar o papel protetivo e reparador do Poder Judiciário redundaria em inevitável e nítido retrocesso pela subversão de valores, na exata medida em que a norma constitucional estaria submetida a uma estranha força normativa infraconstitucional, bem como na submissão dos direitos e garantias fundamentais a interesses menos substantivos, gerando, por fim, o esvaziamento da própria vontade do detentor do poder estatal: o povo (art. 1º, parágrafo único, da Carta Política brasileira).

A amplificação do papel político do Poder Judiciário, sob o prisma da jurisdição constitucional, deu-se especialmente pelo incremento de densidade dos direitos fundamentais, em movimento que se irradia de forma global, conforme bem explicita Walber de Moura Agra (2005, p.95):

O fator que mais força exerce para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional é o fortalecimento dos direitos fundamentais, que ocorre de forma global, principalmente nas democracias ocidentais. Quanto maior for o recrudescimento dos direitos fundamentais, maior deverá ser a atuação da tutela da Carta Magna para garantir sua concretização. Ao mesmo tempo em que essa é uma de suas funções, é uma forma de legitimar a expansão de sua atuação, além de garantir um direcionamento para as decisões proferidas.

Nesse novo paradigma, vislumbra-se o desenvolvimento da missão jurídico-política das cortes judiciais para além da sua função apenas defensiva do ordenamento jurídico (exemplo: eliminação das leis inconstitucionais). O papel a ser desempenhado torna-se muito mais amplo e verticalizado, haja vista a necessidade de se atuar, muitas vezes, de forma ativa e criativa, in-

---

força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. Maiores informações: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 03 mar. 2021.

terpretando, conformando e suprindo (interpretação construtiva) as lacunas deixadas pelo gestor e legislador, sobretudo nas ocasiões em que o constituinte clama por um *facere* (atuar legislativo ou administrativo)<sup>33</sup>.

Essa nova dimensão política conferida às cortes judiciais desencadeou incessante debate acerca dos valores que a Constituição protege e a forma mais adequada de resguardá-los. Mediante diálogo permanente entre o positivado e os reclamos da realidade social, política e econômica da comunidade, afigura-se possível realizar a concretização do comando constitucional. É justamente a interação entre Constituição e realidade, promovida pelo Poder Judiciário, na análise de determinada demanda, que permitirá o alcance da desejada *eficácia* da norma fundamental e, em especial, a cristalização de sua força normativa, nos moldes proclamados por Hesse (1991, p.14-23):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (pretensão de eficácia). (p.14) [...] “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (p.15) [...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (p.16) [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (p.23)

---

33 A interpretação criativa constitui fenômeno intrinsecamente relacionado a postura mais ativa do Poder Judiciário ante a insuficiente, anacrônica e embotada atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como uma atuação mais intensa e substantiva do Poder Judiciário na concretização de direitos constitucionais. O crescente inconformismo dos anseios do povo com as decisões políticas e a atuação insuficiente dos Poderes Executivo e Legislativo em atender as legítimas expectativas do cidadão, especialmente no tocante a concretização de direitos fundamentais, criou um cenário propício para uma atuação mais vigorosa do Poder Judiciário. Maiores informações em: Interpretação criativa ou propositiva no controle jurisdicional de constitucionalidade: alcance e limites - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 03 mar. 2021.

Percebe-se, pois, a importância do papel assumido pelo poder judicial, na condição de garantidor da integridade da norma constitucional. A atividade atinge relevo ainda maior na medida em que, em último destaque, o que se tem é a prerrogativa de se estampar a vontade última do constituinte, seja eliminando dispositivos que afrontem o comando máximo, seja atuando diante do vazio deixado pela omissão dos demais poderes constituídos. Em atenção a esta concepção funcional ampliativa, inaugurada no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem experimentado inegável incremento de seu papel no fenômeno que, segundo Luís Roberto Barroso (2007, p.35), vincula-se ao evento da “*judicialização da vida*” (*judicialização das questões políticas e sociais*).

Quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. O indesejado descolamento entre as instituições representativas e a sociedade<sup>34</sup>, além de diminuir a já abalada confiança na política, acaba por resultar no fortalecimento do órgão judicial. Somado a este fato, sabe-se que, sobre tecido social, diversas forças políticas atuam em nome de inúmeros interesses fragmentados e setorializados. Como consequência, a percepção coletiva de que tais interesses particularizados acabam por fazer valer a sua força, além da ocorrência de práticas sistêmicas de corrupção, aumentam ainda mais a crise de representação política, contribuindo para a expansão política do órgão jurisdicional. (LEITE, 2017).

O quadro a seguir, elaborado por Silva e Epitácio<sup>35</sup>, bem representa e confirma a incredulidade (índice de confiança) que o cidadão bra-

34 E aqui entra, mais uma vez, a noção do fenômeno da partitocracia, que diz respeito justamente ao êxito que se consolidou no sentido de os partidos monopolizarem não só o poder político, no seio social, como também a própria vida política organizada. O que ocorre, portanto, é a sobreposição e predomínio dos partidos em todos os setores da vida comunitária: político, social e econômico. Percebe-se que, atualmente, tal pretensão foi alcançada e as agremiações partidárias conseguiram penetrar em novos e cada vez mais amplos espaços sociais, de modo que é possível notar um quase absoluto controle da sociedade, em termos de representação política. Maiores detalhes: UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - PDF Free Download (docplayer.com.br). Acesso em 10/01/2022.

35 SILVA, Cleber de Deus Pereira da; EPITÁCIO, Sara. Confiança institucional em sistema partidário cartelizado: as razões da abstenção eleitoral no Brasil. Revista Eleições Cidadania. Ano 4, n. 4, jan./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pi-jurisprudencia-revista-eleicoes-cidadania-vol-4>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

sileiro nutre, especialmente, em relação às agremiações partidárias e às instituições políticas representativas<sup>36</sup>:

*Quadro 1 – Índice de confiança do cidadão brasileiro*

INSTITUIÇÕES	MUITA/ ALGUMA (%)	POUCA/ NENHUMA (%)	N/S/NR (%)
Congresso	31,6	64,8	3,6
Judiciário	41,6	55,17	3,3
Partidos Políticos	20,4	77,9	1,7
Forças Armadas	61,3	36,4	2,3
Administração Pública	36,6	60,7	2,7
Gov/Municipal	37,8	61,0	1,2
Igreja	76,7	23,8	2,2

Fonte: Silva; Eptácio (2013)

Pode-se extrair da análise dos percentuais acima que o número de pessoas que não se identifica com os entes partidários e as instituições políticas atinge patamar considerável, ao ponto de simbolizar inegável erosão da fidelidade partidária.

Outrossim, em determinadas situações, constata-se uma grave inércia dos representantes eleitos na adoção de soluções efetivas para problemas sociais emergentes e complexos. Por vezes, a omissão estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso razoável a respeito de determinada questão, postergando as deliberações resolutivas. Todavia, essa inércia também pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada de decisão sobre um tema sensível para os atores políticos. Em casos tais, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, astuta e silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial. (LEITE, 2017).

Ocorre que o movimento neoconstitucionalista não se apoia em valores homogêneos, senão em uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, competindo ao Poder Judiciário dirimir unilateralmente conflitos concretos entre tais valores, seja no âmbito do controle concreto, seja no âmbito do controle abstrato de

36 Nota: as possibilidades de resposta contidas no questionário são: 1 - muita; 2 - alguma; 3 - pouca; 4 - nenhuma, 5 - não sabe e 0 - não responde. Optou-se por agrupar as respostas em três categorias: 1 - muita e alguma; 2 - pouca e nenhuma; 3 - não sabe e não responde.

constitucionalidade. O resultado que, por vezes, acaba por se desenhar é uma “soberba dos juristas” com o efeito prático de gerar uma asfixia política por saturação jurídica, já que, em casos tais, a visão judicial sobre conflitos políticos e morais profundos acabará por prevalecer sobre a do legislador. (BRANDÃO, 2017).

Nesta perspectiva, a inclinação radical do pêndulo do fenômeno neoconstitucional acabaria por gerar um “viés judicialista” (premissa juriscêntrica) com sobreposição da visão do Poder Judiciário frente aos demais poderes instituídos. Em situações tais, são desconsiderados os limites internos e externos à atuação do Poder Judiciário, especialmente a possibilidade de reação dos demais poderes a decisões judiciais indesejadas (estocadas institucionais)<sup>37</sup>. Essa “paixão obsessiva” pelo Poder Judiciário deposita nele uma enorme confiança na realização de complexos juízos de ponderação, que talvez o juiz de carne e osso (ou mesmo

---

37 Múltiplas são as estocadas institucionais, tanto federais como estaduais, voltadas a provocar uma paulatina erosão das garantias constitucionais. Cita-se apenas algumas: desmonte das estruturas de combate ao trabalho escravo; desprezo pela Convenção 169 da OIT, que assegura direitos essenciais dos povos indígenas; ampliação das hipóteses de exclusão de punibilidade de agentes de segurança; veto ao comitê contra a tortura e proposta de fechamento da Ouvidoria da Polícia, em São Paulo; eliminação dos conselhos de participação da sociedade civil na administração federal; interferência na autonomia universitária; ampliação do acesso e porte de armas contra a lei; saída do pacto global de imigração; etc. Maiores informações em: Legalismo autocrático - Instituto Millenium. Acesso em 03 mar. 2021. Há outro termo usado para categorizar tal estado de coisas: backlash. GEORGE MARMELSTEIN (2016, p. 3) define o fenômeno como “o backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial. Tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias ‘frentes’: a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes ‘obedientes’ e/ou bloquear a indicação de juízes ‘indesejáveis’; tentativas de se ‘preencher o tribunal’ (‘court-packing’) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes ‘inadequados’ ou ‘hiperativos’; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a ‘poda’ dos poderes de controle de constitucionalidade.” O autor acima mencionado esclarece, ainda, que o foco do ataque – ou da reação adversa – não está ligado ao fundamento jurídico da decisão judicial, mas à vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido. Se a decisão judicial tem um caráter conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores. Mais detalhes: O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 26/01/2022.

qualquer agente público) nem sempre tenha condições de exercer, dadas as suas limitações de conhecimento e de tempo. (BRANDÃO, 2017).

Não bastasse isso, não se pode ignorar o fato de o Judiciário não ter a “chave do cofre nem a espada”<sup>38</sup>, dependendo da atuação dos demais poderes para fazer valer a sua decisão. Após a corte judiciária dar a sua “palavra” sobre o sentido de determinado texto normativo, ao invés de ser encerrada a discussão, normalmente se verifica o desencadeamento de um processo de interação entre diversos atores: o Congresso Nacional, o Presidente, órgãos administrativos, associações civis e corporativas, a comunidade jurídica, etc. Em suma: há condicionantes políticas e institucionais à expansão do Poder Judiciário, assim como há limites à sua atividade.

## 1.2. DO MINIMALISMO AO MAXIMALISMO JUDICIAL

Os movimentos revolucionários franceses se voltaram contra o poder absoluto do monarca, tendo como objetivo a derrubada do antigo regime<sup>39</sup>. As arbitrariedades cometidas pelos detentores do poder político, à época, e a manutenção de privilégios de uma classe minoritária provocaram o surgimento de uma reação coletiva capitaneada pela burguesia liberal e sustentada em premissas político-filosóficas que fragilizaram a legitimidade do absolutismo político. As medidas tomadas, naquela oportunidade, visavam a diluição do poder do monarca, substituindo-o por uma instância que representasse a vontade política da coletividade composta por indivíduos iguais. Essa instância não poderia ser outra senão o Poder Legislativo, que passou a representar a soberania popular.

---

38 No *Artigo Federalista* número 78, atribuído a Alexander Hamilton, que assina o texto com o pseudônimo de *Publius*, aponta-se o Poder Judiciário como o *mais fraco dos poderes*; isto é, a magistratura, erroneamente previa Hamilton, não detinha força ou vontade, espada ou cofre... É que, insistia Hamilton, o Judiciário dependeria da boa vontade do Executivo, inclusive para o cumprimento das decisões da magistratura. Maiores informações: ConJur - Alexander Bickel e o Judiciário como o mais fraco dos poderes. Acesso em 22/06/2022.

39 L'expression « Ancien Régime » s'est longtemps appliquée aux seules institutions politiques et sociales de la monarchie française, renversées par la Révolution et symbolisées par l'absolutisme royal et l'existence de privilèges, fondements d'une société juridiquement établie sur l'inégalité naturelle et le régime du privilège. Pour la paysannerie, alors largement majoritaire, l'Ancien Régime s'identifie au « temps des seigneurs », des droits féodaux et de l'oppression fiscale. Pour la noblesse « éclairée » et la bourgeoisie, c'est le temps de l'arbitraire, de la coutume et de l'obscurantisme, reliques de l'époque médiévale qu'il fallait extirper de la loi, du gouvernement et des mœurs. Maiores informações em Ancien Régime - LAROUSSE. Acesso em 04 mar.2021.

Neste contexto de preponderância do parlamento, a credibilidade no regime democrático assentou-se na regra da maioria e em uma pressuposta racionalidade da vontade geral<sup>40</sup>, recaindo, sobre o Poder Judiciário, verdadeira desconfiança, uma vez que a imagem deste ficou associada a um sistema de privilégios que marcou o antigo regime, de sorte que a magistratura se tornou conhecida como a “nobreza de toga”. A identificação da vontade geral com o Poder Legislativo trouxe como consequência a centralização do poder político e institucional nesta instância (supremacia do Poder Legislativo), de modo que a jurisprudência não poderia ser considerada como direito, mas apenas aplicação do direito legislado. (LEITE, 2017).

Este é o contexto que fez sufragar o passivismo judicial em face do direito legislado nas variadas esquinas do mundo ocidental e que perdurou por muito tempo, inclusive no Brasil<sup>41</sup>. A identificação do direito com a lei escrita provoca o culto ao texto legal. Assim, toma a cena o formalismo jurídico de viés positivista-legalista, representado pela Escola da Exegese<sup>42</sup>. Eventuais ambiguidades, obscuridades e imprecisões dos textos legais que implicassem alguma margem de discricionariedade na interpretação seriam fatores que poderiam levar ao arbítrio judicial, circunstância completamente indesejada nesta quadra histórica. Assim, em vez de se falar em construção da norma jurídica pelo juiz, fala-se em declaração da norma já existente e acabada. Busca-se afastar o aspecto volitivo na atividade interpretativa, evidenciando apenas o aspecto cognitivo ou de conhecimento da lei<sup>43</sup>. Sob tal narrativa, a aplicação judicial do direito se desenvolve por

---

40 A vontade geral, explica Rousseau, não é necessariamente a vontade de todos. A vontade de todos é apenas a soma das vontades particulares, enquanto a vontade geral olha para o bem comum. Maiores informações: Rousseau: vontade geral e democracia totalitária - Instituto Liberal. Acesso em 04 mar. 2021.

41 No entender de muitos historiadores, ao romper com um status quo instituído há 50 gerações (cerca de 500 anos) por influência do clero, a Revolução Francesa passou a constituir o marco divisor entre a Idade Moderna e a Idade Contemporânea, e ainda teria sido o evento de maior importância da humanidade, produzindo frutos até hoje. Maiores informações em: Notícias STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 04 mar. 2021.

42 Os defensores da Escola da Exegese não aceitavam a existência de lacunas na lei, pois, por ser fruto da razão, ela alcançaria todo o ordenamento jurídico. Mais detalhes: Escola da Exegese: história e princípios - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 04 mar. 2021.

43 Bien évidemment, cette interrogation puise aux sources de « L'esprit des lois » de Montesquieu qui, il y a 263 ans, définissait ainsi l'office du juge : « Les juges de la

meio de processos silogísticos-formais, reduzindo a função jurisdicional a uma atividade mecanicista e neutra. (LEITE, 2017).

Este aspecto explica a configuração nascente do viés do minimalismo judicial, no qual se reconhece verdadeira autocontenção do Poder Judiciário, em seu relacionamento com os demais poderes instituídos, na medida em que o juiz minimalista faz uso de uma série de técnicas processuais para evitar um pronunciamento judicial mais alargado, ou seja, lança mão de estratégias procedimentais que demonstram cautela e prudência na análise de determinada demanda. Nesta perspectiva, Cass Sunstein sustenta que (2006, p.58):

Minimalists offer very small, case-specific interpretations of Constitutional Law as an alternative to what they see as the excesses of extremists on both sides. They believe that a stable Constitutional Law is in everybody's interest, and place great importance on the concept of precedent and *stare decisis*. They argue that only very small interpretations away from precedent, narrowly applied, and based on the general direction of society constitute true judicial restraint rather than any originalist or strict constructionist viewpoint (in opposition to conservatives), while still allowing for a Living Constitution (albeit one with a much slower adaptation than many liberals would like).

Nesta esteira, o órgão judicial tem consciência que integra um sistema de democracia deliberativa e procura promover os ideais democráticos de participação, deliberação e reação das instâncias políticas. Em síntese, a vertente minimalista defende que o juiz não deve exaurir a análise das questões jurídicas que lhe forem submetidas, deixando um espaço aberto para a atuação dos demais poderes estatais.

Durante considerável período, antes e logo após o advento da Constituição Federal de 1988, essa era a metódica de atuação do Poder Judiciário brasileiro, segundo reconhece Barroso (2008, on line), ao estabelecer a linha divisória entre maximalismo e minimalismo judicial:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar direta-

---

nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. ». Maiores detalhes em <https://paris.notaires.fr>. Acesso em 27/01/2022.

mente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

O maximalismo judicial é caracterizado pela atitude do juiz em pretender decidir as controvérsias jurídicas a partir de fundamentações densas e exaurientes, perscrutando aspectos para além do necessário para a solução do litígio. Ao proceder desta forma, muitas vezes, o órgão judicial anuncia princípios gerais e procura antecipar soluções para outras controvérsias, em relações às quais a sociedade civil e os demais poderes instituídos ainda não tiveram a oportunidade de se manifestar.

Observando-se inúmeros exemplos nacionais, os juízes maximalistas resolvem casos difíceis<sup>44</sup> segundo razões amplas e profundas sobre

---

44 Exemplos de casos difíceis são evidenciados nos processos estruturais, conforme adiante se observará. O processo estrutural, a fim de solucionar adequadamente o litígio complexo, necessita de uma cognição mais ampla e profunda. São casos que não são de simples solução e que o juiz sozinho não consegue vislumbrar a melhor saída, haja vista usualmente ser necessário aprofundar conhecimentos específicos da questão deduzida em juízo. Mais detalhes: A incompatibilidade de processos estruturais em tempos de pandemia - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 27/01/2022.

questões políticas<sup>45</sup>, ambientais<sup>46</sup>, morais<sup>47</sup>, filosóficas<sup>48</sup>, antropológicas<sup>49</sup> e biológicas<sup>50</sup> altamente controvertidas. Os pontos nodais que podem ser observados no comportamento maximalista são: 1) amplitude na fundamentação, com a construção de extensas teorizações a partir das

- 45 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) que instituem a chamada “cláusula de barreira”. A decisão unânime foi tomada no julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 1351 e 1354), ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC). Para maiores detalhes: Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 05 mar. 2021.
- 46 Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3937, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a Lei 12.687/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual. Maiores informações em: Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 05 mar. 2021.
- 47 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído. Maiores informações: Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 05 mar. 2021.
- 48 Depois de autorizar, por cinco votos a quatro, a Extradição (Ext 1085) de Cesare Battisti para a Itália, em um julgamento que durou três dias de longos debates, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a última palavra sobre a entrega ou não do italiano cabe ao presidente da República. Maiores detalhes em: Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 05 mar. 2021.
- 49 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou a validade das 19 salvaguardas adotadas no processo que decidiu pela manutenção da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, mas esclareceu que a decisão tomada na Petição (PET) 3388 não tem efeito vinculante, não se estendendo a outros litígios que envolvam terras indígenas. Os ministros também decidiram que os índios podem realizar suas formas tradicionais de extrativismo mineral, como para a produção de brincos e colares, sem objetivo econômico. O garimpo e a chamada faiscação, com fins comerciais, dependem de autorização expressa do Congresso Nacional. Maiores informações: Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 05 mar. 2021.
- 50 O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Esses argumentos foram utilizados pelo ex-procurador-geral da República Claudio Fonteles em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) ajuizada com o propósito de impedir essa linha de estudo científico. Maiores informações em: STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias (jusbrasil.com.br). Acesso em 05 mar. 2021.

quais são deduzidas regras para a resolução de casos futuros; e, 2) profundidade da fundamentação, na realização de considerações abstratas e fortemente articuladas, diante de questões complexas e controvertidas. (BRANDÃO, 2017).

Como se vê, neste cenário, o Poder Judiciário com matiz maximalista ambiciona extrair da Constituição aquilo que se acredita que ela possa melhor propiciar, buscando aplicar os princípios constitucionais na maior medida possível, através da solução que aperfeiçoe o seu conteúdo. Em determinado momento, ciente deste movimento alargado que o STF já vinha tomando em direção, inclusive, a uma postura mais ativista, o ministro aposentado Celso de Mello expôs<sup>51</sup>:

[...] Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não se pode reduzir a uma posição de pura passividade.

Em virtude do ethos maximalista abraçado pelo Poder Judiciário brasileiro em diversas ocasiões, pode-se concluir que a ascensão do ativismo judicial no Brasil, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, é uma realidade latente do contemporâneo arranjo político institucional

---

51 Naquela oportunidade, o ex-decano do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Celso de Mello, ressaltou o trabalho da Corte como guardiã incondicional da Constituição Federal, disse que não se pode censurar o “eventual ativismo judicial” exercido pelo Supremo e criticou atos contra prerrogativas que classificou de essenciais, como a liberdade de pesquisas científicas. “Como todos sabemos, desde Galileu e Copérnico, a Terra se move e não é mais o centro do Universo”, disse. Maiores detalhes: Notícias STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 05 mar. 2021.

nacional<sup>52</sup>. Nos últimos anos do século XX<sup>53</sup> e, mais destacadamente, neste século XXI, houve uma profunda alteração quantitativa e qualitativa do espaço que o órgão judiciário ocupa no cenário sociopolítico pátrio. As cortes judiciais vêm, cada vez mais, expandindo seus poderes decisórios em face dos demais atores institucionais, e isso em função das grandes transformações políticas, sociais e jurídico-culturais que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988.

### 1.3. DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Percebe-se que o expansionismo judiciário e a conduta maximalista, dentro do prisma do ativismo judicial, se exprimem por meio de decisões que amplificam os poderes do tribunal, diminuindo os espaços de atuação dos demais poderes estatais. Porém, isto não quer dizer que uma decisão considerada ativista representa, obrigatoriamente, uma intromissão ilegítima na esfera funcional de outro órgão. Desta forma, não é razoável condenar, aprioristicamente e em abstrato, toda e qualquer decisão ativista<sup>54</sup>. Deve-se, pois, analisar a conduta ativista e de autocon-

---

52 O ativismo judicial se apresenta como forma de resolução para os conflitos de interesses da sociedade, diante de uma violação arbitrária – por parte do legislador – dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, permitindo que o Supremo Tribunal Federal, ao qual é imposto o dever de guardá-la, juntamente com o restante do Poder Judiciário, contribua para a real efetivação de um Estado Democrático de Direito. Mais detalhes: O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 27/01/2022.

53 Até meados do século XX, na maioria dos países do ocidente, o Poder Legislativo desfrutava de uma posição de proa, vale dizer, sobranceira em relação aos outros poderes do Estado. O Judiciário funcionava, até meados do século XX, como um fiel cumpridor das leis (sobretudo dos códigos, como o código de napoleão). Na França, o Judiciário era tido como a “boca da lei”, sendo-lhe vedada qualquer interpretação proativa e criadora de direitos. O Judiciário, a partir de meados do século XX --- de revés do que se sucedeu no mencionado período anterior --, passou a protagonizar uma posição decisiva na vida política e social das nações democráticas. Maiores informações em: Ativismo judicial no STF. Acertos ou desacertos? - Migalhas. Acesso em 05 mar. 2021.

54 RONALD DWORKIN (1999, p.451/452), *in verbis*: “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça

tenção em situações específicas e individualizadas, de modo a se evitar o perigoso resultado da valoração generalizante.

O caráter crítico de tal postura não passou despercebida por TEOLDINA BATISTA CÂNDIDO VITÓRIO (2011, p. 224):

O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado, numa visão juspositivista, para criar o direito, via decisões judiciais, tendo em vista que tal conduta desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a gravitação entre os três Poderes<sup>55</sup>.

---

*exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima*". Mais informações em O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito "Backlash" no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 27/01/2022.

- 55 Daniel Souza Sarmento, por sua vez, destaca que devido à euforia na fundamentação principiológica surge o que este denomina de "decisionismo judicial", no qual os juízes passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar seus julgamentos. O autor assevera que: *"E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça - ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico"*. Mais detalhes: O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito "Backlash" no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 27/01/2022.

As dimensões ativistas<sup>56</sup>, na jurisprudência do STF, podem ser clarificadas da seguinte forma: a) ocupação de vazios normativos; b) criação e/ou alteração de normas constitucionais; c) expansão de poderes processuais e da força de suas decisões; d) ativismo de precedentes; e) ativismo contramajoritário; f) imposição de obrigações positivas ao poder público; g) maximalismo judicial. (LEITE, 2017).

A ocupação de vazios normativos se relaciona com a fiscalização judicial das omissões inconstitucionais por meio dos remédios jurídicos processuais pertinentes (exemplo: mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Neste caso, está-se diante de hipótese caracterizada principalmente pela omissão total ou parcial de norma legal regulamentadora de preceito constitucional. Realizando-se o diálogo entre o agir do Poder Judiciário e a inércia do poder público, evidencia-se que o que se busca é a efetividade das normas constitucionais, isto é, que se respeitem os comandos constitucionais.

Só que, tratando-se de omissão do ente público, o parâmetro de controle não é feito com base na Constituição como um todo, nem através do bloco de constitucionalidade, mas diante de norma certa e determinada. Neste particular, Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 235) aduz:

de observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma certa e determinada norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição. Ademais disso, não basta o simples dever geral de legislar ou atuar, sendo necessária a existência de uma imposição constitucional ou ordem de legislar, seja ela, porém, abstrata ou concreta, mas forçosamente, reitere-se, definida em norma certa e determinada.

A construção jurisprudencial, no que tange ao controle da omissão inconstitucional, avançou, ao longo do tempo, no Altíssimo Pretório, de modo que se pode verificar uma clara expansão dos poderes normativos judiciais, tempo depois ao advento da Carta Magna atual. Abandonou-se a posição inicial de maior autocontenção, que se restringia ao pronunciamento da inércia do legislador ou administrador omissor, para

---

56 Esta classificação é variável na doutrina, de modo ser, também, possível descrever cinco dimensões de manifestação de ativismo judicial: metodológico (interpretativo); processual; estrutural (horizontal); de direitos; antidialógico. Maiores informações em: Descrição: Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal (ibict.br). Acesso em 06 mar. 2021.

a concretização do direito postulado, inclusive com o suprimento do vazão normativo existente<sup>57</sup>.

Quanto a criação e/ou alteração de normas constitucionais, constata-se relevante grau de indeterminação de diversos enunciados constitucionais, circunstância que contribui, sob o viés interpretativo, para a elevação dos poderes da Corte Máxima nacional, uma vez que permite a esta alargar o seu raio de locomoção com decisões ativistas, mediante a criação e alteração de normas constitucionais que são incorporadas ao sistema normativo<sup>58</sup>.

Todavia, a distinção entre texto e norma não deve ser vista como um “cheque em branco” em favor do intérprete, como se este possuísse legitimidade para distorcer os sentidos dos enunciados normativos, sobretudo em nome de argumentos pragmáticos ou juízos particulares. Isto porque, envolto a qualquer atividade interpretativa, verifica-se a pré-compreensão do sujeito<sup>59</sup>, que não deve justificar manipulação de significados que se adaptem às valorações pessoais do intérprete. (LEITE, 2017).

57 A ampliação do controle das omissões inconstitucionais acompanha a tendência atual de conferir maior efetividade aos ditames constitucionais pelo Poder Judiciário. Anos atrás, ações promovendo direito à saúde e à moradia eram impensáveis quanto a sua procedência. Hoje, no entanto, multiplicaram-se as ações individuais e coletivas pretendendo a efetivação dos direitos sociais e individuais, de modo que o Poder Judiciário vem ganhando legitimidade para promoção e efetivação de direitos. Antigamente, por exemplo, era praticamente unânime o entendimento de que a promoção de direito à saúde era norma de aplicabilidade programática, sendo impróprio ao Poder Judiciário cobrar a sua efetivação pelo Poder Executivo. De igual modo, era impensável que o Poder Judiciário suprisse a omissão legislativa e promovesse o direito assegurado na norma constitucional. Abandonando-se uma atitude mais restritiva, o que parece, o Supremo Tribunal Federal, na atualidade, vem adotando, por exemplo, no mandado de injunção, a teoria concretista geral, na qual faz uso da criação do direito para possibilitar o exercício do direito constitucional pretendido. Maiores detalhes: Mandado de injunção: um instrumento em constante evolução - Âmbito Jurídico ([ambitojuridico.com.br](http://ambitojuridico.com.br)). Acesso em 06 mar. 2021.

58 Exemplo candente ocorre com o fenômeno da mutação constitucional, que é a forma pela qual o poder constituinte difuso se manifesta. Trata-se de alteração do sentido do texto maior, sem, todavia afetar-lhe a letra. Revela-se como alteração do significado do texto, que é adaptado conforme a nova realidade na qual a constituição está inserida. As mutações surgem de forma lenta, gradual, sendo impossível lhe determinar uma localização cronológica. É fruto da própria dinâmica social, da confluência de grupos de pressão, das construções judiciais, dentre outros fatores. Para mais informações: Mutação constitucional: conceito, histórico e evolução ([jusbrasil.com.br](http://jusbrasil.com.br)). Acesso em 06 mar. 2021.

59 O que ocorre é que o intérprete já possui uma pré-compreensão daquilo que vai interpretar, inclusive das palavras que irá usar. Essa pré-compreensão está adstrita à circunvisão dele mesmo e, à medida que se chega ao compreendido (aquilo que

No que pertine à expansão de poderes processuais e da força de suas decisões, atualmente, conforme novo posicionamento do STF, qualquer lei ou ato normativo, seja de caráter geral e abstrato, seja individual e concreto, se submete ao processo de controle abstrato de constitucionalidade<sup>60</sup>. Importa ainda mencionar, exemplificativamente, o debate ocorrido entre os integrantes do Altíssimo Pretório sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo difuso. Na reclamação constitucional n. 4.335/AC<sup>61</sup>, o ministro Gilmar Mendes suscitou como questão de ordem a viabilidade e conveniência de se estender a eficácia erga omnes e vinculante às decisões de inconstitucionalidade daquela corte, quando proferidas no modelo difuso de controle de atos normativos<sup>62</sup>.

---

se abre na compreensão), este torna-se de tal forma acessível que pode explicitar-se em si mesmo “como isso ou aquilo” e este “como” constitui a própria estrutura da explicitação do compreendido, a interpretação. Como afirma Heidegger (1988, p. 207): “A interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições”. Maiores detalhes em: A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 08 mar. 2021.

60 Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as leis de efeitos concretos não eram admitidas como objeto de ADI em razão da ausência de generalidade e abstração. Todavia, o Tribunal alterou este posicionamento no julgamento de seis ações diretas de inconstitucionalidade que tinham como objeto medidas provisórias editadas pelo Presidente da República contendo abertura de créditos orçamentários. Neste sentido, STF/ADI 4048 MC/DF, julgamento em 14/05/2008. Mais detalhes: É admitido o controle concentrado de normas de efeitos concretos? - Denise Cristina Mantovani Cera (jusbrasil.com.br). Acesso 07 mar. 2021.

61 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da Reclamação (RCL) 4335, na qual a Defensoria Pública da União (DPU) questionou decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional. O STF reconheceu a possibilidade de progressão de regime nesses casos no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, por seis votos contra cinco, quando foi declarado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão. No caso específico da Reclamação 4335, no entanto, o juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no habeas corpus tivesse efeito *erga omnes* (ou seja, alcançasse todos os cidadãos), seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu. Maiores informações em: Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 07 mar. 2021.

62 Um dos temas mais instigantes e debatidos do controle de constitucionalidade brasileiro diz respeito ao que se tem denominado de “abstrativização do controle difuso”, no sentido

Como se vê, a força expansiva dos poderes processuais e o alargamento dos efeitos decisórios que emergem de determinados pronunciamentos do STF dão conta de como tem se cristalizado a postura ativista do órgão judicial neste particular. Tal modo de agir aponta para a configuração do Poder Judiciário como instância funcionalmente hegemônica frente aos demais poderes, uma vez que acaba por sufragar a supremacia judicial<sup>63</sup> no debate de temáticas sensíveis a toda sociedade brasileira.

O ativismo de precedentes representa uma atitude do tribunal em ignorar seus próprios precedentes já firmados para situações semelhantes, reafirmando sua autoridade em estabelecer uma nova regra de decisão dali em diante<sup>64</sup>. É certo, ainda, que essa dimensão do ativismo não exige necessariamente o reconhecimento por parte do tribunal de estar rompendo com a sua jurisprudência. Por vezes, sem sinalizar explicitamente para uma alteração interpretativa, ele pode adotar uma solução que modifica ou esvazia uma interpretação prévia. Duas temáticas que bem ilustram essa forma de ativismo judicial se referem à interpretação da regra constitucional sobre a prerrogativa de foro para os ocupantes de elevados cargos e funções públicas e no alcance da garantia individual da presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da CF/88<sup>65</sup>. (LEITE, 2017).

---

de que, nos últimos anos, tem ocorrido um processo gradual de total equiparação jurídica dos efeitos da decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade (*inter partes*) em relação aos efeitos da decisão adotada pelo STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (*erga omnes*), notadamente no que tange ao plano subjetivo, ou seja, do universo de pessoas que são atingidas por tais decisões. Maiores informações em: ConJur - Eliseu Belo: a abstrativização do controle difuso no STF. Acesso em 07 mar. 2021.

63 “We live in a world of judicial supremacy,” as Freidman and Delaney put it, “in which the Supreme Court appears to have the ‘exclusive’ power to determine the meaning of the Constitution, even with regard to the work of the coordinate branches of the national government.” (Freidman and Delaney 2011, 102). Maiores informações: Judicial Supremacy, Judicial Power, and the Finality of Constitutional Rulings | Perspectives on Politics | Cambridge Core. Acesso em 07 mar. 2021.

64 É visível que este tipo de comportamento é capaz de causar indesejável insegurança jurídica no país. Na opinião de Luciana Gross, professora da FGV Direito SP, tal postura, em relação a mudanças de posição da corte, infelizmente, não é um ponto fora da curva, ao ponto de afirmar que “seguir os precedentes nunca foi uma questão central nas decisões do Supremo e dos tribunais de uma forma geral no Brasil”. Maiores informações: Reviravoltas em decisões do Supremo levantam discussão sobre insegurança jurídica - 11/03/2021 - Poder - Folha (uol.com.br). Acesso em 12 mar. 2021.

65 Nos processos Agr Inq. N. 1.376, ADI n. 2.797, ADI n. 3.289, AP n. 333, AP n. 396 e HC n. 126.292 ou STF flexibilizou entendimentos anteriormente consolidados, ou atenuou o rigor do viés interpretativo para as pessoas envolvidas.

Já a perspectiva do ativismo judicial contramajoritário<sup>66</sup> trata da forma de atuação do Poder Judiciário, especialmente o STF, na revisão das decisões políticas das instituições representativas. A intensidade ativista, neste caso, ganha mais colorido nos casos em que o controle de constitucionalidade dos atos normativos é concretizado à luz de parâmetros vagos, imprecisos e indeterminados. Em tais circunstâncias, a invalidação ou colmatação<sup>67</sup> de um ato normativo pode representar a substituição das opções políticas razoáveis do legislador ou administrador por aquelas defendidas pelo órgão judicial.

Bem de se observar que se considera como ativismo contramajoritário não só quando da decisão do órgão judiciário decorre a anulação de alguma norma legal. O Poder Judiciário não lida apenas com o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. Diante da complexidade que existe em certas situações, os tribunais pátrios têm utilizado técnicas decisórias que resultam ou na exclusão de uma possível interpretação da lei ou no acréscimo de um conteúdo não contemplado inicialmente pelo legislador, a exemplo do que ocorre com as técnicas da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição<sup>68</sup>. (LEITE, 2017).

---

66 O Supremo Tribunal Federal desempenha dois papéis distintos. Um é o contramajoritário, quando invalida atos dos outros Poderes em nome da Constituição. O outro é o representativo, quando, em certas circunstâncias, atende as demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso. As afirmações são do ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em conferência proferida em Belo Horizonte, em 10/02/2014, em homenagem ao professor alemão de direito constitucional Robert Alexy. Para maiores informações: ConJur - STF exerce papéis contramajoritário e representativo, afirma Barroso. Acesso em 07 mar. 2021.

67 Em exemplo já destacado neste trabalho, importante julgado do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva no ordenamento pátrio, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Preceito Fundamental nº 132, atesta-se uma atuação contramajoritária em favor de minoria historicamente vulnerabilizadas no Brasil. Maiores informações: Conteúdo Jurídico | O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais (conteudojuridico.com.br). Acesso em 07 mar. 2021.

68 Como exemplo do manejo de técnica decisória, no exercício de função contramajoritária no controle de constitucionalidade, tem-se a dada, por maioria de votos, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo

A imposição de obrigações positivas aos entes da administração pública direta ou indireta abarca o cumprimento das normas constitucionais que fixam diretrizes ou metas para o poder público. Atualmente, reconhece-se, sem maiores percalços, a justiciabilidade dos direitos prescricionais, notadamente os sociais (saúde, educação, cultura, segurança pública, etc.)<sup>69</sup>, de modo que o argumento acerca do caráter meramente programático desta espécie de direito fundamental não encontra mais a força persuasiva de outrora, conforme se observa do excerto abaixo transcrito da já mencionada ADPF n. 45 MC/DF:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO

---

Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente. Maiores detalhes: Notícias STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 07 mar. 2021.

69 Os direitos sociais visam garantir uma existência digna ao indivíduo e à sociedade, com vistas a conferir carga axiológica ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Destarte, o Estado arrecadador tem o dever de implementar e oferecer, aos indivíduos e à sociedade, os direitos que o constituinte elegeu como o mínimo existencial. Essa função possui primazia em relação às demais atividades estatais. Todavia, é flagrante que, na prática, o Executivo, em todas as esferas, reluta em cumprir aludido mandamento constitucional. A justificativa encontra abrigo na escassez de recursos orçamentários, denominada pela doutrina de “cláusula da reserva do possível”. Entrementes, nunca é demais destacar que a Corte Constitucional firmou entendimento no sentido de não se admitir a alegação da cláusula da reserva do possível, como escusa à garantia do mínimo existencial, mormente quando da abstenção estatal resultar nulificação ou aniquilação de direito constitucional impregnado de um sentido de fundamentalidade. Maiores informações em: O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais - Âmbito Jurídico ([ambitojuridico.com.br](http://ambitojuridico.com.br)). Acesso em 08 mar. 2021.

EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUMENTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (...) - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) (...).

Todavia, é válido destacar que a circunstância de se admitir que os direitos sociais são direitos subjetivos não implica em irrestrita tutela jurisdicional, sob pena de se provocar uma desorganização grave no planejamento orçamentário do ente público. As normas asseguradoras de direitos fundamentais estabelecem que algo deve ser concretizado na maior medida do possível, respeitadas as limitações fáticas e jurídicas, razão pela qual são tidas como mandamentos de otimização. Há que se levar em conta o custo dos direitos<sup>70</sup>, já que para cada direito social implementado aumenta-se a necessidade de disponibilidade de recursos públicos. Sabe-se que cada direito social, em regra, exige um custo exclusivo que apenas será manejado para determinado direito e não será aproveitado para outros, como ocorre, por exemplo, na aquisição de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos, contratação de médicos, combate a epidemias e pandemias, etc. Daí porque o efetivo controle judicial, nesta seara, é tarefa tormentosa e deve ser exercitado com redobrada cautela. (LEITE, 2017).

Conforme já explorado em passagem anterior, o maximalismo judicial aborda o modo de decidir dos órgãos judiciários e se contrapõe ao minimalismo. Caracteriza-se pela extensão e profundidade da *ratio decidendi* na resolução de casos concretos, de modo a exaurir a abordagem dos temas presentes em determinada situação, incursionando em aspectos morais, políticos, históricos, econômicos e científicos. A dimen-

70 *Os Custos dos Direitos — Por que a liberdade depende dos tributos (The Cost of Rights — Why liberty depend on Taxes)*, de Stephen Holmes e Cass Sunstein é provavelmente um dos mais importantes livros de Direito e políticas públicas publicado nos Estados Unidos no fim do século passado. Maiores detalhes: ConJur - Embargos Culturais: Holmes e Sunstein demonstram o custo financeiro dos direitos. Acesso em 08 mar. 2021.

são maximalista busca compatibilizar a revisão judicial à democracia partindo da ideia de uma leitura moral da Constituição. Neste sentido, há que se distinguir “argumentos de princípio” e “argumentos de política”. Os argumentos de princípio refletem um direito moral do indivíduo, ao passo que os argumentos de política justificam uma decisão em função de algum objetivo coletivo. Seguindo este paradigma, quando o órgão judicial ultrapassa decisões políticas já tomadas, contanto que respaldados em argumentos de princípio, não estaria legislando – nem, portanto, se sobrepondo ao legislador. Nessa ótica, direitos morais do indivíduo, traduzidos em princípios, são uma barreira incontornável à maioria legislativa. (DWORKIN, 2001).

Para alguns, a faceta maximalista do ativismo judicial evidencia uma postura tendente a sufocar os canais de deliberação democrática, uma vez que o juiz ativista desconsidera várias questões que emanam da interpretação constitucional, como a história de sua promulgação, as decisões anteriores que buscaram interpretá-las e as duradouras tradições da cultura política. Ao assim proceder, o magistrado impõe as suas concepções sobre o que é justo, ou qual a teoria de justiça que compreende ser a melhor. Em síntese, conforme Arango (2004, p. 133) “la imposición de un maximalismo moral por vía de un maximalismo judicial sería como querer ordenar la felicidad humana por sentencia judicial”.

#### **1.4. A DESEJÁVEL POSTURA CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFESA DOS INTERESSES DE MINORIAS VULNERÁVEIS E O VÉRTICE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Conforme visto no item anterior, considerado o cenário pátrio, tem-se percebido que questões polêmicas e controversas da política nacional têm sido decididas no Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, articuladas como arranjos constitucionais, em que se formalizam, muitas vezes, as intenções através de ações específicas de controle de constitucionalidade. Dentro dessa lógica, observa-se um Supremo que tem decidido questões originariamente de competência dos poderes representativos, fato que causa inconformidades nesses mesmos poderes, argumentando-se pela invasão de competências (SOARES, 2008, p. 1).

O fato de os representantes eleitos terem sido escolhidos pelo povo dentro de um processo eleitoral não quer dizer que o princípio democrático se tornou perfeito e acabado. Do mesmo modo, as decisões

políticas e administrativas tomadas pelos representantes não serão completamente legítimas apenas pelo fato de terem sido estes os depositários do voto popular. Isso acontece porque o que se pretende é a satisfação dos direitos e garantias individuais e coletivos, que somente será realizada através da maior participação e reivindicação popular no tocante às decisões tomadas (democracia participativa).

Nesse contexto, uma das formas possibilitadas à parcela da população para a satisfação dos seus interesses, e contraposição ao Poder Público e às maiorias consolidadas, dá-se no âmbito judicial, em que será levada à decisão do órgão judiciário a interpretação e aplicação de determinado pleito que conforma os interesses de dado grupo social.

A partir do momento em que algum grupo de interesse, especialmente os menos favorecidos social, política e culturalmente, leva à decisão do Poder Judiciário determinado tema polêmico e controverso na política nacional, em que não houve uma tomada de decisão pelos poderes representativos (Executivo e Legislativo), pode-se afirmar que há uma ampliação no processo interpretativista daquilo que a norma constitucional esculpiu como bem jurídico a ser protegido e/ou concretizado<sup>71</sup>.

A atuação insuficiente ou deficiente dos atores políticos representativos ao tratar de determinadas temáticas muitas vezes é proposital e busca transferir a responsabilidade decisória para outro *locus*, reduzindo-se assim os riscos para agentes políticos e instituições no que tange aos riscos políticos governamentais. Exatamente por isso, em casos tais, a judicialização é justificada não somente pela atuação dos poderes representativos, mas também por sua ineficácia ao assegurar direitos e atender às reivindicações de setores desprivilegiados da população<sup>72</sup>.

71 Exemplos desta ocorrência: a ADO nº 26, que tratou da criminalização da homofobia, a ADI nº 4275, que versa sobre a possibilidade alteração de nome e gênero sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização e o RE n. 845.779-SC, que discute a utilização de banheiro conforme a sua identidade de gênero. Mais detalhes: A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A OMISSÃO LEGISLATIVA: UMA ANÁLISE SOBRE A DEMOCRACIA E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS INDIVIDUAIS | Anais do EVINCI - UniBrasil. Acesso em 26/01/2022.

72 Eis o conteúdo sumário da decisão tomada na ADO n. 26: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em

A mera existência de direitos e garantias fundamentais no orde-

consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação

namento jurídico, mesmo que na Constituição Federal, não é suficiente, de forma que se faz necessária a efetivação de tais prerrogativas através de políticas públicas que, muitas vezes, são possibilitadas por uma atuação expansiva do Poder Judiciário. Extrai-se, nesse ponto, a inevitabilidade de um protagonismo judicial interventor para que determinados grupos sociais não sejam prejudicados pelas arbitrariedades e lacunas apresentadas pelos demais poderes e/ou outros grupos sociais (SOARES, 2008, p. 2).

Muitas vezes, os grupos minoritários vulneráveis<sup>73</sup> não possuem qualquer possibilidade de participação quando da formulação normativa ou administrativa de determinadas políticas públicas, circunstância que acarreta constante manutenção do poder (de formulação e implementação de políticas governamentais) pelos mesmos atores sociais.

Muitas vezes, a única possibilidade das referidas minorias é acionar o Poder Judiciário para que este exerça a sua função contramajoritária<sup>74</sup> e elas tenham, mesmo que minimamente, voz na elaboração ou concretização das políticas públicas. Procura-se satisfazer os anseios das minorias através das decisões judiciais, fato que, quando realizado pelo STF, é deveras impactante no cenário político, social e econômico nacional.

No que diz respeito a esse papel contramajoritário da Corte Suprema, na defesa de interesses de grupos minoritários, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao julgar o Mandado de Segu-

---

ção social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019. Mais informações: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em 26/01/2022.

73 Considera-se, para fins deste trabalho, minorias vulneráveis os grupos sociais presentes em determinado Estado, que, mesmo sendo maioria em termos numéricos, em razão de suas características (étnicas, sexuais, culturais, religiosas etc.), sofrem violações e restrições de direitos, diante de uma situação de intolerância. Constatou-se a subalternidade quanto aos grupos minoritários, em que há de se conviver com uma situação diuturna de violência e opressão às suas pessoas e aos seus direitos, com constantes atentados às identidades étnicas, sexuais, culturais, religiosas etc.

74 No Brasil, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo e, não raras vezes, agem em contraposição às práticas dos representantes do Executivo e do Legislativo, estes, sim, escolhidos e legitimados pelo voto popular.

rança nº 24.831/DF<sup>75</sup>, de relatoria do ministro Celso de Mello, no sentido de defender organizações minoritárias na esfera do Congresso Nacional das medidas perpetradas pelo bloco majoritário tendentes a impedir o exercício de direitos aventados na Constituição Federal.

Não raras vezes, o Supremo Tribunal Federal, na posição de garantidor da Lei Fundamental, passou a assumir o controle dos abusos das maiorias eventuais com o fim de resguardar os direitos das minorias. Essa responsabilidade compõe o caráter contramajoritário desempenhado pela Corte Suprema brasileira.

---

75 Criação de CPI: requisitos constitucionais. O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas também o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela CF. O direito de investigar – que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) – tem, no inquérito parlamentar, o instrumental mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da CPI. Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da CPI, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subsequentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 – RTJ 180/191- 193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada CPI (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. (...) Legitimidade passiva ad causam do presidente do Senado Federal – autoridade dotada de poderes para viabilizar a composição das comissões parlamentares de inquérito” (MS 24.831, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 22-6-2005, Plenário, DJ de 4-8-2006). Mais informações: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream>. Acesso em 26/01/2022.

Essa característica é peculiarmente desenvolvida em sede de controle abstrato de constitucionalidade<sup>76</sup>, considerando que, ao proferir uma decisão tendente a expurgar do ordenamento jurídico uma lei, a qual resultou da deliberação do Poder Legislativo, incompatível com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal está interferindo claramente no processo político. Em síntese, ao invalidar a posição do poder legiferante, o STF está constringendo a atuação das maiorias eventuais e, por conseguinte, assegurando a intangibilidade das disposições constitucionais.

Portanto, a função contramajoritária faz-se imprescindível porque as deliberações legislativas emanam da aprovação da maioria e, embora essa seja a lógica adotada no regime democrático, isso não é o suficiente para que se mantenha intacto o compromisso com a Constituição.

Pode-se dizer que o contramajoritarismo está situado no fato de os magistrados (no caso, os ministros do STF) não serem escolhidos de uma forma democrática eleitoral. Todavia, é de justificar a atitude contramajoritária e, por vezes, ativista pelos seguintes motivos principais: 1) há a necessidade de consecução e proteção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários vulneráveis como forma de se prestigiar o primado da isonomia material, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o comando dirigente da Carta Magna (o STF é o guardião último da Carta Política); 2) os magistrados só agem quando legitimamente provocados (princípio da inércia) e, a partir daí, não podem se desincumbir da responsabilidade de atuar como árbitros de causas jurídicas, sociais e políticas que lhes sejam postas.

---

76 Na ADI 4275/DF, sufragou-se: DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. Mais informações em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub>. Acesso em 26/01/2022.

Cumpra aos magistrados da Suprema Corte fazer valer o disposto na Constituição, bem como prezar pelos interesses de todos os cidadãos, indistintamente. Tal responsabilidade ganha contornos ainda mais intensificados quando se está diante de grupos sociais que historicamente se encontram alienados de políticas públicas a que têm direito (fundamental), por mandamento constitucional. Objetiva-se, portanto, a realização e satisfação da questão democrática, enquanto possibilidade de os cidadãos terem seus direitos efetivados (SOARES, 2008, p. 4).

Neste passo, o STF incorpora o seu papel contramajoritário, ou seja, tomando decisões ainda que contrárias àquelas decididas pelos poderes representativos, ou mesmo suprindo lacunas deixadas por eles, para que determinadas lutas identitárias possam ter os seus direitos fundamentais respeitados e realizados, possibilitando que o maior número possível de cidadãos usufrua daquilo que legitimamente lhes foram direcionados<sup>77</sup>.

---

77 Vide temática que teve repercussão geral reconhecida: Supremo Tribunal Federal - RE 845.779 RG, rel. min. Roberto Barroso, j. 13-11-2014, P, DJE de 10-3-2015, Tema 778, mérito pendente de julgamento. Cabimento de dano moral quando o fato envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo A questão jurídica (...) consiste em saber se a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu configura ou não conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade, indenizável a título de dano moral. (...) O caso em questão (...) envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X). Constitui (...) questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico. Em primeiro lugar, diferentemente do imenso varejo de miudezas que ainda ocupam o tempo desta Corte, as teses ora discutidas inserem-se na órbita de uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas: a definição do alcance dos direitos fundamentais, especialmente daqueles referentes às minorias. A essencialidade do tema e seu impacto no tratamento social dos grupos afetados, por si sós, já justificariam a necessidade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, o caso em questão não é isolado: para citar apenas um exemplo recente, episódio semelhante ocorreu em Brasília no dia 16-9-2014, o que foi amplamente noticiado (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/09/transxuais-saoexpulsas-de-banheiro-feminino-de-shopping-do-df.html>). Assim, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá definir o padrão de conduta adequado em casos da espécie, orientando não só as partes diretamente envolvidas, como as demais instâncias do Judiciário. A decisão a ser tomada, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Mais informações: pdf4.pdf (mpgo.mp.br). Acesso em 26/01/2022.

A edificação de um Estado democrático de direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Carta Magna. Cuida assinalar que a acepção originária de dignidade rememora a priscas eras, tendo o seu sentido evoluído, de maneira íntima, com o progresso do ser humano.

Ainda no que concerne ao desenvolvimento dos axiomas estruturantes da acepção da dignidade da pessoa humana, durante o transcurso dos séculos XVII e XVIII, cuida enfatizar a atuação de Immanuel Kant. Este filósofo é, certamente, o que mais influenciou a construção racional do sentido de dignidade de pessoa humana, através do imperativo categórico segundo o qual o homem é um fim em si mesmo. Não pode homem, destarte, ser coisificado nunca ou mesmo ser empregado como instrumento para alcançar objetivos. Não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte dos horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a ser detentores de vultuosos contornos, uma vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses (RANGEL, 2017, p. 9).

É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos. No cenário nacional, o vértice da dignidade da pessoa humana ganha especial relevo quando se observa, ainda nos dias atuais, os inúmeros grupos minoritários vulneráveis (mulheres, negros, índios, idosos, crianças, pessoas com deficiência, gays, transgêneros etc.) que necessitam, por variados motivos, de agasalho jurídico, via atuação judicial.

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988, concedeu expressamente relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado democrático de direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Faz-se necessário evidenciar que esse princípio maior não pode ser resumido a uma espécie de direito, já que antecede o próprio ordenamento jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando

qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social (RANGEL, 2017, p. 10).

Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como maciço núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no art. 5º da Constituição Federal brasileira. É justamente nesse cenário normativo que o STF deve fazer irradiar especial proteção, nos casos submetidos sob sua apreciação, aos grupos minoritários, tendo em vista que, não raras vezes, somente o Poder Judiciário é capaz de salvaguardar os bens jurídicos vulnerados pela atuação estatal ou de grupos majoritários dominantes.

Assim, impõe-se ao STF, no desempenho da jurisdição constitucional, a tomada de decisões de caráter flagrantemente contramajoritário, em sólida demonstração de que os julgamentos da Suprema Corte, quando assim proferidos, objetivam preservar, em atuação fiel dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários colocados em situação de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, são reduzidos a objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

O tema que abarca a preservação e o reconhecimento das minorias deve compor, por se tratar de temática impregnada do mais substancial relevo, a agenda de toda a Corte que se considere verdadeiramente Constitucional, em razão de sua destinação institucional de velar pela supremacia da Constituição de 1988 e de zelar pelo respeito aos direitos, incluindo-se aqueles referentes aos grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional e no princípio motriz da dignidade da pessoa humana. Para que o regime democrático não seja reduzido a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou formal, faz-se necessário assegurar às minorias, em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhe permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois a ninguém é dado se sobrepor, nem mesmo aos grupos majoritários dominantes, aos princípios superiores consagrados pela Carta Magna.

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

## **2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O FENÔMENO JURISTOCRÁTICO: A EXPERIÊNCIA DO VIÉS JURISCÊNTRICO E DOS TENSIONAMENTOS INSTITUCIONAIS**

### **2.1. O FENÔMENO DA JURISTOCRACIA EM SUAS VARIADAS DIMENSÕES: A SUPREMOCRACIA, A RAZÃO SEM VOTO E A (DES)LEGITIMIDADE DO MAXIMALISMO JUDICIAL**

Diversos são os autores que enxergam a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência quase automática da fragilização do sistema representativo<sup>78</sup> e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Já faz algum tempo que se recorre às cortes judiciárias como guardiãs últimas dos ideais democráticos não concretizados. Tal circunstância é capaz de gerar uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Poder Judiciário pode acabar contribuindo para a agudização da própria crise do regime da democracia representativa, vez que impõe,

---

78 Oscar Vilhena, por exemplo, entende que o STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. E vai além: afirma que tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos. Maiores informações em SciELO - Brasil - Supremocracia. Acesso em 11/01/2022.

em temáticas sensíveis, a sua própria visão de mundo<sup>79</sup>, em atitude, muitas vezes, solipsista<sup>80</sup>.

É perceptível o processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ocidental e, no Brasil, tal fenômeno ganhou contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforça-

---

79 Levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelou o perfil sociodemográfico da magistratura brasileira: majoritariamente formada por homens, brancos, católicos, casados e com filhos. Essa é a segunda vez que o CNJ faz uma pesquisa dessa natureza – a primeira foi em 2013. O trabalho contou com a participação de 11.348 magistrados (62,5%) de um total de 18.168 juizes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores. O Relatório Perfil Sociodemográfico dos Magistrados – 2018 demonstrou que a participação das mulheres no Judiciário ainda é menor que a de homens – 37% mulheres e 63% homens. Tal fato, por si só, já é capaz de indicar a necessidade de alargamento do horizonte de quem detém o poder de decidir, no Brasil, sob pena de determinada e oblíqua “visão de mundo” acabar se sobrepondo perante as demais. Maiores detalhes em Juiz brasileiro é homem, branco, casado, católico e pai - Portal CNJ. Acesso em 27 abril. 2021.

80 No particular, emblemática é decisão proferida pelo STJ, na qual se posicionou o ministro Humberto Gomes de Barros (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2002): “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.” Maiores informações em: Decido conforme a consciência do juiz togado: o modo hermenêutico (?) de construção das decisões judiciais nos juizados especiais - Âmbito Jurídico (ambitojuridico.com.br). Acesso em 09 mar. 2021.

do pelas emendas de número 3/93 e número 45/05, bem como pelas leis número 9.868/99 e 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. (VIEIRA, 2018).

Supremocracia é a singularidade do arranjo institucional da corte de cúpula do sistema judicial brasileiro. Em um primeiro sentido, o termo refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Com a adoção da súmula vinculante<sup>81</sup> e da sistemática da repercussão geral<sup>82</sup>, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Em um segundo sentido, a terminologia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes<sup>83</sup>, circunstância que se desenvolveu paralelamente aos fatores que impulsionaram as dimensões ativistas da mais alta corte do país e que acabaram por se irradiar, em menor proporção, para os demais órgãos do Poder Judiciário nacional. (VIEIRA, 2018).

Por sua vez, o viés juriscêntrico tende a reduzir a interpretação constitucional à atividade judicial, afastando a hermenêutica desenvolvida fora das cortes. Tal perspectiva se revela, cruamente, através de brocardo que, embora equivocados, é largamente difundido no Direito brasileiro: “decisão judicial não se discute, se cumpre”<sup>84</sup>. É possível perceber que

---

81 Súmula vinculante é um entendimento jurisprudencial que se torna obrigatório depois de votada e aprovada pelo Supremo Tribunal Federal por, pelo menos, 2/3 do plenário. Maiores detalhes em: Tudo de Súmula vinculante - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 09 mar. 2021.

82 Considera-se repercussão geral o fato jurídico em que se entranha a autoridade fenomenológica, a qual se credencia a provocar o exercício da jurisdição definitiva pelo STF, com o escopo de pacificar o conflito em cujo núcleo repousa questão relevante de ordem econômica, política, social ou jurídica, ainda carente de equação, que importa à afirmação de princípio ou preceito constitucional. Maiores informações em: Repercussão geral - Migalhas. Acesso em 09 mar. 2021.

83 Exemplos de atuação “supremocrática”, além dos já mencionados neste trabalho: ADPF 130 (lei de imprensa), RE 597.285 (sistemática de quotas em universidade), ADIS 1351 e 1354 (cláusula de barreira), RE 197.917 (composição das câmaras de vereadores), etc. Em todos estes casos, uma ou mais dimensão do ativismo judicial se fez presente, de modo a fazer emergir atuação hegemônica do Poder Judiciário frente aos demais poderes da república.

84 A máxima de que “decisão judicial não se discute, se cumpre ou se recorre” traz consigo a maior prova da resistência autoritária no Poder Judiciário. Ora, por qual

um dos principais argumentos que buscam sustentar o reducionismo na interpretação constitucional consiste na atribuição conferida ao STF para atuar como guardião da Constituição Federal (art. 102), garantindo-lhe, destarte, a última palavra sobre o seu adequado sentido, independentemente do quão distante é a sua exegese do sentido literal da Carta Magna. (BRANDÃO, 2017).

Muitas vezes, o processo de judicialização da política transcorre dentro de um cenário onde o discurso e os debates políticos tomam a forma de uma linguagem jurídica, em substituição ao ethos político. A juristocracia se desenha justamente quando o discurso do Direito acaba por substituir ilegitimamente o discurso da política<sup>85</sup>. Diz-se ilegitimamente porque a linguagem do Direito, que possui contornos e limites próprios, não pode se sobrepor como a única narrativa democraticamente viável, sob pena de haver sobreposição funcional indelével e irremediável de um poder instituído sobre o outro.

Apesar desta dura constatação, muitas vezes o que se observa é que o STF continua a fundamentar a legitimidade da sua atuação em uma mítica associação entre o teor das suas decisões e o sentido da Constituição, como se a circunstância de a Constituição lhe conferir a sua guarda garantisse, de antemão, que as suas decisões devessem ser compreendidas como meras revelações da vontade do poder constituinte originário. Nesta quadra de reduzido apego ao texto normativo<sup>86</sup>, a vinculação pura e simples das decisões judiciais à vontade constituinte em nada contribui para o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, antes

---

razão um ato público se mostra imune à crítica? A democracia é um desafio contínuo e diário, não podendo se limitar a uma proclamação solene em um texto constitucional. É um verdadeiro dever de todos realizá-la e permitir com vários cenários da vida, e não só a seara política, sejam democráticos. Mais detalhes em: Decisão judicial não se critica? – Justificando. Acesso em 09 mar. 2021.

85 Judges should not forget that they have the power to destroy but not to create and this power to destroy is restricted by a positive presumption in favour of the legislation, until and unless there is a violation of civil liberties, court should restrain itself from putting any hurdle into the working of legislature and executive. Mais informações: Democracy turning into Juristocracy - iPleaders. Acesso em 27/01/2022.

86 O sujeito solipsista é o *Selbstsüchtiger*, ou *viciado em si mesmo*. É aquele que se coloca na contramão dos *constrangimentos cotidianos*: isto é, ignorando que o dia a dia nos ensina que não se pode estabelecer sentidos arbitrários às palavras, *ele pensa* que pode e assim *o faz*, pois dá às palavras o sentido que quer. O juiz solipsista *sabe* que a integridade do Direito o constrange; mas como “viciado em si mesmo”, ignora o constrangimento epistemológico em favor da discricionariedade. Mais detalhes: ConJur - Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!. Acesso em 09 mar. 2021.

convola a interpretação da Constituição em um domínio exclusivo do Poder Judiciário (supremacia judicial<sup>87</sup>), inenfo aos demais poderes e mesmo à crítica social, em perspectiva do que se concebe como juriscêntrica.

Em um cenário nacional em que grande parte das questões políticas relevantes e sensíveis é judicializada e fundamentações maximalistas e vinculantes são exteriorizadas em volume cada vez maior, pode-se afirmar, com razoável segurança, que há, atualmente, no Brasil, inclinação para a preponderância do Poder Judiciário frente aos demais poderes. Nesta realidade, o órgão judicial acaba por dominar o sentido indeterminado dos textos normativos, especialmente a Constituição Federal, substituindo-se às instituições formais que historicamente exerceram esta função (igreja, monarca, presidente e parlamento).

Buscando legitimar uma atuação ativista, maximalista, expansiva e juriscêntrica, há quem defenda que, atualmente, o Poder Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, deve se desenvolver como um espaço democrático e aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas<sup>88</sup>. Tudo isto com vistas a obter a famigerada “representação argumentativa” que, na percepção de Alexy (1999, p.58) vem a ser:

A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados.

---

87 *The idea that the Supreme Court has ultimate authority in matters of constitutional interpretation—which often rides under the heading of “judicial supremacy”—has acquired strong currency. Maiores detalhes em: Judicial Supremacy, Departmentalism, and the Rule of Law in a Populist Age | Texas Law Review. Acesso em 09 mar. 2021.*

88 Robert Alexy propõe a representação não somente pela via política, como também pela via argumentativa, desempenhada pelas Cortes Constitucionais. Assim, a crise de representatividade poderia ser melhor equacionada pela instauração de uma jurisdição constitucional provedora da última palavra, capaz de respeitar o espaço legislativo e executivo, mas que também promovesse uma instância deliberativa através da argumentação jurídica que tivesse anuência não só dos indivíduos diretamente ou indiretamente alcançados pela decisão, como também da população em geral. Maiores informações em: O fator argumentativo de legitimação na atuação do tribunal constitucional brasileiro - Âmbito Jurídico (ambitojuridico.com.br). Acesso em 10 mar. 2021.

Dessa maneira, a legitimidade democrática do órgão judicial decorreria da aceitabilidade social, advinda a partir da construção de uma argumentação racional que procurasse convencer os membros da comunidade jurídica. Assim, as decisões judiciais podem ser consideradas como propostas legitimadas, nas quais a sociedade define as suas normas jurídicas<sup>89</sup>.

Quanto ao arcabouço teórico construído para fins de legitimação funcionalmente preponderante do órgão jurisdicional, contundente crítica doutrinária é realizada por Arguelles (2017, p. 82):

No arranjo teórico criado por Barroso, a legitimação do STF – qualquer que seja a sua forma de atuação – é sobredeterminada, gerando dois tipos de problema. O primeiro é que as justificativas usadas por Barroso para diferentes formas de atuação do STF são, com frequência, incompatíveis entre si. Segundo, algumas dessas justificativas, (a atuação “majoritária” e a atuação como vanguarda”) estão em tensão com as expectativas normativas geradas pelo desenho institucional do Supremo, qual seja, um tribunal cujas decisões são tomadas de forma independente da política. (...). Uma instituição não pode ser, ao mesmo tempo, desenhada de modo a se legitimar por ignorar o clamor popular e por atender a esse mesmo clamor. O desenho de uma instituição é um indicador das expectativas que temos com relação ao papel que ela deve cumprir; esse papel pode ser múltiplo, mas não tão ampliado a ponto de englobar qualquer tarefa possível. Por trás da ideia de separação de poderes, há o reconhecimento de que não existe algo como um único desenho ideal, que nos permitiria confiar em um único tipo de instituição para realizar todas as tarefas estatais em uma democracia

Em suma, as perspectivas juriscêntricas e fomentadoras da supremacia judicial (juristocracia) descuram de dois aspectos fundamentais para a eleição privilegiada de um determinado método interpretativo e decisório. O primeiro consiste nas capacidades institucionais das ins-

89 Além do papel *contramajoritário*, consistente na fiscalização e anulação de leis e demais atos normativos contrários à Constituição, o ministro do STF, Luis Roberto Barroso, atribui ainda ao Supremo dois outros papéis menos ortodoxos: o “*papel representativo*”, entendido como a função de captar o sentimento ou a vontade popular majoritária que haja sido negligenciada pelos canais de representação política, traduzindo-a de forma “*argumentativa*”; e o “*papel de vanguarda iluminista*”, em cujo exercício a Corte assumiria a tarefa de *empurrar a história e impulsionar o progresso social*. Maiores detalhes: ConJur - O Supremo, afinal, representa o povo? Um diálogo com Barroso. Acesso em 10 mar. 2021.

tâncias judiciais e dos agentes públicos (magistrados) de “carne e osso”. Ora, não só os intérpretes dos textos normativos têm virtudes e deficiências específicas em razão de limitações de conhecimento, informação e tempo, mas também operam no interior de instituições determinadas, que possuem igualmente os seus pontos positivos e negativos, além de atuarem segundo procedimentos preestabelecidos que lhes impõem limitações importantes. O segundo aspecto se refere aos efeitos sistêmicos de determinada linha interpretativa, ou seja, as suas consequências para atores públicos e privados variados. A prolação de decisão de matiz maximalista que não se limite, por exemplo, a decidir o caso concreto, antes abordando um sem-número de situações e que se utilize de densas teorizações, sobretudo se dotada de efeitos *erga omnes*, apresenta o potencial de produzir consequências não antecipadas pelo tomador de decisão que podem ser bastante danosas<sup>90</sup>. (BRANDÃO, 2017).

As considerações realizadas nesta passagem indicam a necessidade premente de se prescrutar e avaliar como, no Brasil, tem se desenhado os embates, nem sempre pacíficos, entre os poderes instituídos, na busca de se legitimar como o porta voz da Carta Magna e, em última dimensão, da própria sociedade civil.

---

<sup>90</sup> Exemplo disto é a decisão tomada pelo STF nas ADIS ns. 1351 e 1354, oportunidade em que o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) que instituem a chamada “cláusula de barreira”. Tal decisão, no entender de alguns juristas e cientistas políticos, trouxe consequências nefastas para o sistema eleitoral brasileiro. Isto porque, a cláusula de barreira é importante para reduzir o número exagerado de partidos existentes no Brasil. Atualmente, são 33. Para o cientista político Cláudio Couto, por exemplo, a redução é saudável para a democracia. Ele explica que, sem a cláusula de barreira, alguns partidos acabam sendo criados como legendas de aluguel, sem programa político, apenas para receber dinheiro do fundo e tempo de propaganda. Maiores informações em: Especialistas alertam para risco do fim da cláusula de barreira | Jornal Nacional | G1 (globo.com). Acesso em 10 mar. 2021.

## **2.2. O PORTA VOZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A IMPERMEABILIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À SOCIEDADE CIVIL NA DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Fatores endógenos<sup>91</sup> e exógenos devem limitar a atuação dos agentes públicos e entidades diversas, de modo a possibilitar o exercício funcional legítimo de competência ou atribuição constitucionalmente delineada, sob pena de correr-se grande risco de extravasamento em condutas arbitrárias e, portanto, ilegítimas. Deve-se ter em mente que a ação concreta de agentes políticos é limitada não só pela própria instituição que compõe, mas também, e sobretudo, pela dinâmica da sua interação com os outros poderes da república.

Coexistência e interação institucional são fatores indispensáveis para o equilíbrio funcional entre os poderes da república. Isto deve se ter como premissa fundamental.

Sendo assim, a importância do reconhecimento das limitações impostas pelos demais poderes às decisões dos órgãos judiciais é imprescindível para corrigir uma crença muito disseminada entre as teorias do Direito, qual seja, a de que a única restrição ao exercício das competências jurisdicionais é a auto restrição/autocontenção. Ora, se, de fato, o único limite efetivo ao órgão judicial for a sua “boa vontade” em relação aos demais poderes, como precaver-se das atitudes de um órgão que não zele por uma postura auto restritiva? A resposta parece clara: não há como. Não por acaso, verifica-se, por vezes, verdadeiros “ataques institucionais”<sup>92</sup> ou “retaliações”<sup>93</sup>, por exemplo, a decisões ativistas realizadas pela Suprema Corte (BRANDÃO, 2017).

---

91 Para os fins deste trabalho, é possível estabelecer o controle interno como um destes fatores endógenos. Aqui, controlar significa fiscalizar pessoas, físicas e jurídicas, evitando que a objetivada entidade se desvie das finalidades públicas para as quais foi instituída na sociedade.

92 Nos EUA, são exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte a alteração do número dos seus membros, a manipulação de suas competências e o impeachment de juízes para fins não disciplinares (sobretudo para o realinhamento da sua jurisprudência às preferências políticas de maiorias ou de elites políticas e econômicas). Maiores informações em: IEPREV - Os poderes da república e suas interpretações da constituição: teorias do diálogo constitucional e da supremacia judicial. Acesso em 11 mar 2021.

93 Um grupo de 16 parlamentares protocolou um pedido de impeachment contra os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Mo-

Lado outro, seria ingênuo pensar que as decisões judiciais guardam sempre o caráter de autossuficiência e completude, em termos eficientes. Com efeito, há decisões cuja implementação pressupõe a edição de complexos atos políticos, como a edição de leis, onde é necessária a comunhão das vontades da maioria parlamentar e do Chefe do Executivo. De forma mais clara: a efetivação das decisões judiciais não raro exige atos comissivos e omissivos dos Poderes Legislativo e Executivo ou de atores privados, algo que pode ser bastante problemático caso eles se oponham firmemente à decisão judicial<sup>94</sup>. Assim, a possibilidade de não implementação de dado ato jurisdicional traz limites adicionais à ideologia e ao direito, no que tange a efetiva capacidade do Poder Judiciário alterar a realidade empírica<sup>95</sup> (BRANDÃO, 2017).

Verificado este panorama, há de se reconhecer a existência de verdadeira interação estratégica entre os poderes da república, na configuração de quem seria, de fato, o “porta voz da Carta Magna”. Parece intuitivo concluir que não há um único porta voz. O Poder Judiciário não

---

raes, do STF, alegando que violaram o princípio da separação de poderes, ao decidirem, na ADO 26 e no MI4733, que condutas homofóbicas estão abarcadas pelos crimes previstos pela lei 7. 716/89, que cuida dos crimes de racismo. Trata-se de clara “estocada institucional” retaliativa contra a autonomia e a independência do Judiciário. Maiores detalhes: Estocada institucional - 02/03/2019 - Oscar Vilhena Vieira - Folha (uol.com.br). Acesso em 11 mar. 2021.

94 Exemplos candentes podem ser observados na judicialização de determinados interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de caráter prestacional (saúde, educação, meio ambiente, urbanização, etc.).

95 Exemplo desta incapacidade institucional pode ser observado na atual crise sanitária planetária, na qual os países enfrentam os efeitos da pandemia desencadeada pelo corona vírus (COVID 19). O governador de São Paulo, João Doria, cobrou, em 10/03/2021, que o Ministério da Saúde repasse imediatamente R\$ 245 milhões por mês ao Estado de São Paulo para manter leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19. Segundo informação do periódico, o governo federal ainda não cumpriu a decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) para retomada desse custeio. A liminar concedida pela ministra Rosa Weber, em 27/02/2021, atende a manifestação da PGE (Procuradoria Geral do Estado). Os repasses vinham sendo drasticamente reduzidos pelo Ministério da Saúde desde o segundo semestre de 2020 e foram totalmente suspensos há dez dias, segundo notícia jornalística. “O Governo Federal está desobedecendo decisão do STF para reabilitação de leitos COVID em São Paulo. Parece inacreditável, mas é verdade”, afirmou o governador. Maiores informações em: Governo Federal desobedece a decisão do STF para o financiamento de leitos de UTI em SP | Governo do Estado de São Paulo (saopaulo.sp.gov.br). Acesso em 12 mar. 2021.

aplica meramente as suas preferências, mas, antes, as submete a um jogo político sequencial (*rational choice theory*)<sup>96</sup>.

Assim, antes do início do “jogo da separação dos poderes”, cada jogador tem uma preferência que pode ser posicionada em um determinado ponto. A premissa básica é a de que os atores (agentes políticos) não aplicarão ingenuamente as suas preferências, mas, diante do risco de elas serem afastadas pelas preferências dos demais *players*, cada um deles atuará estrategicamente para que o resultado da interação seja o mais próximo possível da sua preferência inicial, a qual, portanto, será alterada no mínimo necessário para que se possa vencer a disputa. Importante, também, reconhecer a importância dos grupos de pressão, lobistas, opinião pública e movimentos sociais, no tabuleiro em que se desenvolve a interação estratégica entre os poderes republicanos. (BRANDÃO, 2017).

Para além da necessidade de interação dialógica institucional com os demais *players*, com vistas a minorar comportamento judicial autorreferenciado, afigura-se imperiosa a permeabilização dos órgãos judiciais, em especial a Corte Suprema, para a sociedade civil, notadamente as minorias vulneráveis<sup>97</sup>. O que se observa, no entanto, ainda, em nosso modelo atual, é que uma associação da sociedade civil engajada na luta pelos direitos de um grupo minoritário dificilmente conseguirá levar suas demandas ao STF<sup>98</sup>. Isso porque diversos filtros de cunho político, jurís-

96 Like all humans, judges have a variety of goals in their professional work. the judge's goals may reflect a desire to satisfy a portion of the public. We should remember that every federal judge is a political appointee, and he or she may have drawn the attention of the president or those senators from the judge's home state because of a visible allegiance to a political party. Judges have public policy goals, that they want to see certain policies established or affirmed, and that they act to achieve these goals. Maiores informações em: Rational Choice Model in Judicial Decision-Making - Oxford Scholarship (universitypressscholarship.com). Acesso em 11 mar. 2021.

97 Para Comparato, *há alternativas para evitar que o Poder Judiciário permaneça submisso às elites. Mudança crucial: o STF não pode manter condição de órgão impermeável à democracia e ao controle cidadão. Maiores detalhes: O Judiciário no Brasil, segundo Comparato (final) - Outras Palavras*. Acesso em 11/01/2022.

98 É verdade que a CF/88 promoveu relevante inovação ao ampliar os legitimados ativos para propor ações diretas de inconstitucionalidade, rompendo com o monopólio do procurador-geral da República na configuração dada pela EC 16/65. Atualmente, o elenco previsto no artigo 103 da CF/88 é aplicável a todo o conjunto de ações do controle concentrado. Porém, se essa ampliação representou uma autêntica democratização no acesso ao controle concentrado, o próprio STF mitigou seus impactos ao construir uma jurisprudência defensiva na medida em que restringiu o conceito de entidade de classe a grupos econômicos e profissionais, excluindo,

prudencial e institucional criam uma rede de impermeabilização, cuja malha só autoriza, em regra, a entrada de interesses corporativos e de elites políticas e econômicas na pauta decisória do Altíssimo Pretório<sup>99</sup>.

Daniel Capecci Nunes (2020, p.155 e seguintes) esmiúça, em detalhes, os obstáculos que são levantados:

Suponha-se que uma entidade nacional de defesa dos direitos das pessoas com deficiência decida questionar uma lei ou um ato normativo que viole a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência - cujo status normativo é de emenda constitucional -, pela via do controle abstrato no STF. O primeiro obstáculo que tal entidade enfrentaria seria a própria possibilidade de propor a ação. Isso porque, devido aos filtros na legitimidade ativa, para propor ações de controle abstrato, tal entidade não seria considerada legítima para propor esse tipo de ação. Nessa circunstância, a entidade dependeria da boa-vontade de algum dos legitimados cuja jurisprudência do STF reconheça como parte interessada judicialmente nesse tipo de discussão. Superada essa complicada situação, a entidade descobriria a inexis-

---

assim, minorias e grupos vulneráveis. Esse elemento, aliado à exigência da pertinência temática para manejar tais ações — fruto de outra construção da corte sem base legal ou constitucional —, acabou fazendo com que os pleitos apresentados pelas entidades de classe tivessem um perfil acentuadamente corporativo. Questões tributárias, econômicas, regulatórias ou relativas a interesses dos mais variados segmentos de servidores públicos passaram a ser os temas discutidos com mais frequência nessas ações. Maiores detalhes: ConJur - Glauco Salomão: Minorias e acesso à jurisdição constitucional. Acesso em 11/01/2022.

99 Como forma de jurisprudência defensiva, pode-se observar o seguinte excerto: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 103, IX, E 102, I, A, DA CF/1988. CARÊNCIA DA AÇÃO RECONHECIDA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA. I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige, para configuração do caráter nacional da entidade de classe, comprovação da existência de associados ou membros em pelo menos 9 Estados da Federação. Precedente: ADI 108/QO, Relator Ministro Celso de Mello. II - Reconhecimento da carência da ação, por força da ilegitimidade ativa da associação. III - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (ADI 3287, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 27-08-2020 PUBLIC 28-08-2020)”. Para maiores informações: Extensão da legitimidade ativa no controle concentrado de constitucionalidade (migalhas.com.br). Acesso em 11/01/2022.

tência de quaisquer garantias de que a ação seria julgada em um tempo razoável. De modo que, a depender do ministro Relator e do Presidente do Tribunal, o grupo teria que se conformar em ter a sua demanda por direitos completamente ignorada por muitos anos. Nesse universo, um grupo responsável por representar uma fatia extremamente estigmatizada da sociedade, como o das pessoas com deficiência, ver-se-ia completamente ignorado por praticamente todas as instituições responsáveis por garantir sua cidadania. Chegando o momento do julgamento, a supracitada entidade poderia, ansiosa por mudar a realidade, tentar elevar sua própria voz ao Tribunal, por meio de instrumentos como os pedidos de *amicus curiae* ou a participação em audiências públicas. Entretanto, tal participação dependeria diretamente da aprovação monocrática do ministro Relator, não havendo nenhuma garantia de que a entidade seria sequer ouvida no debate.

Dessa maneira, é possível verificar que a Suprema Corte, ainda hoje, vem criando obstáculos para que associações civis representantes de grupos minoritários e socialmente vulneráveis utilizem as ações de controle concentrado. O que ainda se observa é que o STF tem conferido mais relevância a uma ação proposta por uma entidade de classe que representa servidores públicos de determinada localidade, por exemplo, do que outra entidade que atua na proteção de pessoas com deficiência, idosos, grupos LGBT, negros, migrantes, entre outros. Forçoso perceber, assim, que a expansão do modelo concentrado não veio acompanhada de uma efetiva inclusão de minorias e grupos vulneráveis nessa dimensão da jurisdição constitucional.

E há mais.

Infelizmente o que ainda se observa, segundo pesquisa da FGV (Fundação Carlos Chagas), é que o número de ações de controle abstrato e concentrado, em trâmite no STF, é muito pequeno, de modo que o excesso de trabalho da Corte é oriundo de suas competências originárias (7,8%) e recursais (91,69%)<sup>100</sup>. Nesse sentido, é possível apontar que a so-

---

100 De todas as decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) de 1988 a 2018, em apenas 1% delas houve discussão presencial e aprofundada sobre o processo. Nesse período, 72% das decisões da corte foram tomadas de maneira individual por algum ministro. Outros 10% foram devolvidos a instâncias inferiores automaticamente e sequer houve decisão do STF nesses casos. Os julgamentos colegiados representaram 17% do total, mas 16% deles dizem respeito a análises em sessões virtuais ou de maneira presencial em lista, quando são apreciados em lote e sem discussão do caso. Os dados estão no relatório Supremo em Números, da FGV Direito Rio, e

brecarga está muito mais relacionada com o número elevado de competência da Corte e sua dificuldade em utilizar de maneira efetiva institutos de restrição do acesso como, por exemplo, a repercussão geral - que está relacionada com o controle concreto<sup>101</sup>. Tal circunstância, indiscutivelmente, põe em cheque o real caráter garantidor de direitos fundamentais, em sede abstrata, do Altíssimo Pretório<sup>102</sup>. (NUNES, 2020).

Assim, além de ainda se verificar criticável monopolização da condição de porta voz da Carta Magna e o baixo índice de julgamento de demandas que ventilem, em sede concentrada, temática afeta a direitos fundamentais<sup>103</sup>, o funcionamento atual do momento pré-decisional do STF resulta em mais um obstáculo à circulação democrática do poder, por meio da qual a sociedade civil levaria suas demandas por direito ao centro do poder, e à paridade participativa na construção judicial da

---

expõem o fenômeno da monocratização do tribunal, retratado pelo alto número de despachos individuais de um órgão que, em tese, deveria prezar pelo entendimento colegiado. Maiores informações em Só 1% das decisões do STF dos últimos 30 anos foi tomada em discussão presencial e aprofundada - Jornal de Brasília (jornaldebrasil.com.br). Acesso em 14/01/2022.

101 Este I Relatório do Supremo Tribunal em números apresenta uma constatação quanto à natureza institucional do STF, obtida a partir da identificação de padrões em seus processos. O supremo não se comporta como um só tribunal, mas sim como três cortes distintas fundidas na mesma instituição, um tribunal com três pessoas. O Relatório é composto de duas partes. Na Parte I: As Cortes Constitucional, Recursal e Ordinária, apresenta-se a fundamentação estatística sobre a existência de três cortes em uma, bem como se descreve as características comuns. Na Parte II – As cortes uma a uma, analisa-se separadamente cada uma das três cortes procurando entender a evolução no tempo e as peculiaridades mais representativas de cada uma. Maiores informações: I Relatório Supremo em Números - o Múltiplo Supremo | col:10187 | com:1722 (fgv.br). Acesso em 17/01/2022.

102 Mais um exemplo do gigantismo do Estado brasileiro está revelado na pesquisa “O Supremo em números”, realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas: o Executivo é o maior usuário do Supremo, tanto como autor quanto como réu. Temos, portanto, uma Suprema Corte envolvida em questões do Estado, pois o seu maior usuário é o setor público, que representa a origem de 90% de todos os processos. Maiores informações: Jornal do Comércio - STF atulhado por 90% de processos que vêm do setor público (jornaldocomercio.com). Acesso em 14/01/2022.

103 Quantitativamente, portanto, o Supremo não é uma “corte constitucional” no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está muito mais próximo de uma “corte recursal suprema”. Não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte. Não constrói seu destino. Seu destino lhe é construído por cada recurso que lhe chega por deliberação alheia, de terceiros. Maiores informações em Novasideias\_Supremoemnumeros (fgv.br). Acesso em 17/01/2022.

Constituição, na qual diversos atores sociais teriam protagonismo na interpretação constitucional. Persiste, pois, uma barreira ilegítima que impede que as demandas por direitos articuladas na sociedade civil ganhem institucionalização através da atuação do STF. A principal causa disso, conforme visto, são os filtros de acesso à Corte e a forma pela qual o Tribunal estabelece sua agenda.(NUNES, 2020).

Estas práticas institucionais têm demonstrado, em variadas temáticas, certa inclinação a uma postura juristocrática, maximalista, disfuncional<sup>104</sup> e impermeável, no que pertine a qual entidade se reveste como “porta voz” da Constituição Federal e demais textos normativos. É visível que o “jogo da separação de poderes” guarda complexidade muito mais profunda do que, à primeira vista, se poderia vislumbrar, bem como o aumento do ciclo decisório é a única condição que pode conferir caráter realmente democrático às decisões do STF. Não por acaso é que se verifica, infelizmente, graves estocadas institucionais promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo contra o Judiciário, com repercussão negativa para a própria vivência constitucional.

### 2.3. AS ESTOCADAS INSTITUCIONAIS E A ANGÚSTIA CONSTITUCIONAL

Há uma forma de substituição da ordem constitucional democrática por um sistema ilegítimo, que não perpassa necessariamente por uma ruptura abrupta, mas pela contínua, gradativa e silenciosa erosão dos procedimentos e direitos associados a uma democracia constitucional até que ela seja completamente desnaturada. Esse tipo de fenômeno ocorre quando os *players* políticos e institucionais se utilizam, através do “jogo duro constitucional”<sup>105</sup>(*constitutional hardball*), de mecanismos

---

104 O Supremo Tribunal Federal no Brasil é um órgão estatal cuja natureza jurídica é de Suprema Corte híbrida, entendida como um tribunal da Federação integrante da estrutura do Poder Judiciário nacional cuja atuação repousa na junção das competências julgadora em abstrato, julgadora em contrato, julgadora por força de autoridade ou entidade envolvida, julgadora sem jurisdição constitucional, revisora de casos concretos, pacificadora de conflitos federativos e, sobretudo, intérprete última da Constituição Federal e guardiã de sua integridade. (HIRSCH, 2020).

105 “Jogo duro constitucional” é usar as instituições como arma política contra o seu oponente. Usar a letra da lei de maneira a diminuir o espírito da lei. É fruto da polarização: quando os dois lados começam a temer e desprezar o outro, eles passam a lançar mão de qualquer meio necessário para impedir que o outro vença. Hoje, toda nomeação para a Suprema Corte americana envolve jogo duro constitucional e

previstos na própria carta política para, pouco a pouco, alterar a identidade do pacto constitucional.

Períodos de estresse constitucional são aqueles em que a utilização de jogadas duras, heterodoxas e legalmente controvertidas<sup>106</sup>, por parte dos que ocupam mandatos políticos ou têm prerrogativas institucionais, se intensifica e alonga no tempo, favorecendo o surgimento de círculos de retaliações políticas e jurídicas e aumentando a tensão e a instabilidade institucional. São momentos de disputa política e interpretativa sobre a validade dos atos dos diferentes poderes em confronto<sup>107</sup>. Assim, há um aumento da tensão entre a classe política (Poder Legislativo e Executivo) e o estamento jurídico (Poder Judiciário)<sup>108</sup> ou entre a

---

o mesmo se viu no Brasil, durante o impeachment de Dilma Rousseff, em 2016, e a exclusão da candidatura de Lula, em 2018. Olhando para outros casos de colapso da democracia (Brasil nos anos 60, Chile nos anos 70, Espanha nos anos 30, Alemanha no começo dos anos 30), se percebe que, quando isso começa, tende a se intensificar e é muito difícil de ser parado. Maiores detalhes sobre a opinião externada por Levitsky, em entrevista à BBC News Brasil: Steven Levitsky: Por que este professor de Harvard acredita que a democracia brasileira está em risco - BBC News Brasil. Acesso em 11 mar. 2021.

- 106 Algumas espécies de jogadas duras observadas por Vieira (2018, p.43-65): julgamento da AP 470 (mensalão), com a condenação de diversos atores políticos; Operação Lava-Jato, na qual diversos políticos foram condenados e houve a liberação do áudio da conversa entre os ex-presidentes Dilma e Lula, por parte do juiz Sergio Moro; o processo de impeachment de Dilma Rousseff; remoção de Eduardo Cunha da presidência da Câmara de Deputados; etc.
- 107 MÁRCIO A. L. CAVALCANTE, em síntese, aduz que o efeito *backlash* consiste em uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas – em regra do parlamento ou Poder Legislativo – diante de uma decisão liberal tomada pelo Poder Judiciário em um tema cercado de controvérsias. Já MARIANNA MONTEBELLO WILLEMANN (2013) o define “como o movimento de intensa reprovação ou rejeição de uma decisão judicial, acompanhado da adoção de medidas de resistência tendentes a minimizar ou a retirar sua carga de efetividade”. Mais informações: O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 27/01/2022.
- 108 Forte tensionamento entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário pôde ser atestado muito recentemente quando o ministro Luís Roberto Barroso, do STF, após provocação judicial de alguns senadores da república, determinou, em sede liminar, que o Senado instalasse a CPI da COVID 19. O chefe do Executivo chegou a afirmar que “Pelo que me parece, falta coragem moral para o Barroso e sobra ativismo judicial”. Os ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) Dias Toffoli e Alexandre de Moraes justificaram decisões recentes do Supremo, consideradas por alguns como interferência na política. Eles lamentaram a necessidade das ações, mas segundo os magistrados,

própria classe política<sup>109</sup>, de modo a tornar deveras difícil qualquer espécie de coordenação da vida política e comunitária (VIEIRA, 2018).

Conforme se verifica na literatura jurídica, dentro deste “jogo duro”, alguns instrumentos utilizados pelo Poder Legislativo, de forma reativa, são o controle parlamentar sobre o orçamento do Judiciário e os salários dos magistrados, o processo de nomeação dos juizes dos tribunais, a não implementação das decisões judiciais e a superação legislativa<sup>110</sup>.

A análise destes instrumentos pode ser feita em dois planos distintos: empírico e normativo. No primeiro plano, os cientistas sociais estão corretos em denunciar a ilusão dos juristas em considerar que o órgão judicial somente está limitado, na definição da última palavra sobre o sentido do texto normativo, por elementos da hermenêutica jurídica. Ao contrário, mecanismos de reação política impõem significativos limites políticos à atividade judicial, na medida em que, ao implicarem sérios riscos à legitimidade institucional do Poder Judiciário, os juizes tenderão a atuar estrategicamente com o objetivo de evitá-los. Portanto, dificilmente o Poder Judiciário logrará fixar o sentido definitivo da Constituição em controvérsias de grande saliência política, sobretudo quando estiverem

---

o STF age porque “política não resolve problemas”. Maiores informações em Barroso rebate Bolsonaro e diz que consultou ministros do STF antes de mandar instalar CPI da Covid - 09/04/2021 - Poder - Folha (uol.com.br) e Toffoli e Moraes dizem que STF age porque ‘política não resolve?’ (uol.com.br). Acesso em 12 abril 2021.

109 Exemplo recente e interessante de tentativa de “jogada dura” é a almejada por parlamentares federais (Câmara dos Deputados) contra o Chefe do Poder Executivo, vez que se mostraram insatisfeitos com a escolha do médico cardiologista Marcelo Queiroga para a ocupação do posto de Ministro da Saúde. As estocadas consistiriam em dificultar o trâmite de reformas constitucionais e legais de interesse do Poder Executivo (reformas administrativa e tributária), perante o Congresso Nacional, além de realização de convocação de servidores da área da saúde do entorno político da Presidência da República para prestarem esclarecimentos sobre condutas tomadas no combate à pandemia viral do COVID-19, no Brasil. Maiores informações em: Centrao fala em dificultar pauta do governo na Câmara após revés em escolha de ministro da Saúde - 16/03/2021 - Poder - Folha (uol.com.br). Acesso em 17 mar. 2021.

110 Outros “contra-ataques” podem ser mencionados: a aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juizes tidos como inadequados; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais; etc. O objetivo é sempre o mesmo: limitar a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, quando esta se dá de forma contrária aos interesses das classes políticas dominantes. Mais detalhes: O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 27/01/2022.

em jogo preferências centrais às coalizões governamentais dominantes e a grupo de interesses bem articulados. (BRANDÃO, 2017).

Quando se está diante de longo período no qual as estocadas institucionais, empregadas pelos atores políticos e institucionais, que passam a utilizar de seus mandatos e prerrogativas para alterar as relações entre os poderes estabelecidos, são cada vez mais duras e constantes passa-se a vivenciar uma situação de profundo mal-estar constitucional, cujas consequências danosas são imprevisíveis<sup>111</sup>. (VIEIRA, 2018).

O mal-estar constitucional pode desencadear reações antidialógicas institucionais, nas quais a faceta “adversário-inimigo” ganha colorido mais intenso. Neste patamar, não é difícil observar os *players*, no propósito de conservar parcela de poder político e funcional<sup>112</sup>, atuarem

111 Abre-se margem para retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia anteriormente, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com o entendimento favorável à concretização dos direitos fundamentais. Esclarecendo as referidas consequências, GEORGE MARMELESTEIN (2016, p. 6) ensina que: “O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.” Por conseguinte, uma decisão judicial com intuito de proporcionar direitos e tutelar as minorias, atinge, na verdade, o oposto, gerando, como efeito colateral, a diminuição da proteção e retrocesso, em virtude de insatisfação por parte da população mais conservadora, o que propicia um ambiente possível de derrocar os direitos arduamente adquiridos. O efeito *backlash*, assim, provoca consequências graves para os beneficiários da decisão judicial polêmica. Para maiores informações: O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 27/01/2022.

112 A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 3/21 estabelece que a prisão em flagrante de deputados federais e senadores somente será permitida se estiver relacionada a crimes inafiançáveis listados na Constituição, como racismo e crimes

de modo a fragilizar o seu oponente, ainda que isto signifique prejuízo para a estabilidade política, econômica, jurídica e comunitária. Em casos tais, pode-se afirmar que não há vencedores, uma vez que o tecido social já se encontrará combalido ao ponto de abrir espaço, inclusive, para atores políticos populistas e antidemocráticos<sup>113</sup>.

Neste contexto de esvaziamento das capacidades dos poderes da república em processar os conflitos de interesses e em meio a determinadas decisões proferidas pelo STF, tidas por alguns como sendo de comportamento juristocrático, foi apresentada a proposta de emenda constitucional número 33, de 2011<sup>114</sup>, que buscava modificar competências diretamente ligadas à jurisdição constitucional exercida pelo Altíssimo Pretório. Em linhas gerais, o que se tinha como objetivo era a alteração do quórum para as declarações de inconstitucionalidade, que deixaria de ser por maioria absoluta de seus membros e passaria a ser quatro quintos, o condicionamento do efeito vinculante de súmula aprovada pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo e a submissão ao Congresso Nacional da decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição.

Interessante, para fins deste trabalho científico, é notar que a justificativa apresentada para essa proposta de emenda constitucional (PEC) é justamente a alegada hipertrofia do Poder Judiciário no Brasil que, segundo a visão de alguns, vem deslocando para o locus judicial, em prejuízo da democracia, relevantes questões que deveriam ser decididas pelo Poder Legislativo. Aduz-se, ainda, que o STF há muito tempo deixou de ser um legislador negativo e tornou-se um legislador positivo. Mais ainda, teria se tornado

---

hediondos. O texto, assinado pelo deputado Celso Sabino (PSDB-PA) e outros 185 deputados, proíbe ainda a prisão cautelar por decisão monocrática, ou seja, de um único ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), como ocorreu com o deputado Daniel Silveira, cuja prisão foi decretada inicialmente pelo ministro Alexandre de Moraes e só depois referendada pelos demais ministros. Maiores detalhes em: Proposta limita a possibilidade de prisão em flagrante de deputado ou senador - Notícias - Portal da Câmara dos Deputados ([camara.leg.br](http://camara.leg.br)). Acesso em 12 mar. 2021.

113 O populismo pode ser visto como fruto do esgotamento das capacidades das instituições democráticas existentes em processar os conflitos de interesses presentes em nossa sociedade. Maiores informações: Vamos falar de populismo - *Le Monde Diplomatique*. Acesso em 12 mar. 2021.

114 Em que pese o status atual desta PEC ser de “arquivada”, nada impede que propostas semelhantes sejam reconstruídas no seio do parlamento, reavivando-se as estocadas institucionais, em nítido contexto de *constitutional hardball*. Maiores informações sobre o trâmite da PEC em: Portal da Câmara dos Deputados ([camara.leg.br](http://camara.leg.br)). Acesso em 12 mar. 2021.

verdadeiro “superlegislativo”. Por tal motivo, o alegado é que se defende com a PEC resgatar o valor da representação política e da soberania popular, restabelecendo-se o equilíbrio entre os poderes da república. (LEITE, 2017).

Ao longo deste estudo, já se observou que a inevitável atuação do Poder Judiciário,<sup>115</sup> na busca por solução de inúmeras questões políticas, sociais, econômicas e morais, acabou, por vezes, em fazer o pêndulo representativo ganhar contorno juristocrático (supremacia judicial), em virtude de condutas intensamente ativistas. O fenômeno da juristocracia, que veio acompanhado de graves tensionamentos institucionais (estocadas institucionais), acaba por conferir nova dimensão e intensidade à litigiosidade existente entre os poderes da república e, por consequência, preocupante instabilidade democrática pelos estresses constitucionais atualmente existentes.

Análises e julgamentos proferidos na seara de demandas de natureza complexa, como sói ocorre nos processos estruturais, em realidade formatada no estado de coisas inconstitucional, escancara este controverso fenômeno vivenciado atualmente em território nacional<sup>116</sup>. É o que adiante se verá.

#### **2.4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A EXPERIÊNCIA NA ADPF 347/2015 SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO ESTRUTURAL**

Deve-se dedicar especial atenção à situação particular de omissão estatal inconstitucional que implica violação massiva e contínua de direitos fundamentais. Em casos tais, com o escopo de proteger a dimensão objetiva desses direitos, a Corte Constitucional acaba por tomar uma medida extrema: reconhecer a vigência de um Estado de Coisas Incons-

---

115 Diz-se inevitável atuação do órgão jurisdicional em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXX da Carta Magna, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e dos comandos dos arts. 2º (“o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”) e 140º do novo Código de Processo Civil brasileiro, lei número 13.105/2015 (“o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”).

116 Ao ponto de haver quem considere o ECI (estado de coisas inconstitucional) como “ativismo vitaminado”. Veja-se: o próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo. Informações em ConJur - Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Acesso em 27/01/2022.

titucional (ECI). Em recorte objetivo, trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais, uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos, notadamente dos Poderes Executivo e Legislativo. Mas não é só. No ECI, o juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte, incisiva e ampla intervenção judicial<sup>117</sup>.

Com efeito, ao utilizar o instrumento da declaração do ECI, a Corte Constitucional deixa de restringir-se à função de garantidora de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo e amplificado, vez que trata de formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução. Em face de sistemática omissão estatal, incluída, por vezes, a omissão legislativa, a Corte busca estabelecer um modelo coordenado de ação, que alcança diferentes atores, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais. Dessa forma, tanto interfere em escolhas políticas quanto procura assegurar que essas escolhas se concretizem e surtam efeitos reais. Agindo assim, tanto determina como supervisiona as ações públicas. (CAMPOS, 2019).

O reconhecimento do ECI, do ponto de vista empírico, demonstra o grande hiato que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social (fenomênica). Ademais, indica que a omissão estatal nada tem a ver com enunciados constitucionais específicos, e sim

---

117 O Estado de Coisas Inconstitucional tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público. A primeira decisão da Corte Constitucional Colombiana que reconheceu o ECI foi proferida em 1997 (*Sentencia de Unificación* - SU 559, de 6/11/1997), numa demanda promovida por diversos professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelas autoridades públicas. Ao declarar, diante da grave situação, o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Colombiana determinou às autoridades envolvidas a superação do quadro de inconstitucionalidades em prazo razoável. Maiores informações: Estado de Coisas Inconstitucional ([jusbrasil.com.br](http://jusbrasil.com.br)). Acesso em 11/01/2022.

com as condições precárias de fruição desses direitos, em relação às quais o legislador, o administrador ou ambos nada fizeram ou fazem para remediar. Assim, o órgão judicante nada mais faz senão afirmar que as falhas estruturais de políticas estatais são fatores centrais desse estado contrário à Constituição. Viola-se o dever geral de fazer valer o sistema objetivo de direitos fundamentais, que autorizam a intervenção judicial estrutural<sup>118</sup>.

Em casos tais, o órgão jurisdicional vê-se impelido, sob pena de agravamento insustentável da omissão inconstitucional, a interferir e determinar a confecção de leis e políticas públicas administrativas, voltadas à superação do estado permanente de violação a direitos. Em vez de deixar os Poderes Executivo e Legislativo livres para decidirem se e quando dirigir esforços normativos e orçamentários para enfrentar o quadro de inconstitucionalidades, as Cortes Constitucionais, reconhecendo a inexistência ou deficiência de medidas para reverter essa realidade insuportável, declaram o ECI e atraem para si o impulso e a supervisão do processo de superação da situação. Trata-se, sem dúvida, de postura das mais ambiciosas que as Cortes Constitucionais podem assumir e, por tal motivo, não raras vezes, decisões desse jaez levantam suspeitas de usurpação de poder e atuação democraticamente ilegítima.

Acerca da conexão existente entre o ECI e a categoria processo estrutural<sup>119</sup>, como módulo revisor e corretor de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, Leandro J. Gianni (2021, p. 149) informa que

---

118 Fato é que os instrumentos processuais tradicionalmente empregados na revisão judicial de políticas públicas se mostram insuficientes, já que direcionados à obtenção de soluções definitivas e compensatórias que se traduzem em ordens de dar, pagar, fazer ou não fazer. Uma demanda estrutura, que emerge do ECI, exige decisões voltadas para o futuro e que requerem criatividade e protagonismo do juiz no gerenciamento de um processo de execução complexo. Maiores informações em Editora Thoth - Litígios Estruturais, Estado de Coisas Inconstitucional e Gestão Democrática do Processo: Um Papel Transformador para o Controle Judicial de Políticas Públicas. Acesso em 11/01/2022.

119 O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que

La doctrina del caso utilizado, de todos modos, permite reafirmar el rol de este tipo de litigios como instrumentos de revisión de políticas públicas, con la consecuente posibilidad por parte del Poder Judicial de imponer a los responsables de las mismas, la adopción de medidas eficaces que tiendan a remediar lesiones producidas por aquéllas, aun cuando las mismas importen irrumpir en el orden de prioridades definidas por los poderes políticos o mayoritarios

Aos litígios estruturais de natureza complexa<sup>120</sup>, com impacto multidimensional, faz-se necessária a aplicação de uma estrutura de tutela processual mais plástica, maleável, principalmente na fase de implementação dos efeitos da sentença (fase de cumprimento de sentença).

Eis os primeiros contornos da figura jurídica do processo estrutural<sup>121</sup>.

Trata-se, pois, de uma nova formatação para a tutela executiva da sentença condenatória e/ou mandamental na qual o magistrado, ao invés

---

impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura. Maiores detalhes: Direito Hoje | Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças (trf4.jus.br). Acesso em 12/01/2022.

120 Podem ser caracterizados pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígios desta espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas. Ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural, justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. Maiores informações em ConJur - Carlos Campos: Estado de Coisas Inconstitucional e litígio estrutural. Acesso em 12/01/2022.

121 A ideia de processo estrutural (structural injunction) nasceu nos EUA, notadamente quando juízes federais procuraram implementar uma decisão da Suprema Corte de 1954 (Brown x Board of Education). Tratou-se de impor a transformação do sistema educacional americano, então dividido em dois (escola para negros separadas de escolas para brancos), para apenas um, unitário, não racial. Mariela Puga bem destaca que os detalhes do caso Brown deixam clara a característica do processo estrutural - função “performativa”, que permite expandir o terreno do judicializável, alcançando práticas que estariam fora do que previamente se entendia possível de consubstanciar um debate judicial. Maiores detalhes: Covid/19, processo estrutural e ativismo judicial (migalhas.com.br). Acesso em 12/01/2022.

de unilateralmente impor obrigações de cumprimento imediato, nos rígidos prazos fixados pela norma processual tradicional, planeja e dimensiona no tempo, com a cooperação das partes envolvidas, um cronograma ótimo para a implementação das obrigações impostas pelo ato decisório, atento aos impactos e repercussões extraprocessuais da ordem judicial<sup>122</sup>.

Como o Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa (Poder Legislativo e Poder Executivo) sobre determinadas matérias na seara das políticas públicas que, via de regra, atinge frontalmente direitos fundamentais, por vezes, a atuação ativista das Cortes Constitucionais acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia representativa<sup>123</sup>, para superar os desarranjos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre entidades públicas e a sub-representação de grupos sociais minoritários vulneráveis.

Diante deste cenário complexo, faz-se necessário, para superação do quadro de inconstitucionalidades, ultrapassar os instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional. Isto porque, são a dramaticidade, emer-

---

122 Há diversos exemplos de processos estruturais no ordenamento pátrio. No Ceará, uma magistrada buscou as causas para a alta procura de cirurgias ortopédicas e viabilizou junto aos órgãos públicos soluções estruturantes com políticas públicas efetivas para o problema. Na seara trabalhista, o Ministério Público do Trabalho propôs ação civil pública em face da União Federal na época da diáspora haitiana com vistas a implementar políticas públicas que resguardassem os direitos dos refugiados. Houve celebração de acordo judicial com provisões de medidas públicas inclusive no eixo trabalho, assim como houve atenção para que a efetivação das políticas previstas não onerasse apenas o estado do Acre, mas fosse de responsabilidade da União. Outros exemplos de processos estruturais são as ações civis públicas propostas contra a empresa Vale quando do Desastre de Brumadinho. Ainda, pontua-se ação civil pública proposta em litisconsórcio entre MPT, MPF, MPPA voltada a reparar danos causados por afundamento de navios com 4800 bois vivos, no Porto de Mosqueiro/PA, próximo a Belém, em que houve celebração de acordo. Recentemente, destacou-se a atuação do Supremo Tribunal Federal em medidas de proteção aos índios contra os riscos causados pela pandemia do coronavírus (Covid-19), por se tratar de grupo vulnerável à proliferação viral. Maiores informações em Conteúdo Jurídico | Processos estruturais e atuações do MPT (conteudojuridico.com.br). Acesso em 12/01/2022.

123 Críticos argumentam que esses processos estruturais violam o princípio da Separação de Poderes, pois interferem em questões orçamentárias, administrativas e, por mais das vezes, de opções políticas. Lenio Luiz Streck (2015) aduz temer a expressão estrutural, pois isso pode ser uma espécie de “guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo” o que os defensores de uma ilegítima expansão do judiciário pretendem. Maiores detalhes: Estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e ativismo judicial - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 13/01/2022.

gência e a complexidade da situação que impõem a heterodoxia dos remédios judiciais. Todavia, neste cenário, as Cortes Constitucionais devem ser cientes das próprias limitações funcionais. Por exemplo, devem ter em vista que não podem resolver o quadro atuando de forma isolada e solipsista e que de nada adiantará proferirem decisões inexequíveis. Ao revés, o órgão judicante deve adotar ordens flexíveis e mutáveis, além de monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas, conservadoras e ortodoxas. Em vez de fazer valer a supremacia judicial, deve-se abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções (diálogos institucionais). Observa-se, aqui, a necessidade de se erigir ativismo judicial de natureza estrutural, porém moderada e dialógica<sup>124</sup>.

O Supremo realizou o julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual o PSOL, na qualidade de legitimado à propositura dessa ação subsidiária de controle principal de constitucionalidade, requer, em caráter inédito no Brasil, a declaração de um estado de coisas inconstitucional referente ao sistema prisional e carcerário nacional<sup>125</sup>.

124 O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também quanto aos resultados desejados. Daí por que comportamento judicial da espécie possuir tanto virtudes democráticas como vantagens pragmáticas. Maiores informações em ConJur - Carlos Campos: Estado de Coisas Inconstitucional e litígio estrutural. Acesso em 13/01/2022.

125 Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que: I - Assentava o prejuízo do pedido em relação à Medida Provisória nº 755/2016; II - Julgava procedente o pedido formulado na alínea “a” da peça primeira, declarando o estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro; III - Julgava procedente, em parte, o pedido formalizado na alínea “b”, para, confirmando a medida acauteladora, determinar: a) aos juízes e tribunais, que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais, que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes, que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a re-

O almejado ECI foi reconhecido pela Corte Constitucional Brasileira na sua decisão de deferimento parcial dos pleitos cautelares.

Conforme se verá com maior vagar, no direito constitucional colombiano, que serve de fonte de inspiração para a Suprema Corte Brasileira, a declaração de um estado de coisas inconstitucional em litígios vai além de mero pronunciamento de omissão normativa e autoriza a abertura de um

---

clusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, a ser utilizado conforme a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; IV - Julgava procedente, em parte, os pedidos veiculados nas alíneas “c” e “g” da inicial, determinando: 1. ao Governo Federal, a elaboração, no prazo de três meses, de plano nacional visando a superação, em, no máximo, três anos, do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, observadas as balizas mínimas voltadas a: (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, relativamente a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuação nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT; 2. aos Estados e Distrito Federal, a formulação, observado o prazo de três meses, contados da publicação do plano formalizado pela União, de planos próprios, em harmonia com o nacional, visando a superação, em dois anos, do estado de coisas inconstitucional; e V - Julgava improcedentes os pedidos contidos nas alíneas “c”; quanto ao encaminhamento do plano federal ao Supremo e à previsão dos recursos necessários à implementação; “d”, “e”, “f”, no tocante à deliberação do plano nacional e à previsão, pelos Estados e Distrito Federal, das verbas à implementação dos planos; “g”, “h” e “i” da inicial, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Daniel Sarmiento; pela interessada União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Ramia Munerati, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, a Dra. Flavia Rahal Bresser Pereira; pelo *amicus curiae* Defensor Público-Geral Federal, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Dra. Maíra Fernandes; pelo *amicus curiae* Instituto Pro Bono, o Dr. Marcos Roberto Fuchs; pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, o Dr. Gabriel de Carvalho Sampaio; e, pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, o Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Plenário, Sessão Virtual de 28.5.2021 a 7.6.2021. Maiores detalhes: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso 13/01/2022.

procedimento de diálogo entre os Poderes, de modo a se buscar o maior alcance possível na efetivação de dado direito fundamental vulnerado<sup>126</sup>.

Alexandre Vitorino Silva (2020, p.39 e seguintes) explana, de forma didática, o contexto em que se dá, processualmente, a declaração do ECI:

Para que ocorra a declaratória do estado de coisas incompatível com a Constituição, deve estar presente um litígio que: a) afete um enorme número de pessoas que alegam violações a seus direitos, individualmente; b) implique a responsabilização de diversas autoridades governamentais consideradas implicadas na violação massiva e generalizada de direitos e pelas falhas sistêmicas na execução de políticas públicas; c) demande remédios estruturais, ou seja, comandos nos quais o Judiciário determina a variada autoridade a tomada de decisões coordenadas para proteger os titulares de direitos fundamentais afetados, e não apenas os eventuais autores da demanda; d) não possa compor uma solução à moda de lides clássicas entre as partes, pois o seu efeito multiplicador teria potencial para afetar a efetividade da prestação jurisdicional e obstruir os canais judiciários. Somente se reunidas essas características haverá, consoante a inteligência da Corte Constitucional da Nação vizinha, autêntico litígio estrutural a endossar, como medida extrema, o pronunciamento do estado de coisas inconstitucional. Via de regra, a declaração desse estado factual de desconformidade com a Lei Fundamental é precedida da coletivização da ação de tutela. Como consequência da declaração, prolata-se uma macrossentença, cujo escopo central é o estabelecimento de

---

126 Segundo a Corte Constitucional Colombiana, o ECI caracteriza-se, fundamentalmente, diante da constatação de que: (a) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta a ocorrência de uma proteção insuficiente); (b) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade); (c) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e (d) há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação de recursos, etc.). Mais informações: Estado de Coisas Inconstitucional ([jusbrasil.com.br](http://jusbrasil.com.br)). Acesso em 17/01/2022.

um diálogo institucional entre o Poder Judiciário, de um lado, e o Poder Executivo e Legislativo, de outro.

É este tipo de técnica decisória que deve se buscar desenhar na ADPF 347. A novidade representada nesta demanda é que ela marca a introdução formal da litigância estrutural em controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro, no sentido de permitir que a Suprema Corte interfira na reforma profunda de uma política pública que atinge a totalidade dos Estados da Federação brasileira.

A proposta da ADPF citada converte a fiscalização abstrata em um procedimento de diálogo institucional que exige a extensão temporal de interações institucionais entre Judiciário, Executivo e Legislativo, não só no âmbito da União, mas no dos Estados e do Distrito Federal, cujo propósito último é a criação, aperfeiçoamento e substituição de políticas públicas carcerárias e prisionais. Necessário se faz, assim, compreender o vício da falha estrutural, os pressupostos do estado de coisas inconstitucional a partir de uma investigação dos próprios litígios estruturais, naquilo que têm de distinto de uma atividade simples de *judicial review*, que costuma contrastar atos normativos, ou uma omissão de dever específico de agir, com a Constituição. (SILVA, 2020).

Aqui, valendo-se de uma perspectiva transconstitucional<sup>127</sup>, ganha importância a incursão no Direito Comparado, a fim de se verificar como, permeabilizando-se a ingerência da sociedade civil na engrenagem decisória do Poder Judicial, esse tipo de tutela judicial corretiva do mau desempenho de instituições na implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais vem sendo desenvolvido em países que experimentaram problemas semelhantes ao que o Brasil enfrenta no julgamento da ADPF 347<sup>128</sup>.

127 Em breve síntese, o transconstitucionalismo consiste na articulação de ordens jurídicas diversas, sejam elas estatais, transnacionais, internacionais ou supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas relativos a direitos fundamentais e a limitação de poder que ultrapassam os diversos tipos de ordens jurídicas e são discutidos simultaneamente por tribunais de ordens jurídicas diversas. Em sua tese, Neves propõe o diálogo entre estas diferentes ordens, “conversações constitucionais”, ao revés da sobreposição de uma sobre a outra. Maiores informações em O diálogo transconstitucional como proposta para a inter-relação entre os sistemas estatais e a governança internacional - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 03 out. 2021. Deste modo, o diálogo institucional transversal proporcionado pela doutrina do transconstitucionalismo se mostra como instrumento eficiente para buscar superar as diferentes dificuldades e lacunas encontradas, sobretudo, na concretização da proteção aos direitos fundamentais de minorias vulnerabilizadas.

128 As diferenças observadas entre a decisão T-762 de 2015, da Corte Constitucional

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

---

colombiana, e a decisão cautelar na ADPF 347/DF, do Supremo Tribunal Federal, estão relacionadas à atuação das Cortes após a decisão, instituição de mecanismos de seguimento e participação da sociedade civil. Mais informações: Papel das cortes constitucionais na América Latina: reflexões sobre impacto e implementação... (usp.br). Acesso em 13/01/2022.

## **PARTE 2**

# **A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O SEU PAPEL INSTITUCIONAL PARA A DEMOCRACIA NO CONTEXTO COLOMBIANO PÓS CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DE 1991**

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

### **3. A DESCOBERTA DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O SEU CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO**

#### **3.1. BREVE NOTA HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS**

A criação da Corte Constitucional colombiana, em 1991, alterou substancialmente o funcionamento das relações políticas e judiciais existentes no país até aquele momento, superando um modelo de suprema corte com amplas competências jurisdicionais e constitucionais, como ocorre no Brasil, e dando margem a criação de uma Corte genuinamente Constitucional. Sob a perspectiva do acesso dos cidadãos e das competências do Tribunal para efetivar suas demandas por direitos, a criação de um órgão exclusivamente responsável por aplicar e garantir a integridade da Constituição, notadamente no núcleo duro dos direitos fundamentais, cuja estrutura estivesse aberta à participação da sociedade civil, foi um enorme avanço histórico<sup>129</sup>.

Tal engenho se concretizou por meio da Assembleia Constituinte, ocorrida em 1990, resultando na promulgação da Carta Magna de 1991. O cenário de convocação dessa Assembleia Constituinte estava ligado a um sentimento generalizado de insatisfação com o Poder Público por parte da sociedade civil<sup>130</sup>, circunstância que, no que tange à descon-

---

<sup>129</sup> La Corte Constitucional es una institución de la Rama Judicial del Poder Público creada mediante la adopción de la Constitución de 1991 con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Carta Política. La Corte está integrada por nueve magistrados, nombrados por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. La Corte Constitucional fue instalada el 17 de febrero de 1992 por el entonces presidente César Gaviria Trujillo. Mais detalhes: Corte Constitucional de Colombia. Acesso em 14/01/2022.

<sup>130</sup> Na Colômbia, como em toda a América Latina, sempre houve uma crise de representação política. Mais detalhes: Protestos na Colômbia: o que cenário sem precedente indica sobre futuro do país - BBC News Brasil. Acesso em 16/01/2022.

fiança da sociedade civil em relação aos agentes políticos, guarda notável semelhança com o caso brasileiro<sup>131</sup>.

Eis o contexto histórico, em apertada síntese: no final dos anos 80, a Colômbia era um estado que padecia na guerra civil e na criminalidade<sup>132</sup>, além de possuidor de um sistema partidário que não representava a sociedade civil<sup>133</sup>. Este cenário<sup>134</sup> empurrou a sociedade colombiana a buscar uma nova ordem constitucional<sup>135</sup> e foi exatamente essa busca que resultou na criação de sua Corte Constitucional.

---

131 As marcas recentes que se irradiam dos partidos políticos, no Brasil, são de descrédito e desesperança. O fato é grave e informa que a desconfiança política é estrutural e afeta, senão todas, a maior parte das instituições. Deve-se reconhecer nesse fenômeno a característica da não transitoriedade, que se encontra vinculada a denúncias cotidianas de escândalos, corrupção e crises políticas. (MOISÉS, 2013).

132 A partir dos anos 80, a guerra civil colombiana tornou-se extremamente ligada ao tráfico de drogas internacional, pois as FARC-EP e o ELN financiavam os custos de guerra através do tráfico de drogas e do sequestro de civis, fazendo também com que a violência no país matasse cerca de 30 mil pessoas desde os anos 60. Mais informações: Guerra Civil na Colômbia - Brasil Escola (uol.com.br). Acesso em 14/01/2022.

133 As razões políticas consistem em: i) presidencialismo forte e manipulador do Congresso Nacional, ii) ausência de credibilidade popular nos partidos políticos, na classe política e no Congresso Nacional e iii) uso da violência como tradicional mecanismo de resolução de conflitos no país. Mais detalhes: DESENHO INSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E COLOMBIANA: UMA ANÁLISE COMPARADA | Araujo | REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS. Acesso em 17/01/2022.

134 A Colômbia, apesar de ter longa tradição de governos civis e eleições regulares, enfrentava um período de altos níveis de violência, violações de direitos humanos e grave desigualdade social (Uprimny, 2004; Uprimny; García-Villegas, 2002). O ápice da crise ocorreu quando o Estado perdeu o controle de várias partes do território devido à presença de guerrilhas, grupos paramilitares e do tráfico de drogas, culminando com a ocupação da Suprema Corte pelo grupo guerrilheiro Movimento 19 de Abril (Gargarella, 2013). Em 1990, a partir da demanda de diversos setores da sociedade pela ampliação democrática e pelo estabelecimento de um novo contrato social, o então presidente César Gaviria convocou uma Constituinte<sup>4</sup> que contou com a participação de grupos antes marginalizados, como guerrilheiros desmobilizados, indígenas e minorias religiosas (Díaz, 2010; Uprimny, 2004; Uprimny; García-Villegas, 2002). O resultado foi uma Constituição que promove a dignidade humana, a equidade e a participação democrática (Iturralde, 2013). Mais informações: SciELO - Brasil - A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. Acesso em 17/01/2022.

135 A Constituição da Colômbia apresenta o país como uma república participativa em

A sugestão para que uma Corte Constitucional fosse criada com o exclusivo propósito de tutelar a defesa dos direitos fundamentais foi uma proposta do então Presidente da República César Gaviria. Até aquele momento, a jurisdição constitucional colombiana tinha como órgão de cúpula a Suprema Corte de Justiça, um tribunal com feições semelhantes ao STF, possuidor de vastas competências jurisdicionais e com considerável “taxa de congestionamento” processual<sup>136</sup>. Ademais o controle de constitucionalidade gozava de pouquíssimo destaque na história constitucional colombiana anterior a 1991. (NUNES, 2020).

Assim, houve a preocupação com a abertura do Tribunal à cidadania (sociedade civil), a fim de se promover as condições de surgimento de uma cultura de direitos, a partir da qual as decisões da Corte seriam respaldadas pela utilização que os agentes sociais fazem das mesmas em suas lutas por direitos, especialmente de grupos vulnerabilizados<sup>137</sup>.

---

seu primeiro artigo e traz, além dos instrumentos da democracia representativa, a democracia participativa, que inclui plebiscitos, referendos, iniciativas e consultas públicas, além de dois mecanismos que não existem no Brasil:<sup>8</sup> a revogação de mandato (*recall* político) e o conselho aberto. O primeiro envolve uma votação popular para revogar o mandato de prefeitos ou governadores, enquanto o segundo pressupõe uma reunião pública em que a população pode participar diretamente para discutir assuntos de interesse da comunidade (Nardiz, 2016). Mais detalhes: SciELO - Brasil - A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. Acesso em 17/01/2022.

136 No Brasil, a situação do Órgão de Cúpula (STF) não é muito diferente. Desde os anos 30, já se discutia a sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal (STF). A criação do TER na década de 40, em certo sentido, foi uma resposta a essa situação. A partir dos anos 60, acentuou-se o debate, no que passou a ser chamada como “crise do Supremo”. Nos dizeres do jurista Alfredo Buzaid, a crise consistia no “desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos por ele proferidos, sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão (...) se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento”. Maiores informações em A crise do Supremo (stj.jus.br). Acesso em 14/01/2022.

137 La democracia participativa es uno de los pilares del nuevo modelo constitucional que consagra la Constitución Política de Colombia de 1991, texto que, en muchos aspectos, supone el pistoletazo de salida del conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano. Dicha corriente considera como uno de sus elementos nucleares el fomento de la participación directa de los ciudadanos en la vida pública en general y en la toma de decisiones políticas en particular. Desde sus primeros años de existencia, la Corte Constitucional colombiana ha citado y valorado la democracia participativa. Maiores detalhes: Participación ciudadana e interpretación de la constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa (scielo.org.mx). Acesso em 14/01/2022.

A Constituição da Colômbia de 1991 é sucinta ao tratar da estrutura, da composição e do processo de nomeação perante a Corte Constitucional daquele país. A carta nos informa que o número de membros será ímpar e que a composição da Corte atenderá ao critério de pertencimento a diferentes especialidades jurídicas<sup>138</sup>. Os magistrados serão escolhidos pelo Senado respeitando a proporcionalidade de um terço das indicações realizadas por cada um dos seguintes órgãos: Presidência da República, Corte Suprema de Justiça e Conselho de Estado. O mandato dos magistrados é de oito anos, não admitida reeleição<sup>139</sup>.

Os requisitos constitucionais para ser magistrado de uma das Cortes Superiores, incluindo a Corte Constitucional, são (i) ser colombiano nato e cidadão em exercício; (ii) ser advogado, (iii) não haver sido condenado por sentença judicial ou pena privativa de liberdade, exceto por delitos políticos culposos; e por fim, (iv) ter desempenhado função relacionada à jurisdição ou ter sido acadêmico em disciplinas jurídicas por, no mínimo, 15 anos. Demais disso, os processos de seleção dos magistrados no Senado da Corte Constitucional colombiana são profundamente impregnados por preocupações de cunho ideológico e político. Um procedimento informal essencial à nomeação dos magistrados é o “apadrinhamento político” - ou “cabildeo” -, considerado forma de lobby indireto, que consiste na busca, prévia, por apoio de grandes chefes políticos ou de senadores muito influentes para que se garanta a eleição<sup>140</sup>. (BRANDÃO, 2017).

138 De acuerdo con el artículo 239 de la Constitución Política, la Corte Constitucional tendrá el número ímpar de miembros que determine la ley. Según el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) la Corte estará integrada por nueve (9) magistrados. Informações em Corte Constitucional de Colômbia. Acesso em 16/01/2022.

139 Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 239 de la Constitución Política y 44 de la Ley 270 de 1996). Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos. Mais detalhes: Corte Constitucional de Colômbia. Acesso em 16/01/2022.

140 No Brasil, pelas regras de hoje, a indicação cabe apenas ao presidente da República e há duas exigências para a escolha: que o indicado tenha notório saber jurídico e reputação ilibada. O escolhido é empossado após sabatina no Senado Federal, que pode rejeitar a escolha — o que nunca aconteceu desde que essa exigência foi criada. Na Câmara, tramitam propostas de emenda à Constituição que mudam esses critérios (PEC 259/16 e apensados). Uma delas (PEC 225/19) prevê que os poderes Legislativo e Judiciário também indiquem ministros, em sistema de rodízio; e que o indicado

De acordo com o artigo 241 da Constituição Política colombiana, são funções da Corte Constitucional, dentre outras:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objeto por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no

---

seja juiz de segunda instância ou advogado com pelo menos 10 anos de prática, com mestrado na área jurídica. Além disso, o mandato, que hoje vai até a aposentadoria compulsória aos 75 anos de vida, passaria a durar 12 anos. Mais detalhes: Escolha de ministro para o STF reacende debate sobre critérios de indicação para a Corte - Notícias - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em 27/01/2022.

serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva<sup>141</sup>.

É possível verificar que, institucionalmente, houve uma preocupação muito forte por parte do Constituinte de 1990 de focar o controle de constitucionalidade em um modelo concreto, com o objetivo de fomentar uma cultura de direitos no país. Isso porque, a experiência constitucional colombiana conhecia desde 1908 um modelo de controle abstrato de constitucionalidade com acesso universal, aferindo sua total incapacidade de produzir uma mudança efetiva na sociedade colombiana. Nesse sentido, talvez seja apropriado dizer que a aposta do constituinte colombiano foi em uma Corte Constitucional que servisse como uma espécie de “seguro” não para os poderes políticos existentes, mas para os cidadãos no âmbito da sociedade. Essa ideia de que qualquer pessoa pode recorrer à justiça constitucional com o propósito de reparar ou impedir uma violação de seus próprios direitos parece ter um efeito muito forte no sentido de produzir um apoio difuso à Corte, realmente, efetivo. Ademais, mesmo no controle abstrato, houve uma opção por contextualizar o efeito das decisões e abrir a jurisdição constitucional a preocupações de ordem prática e social, evitando uma Corte que tenha uma postura auto-destrutiva diante dos poderes majoritários. (NUNES, 2020).

Daniel Capecchi Nunes (2017, p.120 e seguintes) traz o seguinte aporte, quanto a forma de acesso a esta Corte:

Sob a perspectiva do acesso e das competências, a criação de um órgão exclusivamente responsável por aplicar e garantir a integridade da Constituição, cuja estrutura estivesse aberta à participação de todos os cidadãos foi um enorme avanço que chegava a, até mesmo, ofuscar órgãos análogos existentes em outros lugares do mundo. Miguel Schor defende que o modelo universal de acesso à jurisdição constitucional com um instrumento efetivo, com prazos máximos para resposta jurisdicional e de controle por via concreta, associado a um órgão jurisdicional totalmente dedicado a essas atividades, foi um dos elementos essenciais para a transformação da realidade constitucional do país. (...). A universalização do acesso à jurisdição constitucional na Colômbia tem raízes mais profundas. Curiosamente, a utilização do controle concentrado

---

141 Maiores detalhes: Corte Constitucional de Colombia. Acesso em 15/01/2022.

de constitucionalidade colombiano precede de 10 anos a implementação do Tribunal Constitucional austríaco desenvolvido por Kelsen. (...). Do ponto de vista da abertura aos cidadãos, Grant nos informa que desde seus primórdios a Corte adotou uma interpretação ampliada do conceito de cidadão admitindo desde pessoas jurídicas até estrangeiros como autores das ações públicas de inconstitucionalidade. Ademais, o procedimento era bem simples, exigindo formalidades mínimas, tais como a cópia do ato impugnado, o artigo constitucional que serviria de parâmetro e as razões para presumir uma inconstitucionalidade.

No próximo item, será mais bem detalhada as formas de deliberação da Corte Colombiana, circunstância que possibilitará a compreensão do formato em que se dá a construção das decisões judiciais que, diga-se, revelam-se consistentes em sua substância e profundas quanto aos efeitos produzidos no seio social.

### **3.2. FORMAS DE DELIBERAÇÃO DA CORTE**

Em primeiro plano, existe uma etapa pré-decisional, na qual a Corte, através de instrumentos formais ou informais, provocada pela sociedade civil para decidir um determinado assunto, recolhe as informações e perspectivas necessárias para iniciar seu processo interno de deliberação. Em um segundo momento, há a etapa decisional propriamente dita, na qual a Corte deverá se engajar colegiadamente para tomar uma decisão. Nesta fase, os membros da Corte discutirão entre si os diferentes argumentos que consideram ser válidos para tomar uma decisão. Por fim, a Corte Constitucional deverá transmitir as suas decisões para a sociedade civil através de instrumentos escritos<sup>142</sup>.

O principal instrumento de interlocução da sociedade civil com a Corte Constitucional é a audiência pública. Tal instrumento pode ser convocado por qualquer magistrado da Corte até 10 dias antes do prazo para que se julgue a ação, devendo ser aprovado pela maioria dos juízes presentes no plenário. Tais audiências são convocadas com o propósi-

142 Eis alguns elementos dos processos decisório-deliberativos: a (i) distribuição prévia do voto do relator e a relação ministros-relator; o (ii) quórum para a deliberação e a decisão; a (iii) ordem da discussão e da votação; o (iv) tempo da sessão e do voto de cada ministro; a (v) publicidade do julgamento; e a (vi) elaboração da decisão escrita e disponibilização dos votos divergentes e concorrentes. Mais detalhes: O processo decisório e deliberativo da Corte Constitucional da Colômbia: um caminho para o STF? | col:8271 | com:2767 (fgv.br). Acesso em 16/01/2022.

to de esclarecer pontos importantes para a decisão do tema, podendo ser chamadas as partes envolvidas na impugnação do ato questionado ou terceiros que a, convite do magistrado que propôs a audiência, possam esclarecer questões relevantes para a discussão. Do ponto de vista da prática do Tribunal, a convocação de tais figuras está associada a três critérios básicos, quais sejam, sua imparcialidade, sua compreensão de temas que ultrapassem o Direito e, finalmente, que sua participação no processo promova a democracia participativa<sup>143</sup>. Outro instrumento importante utilizado é a figura do *amicus curiae*<sup>144</sup>. As funções principais das audiências públicas e dos *amici curiae* são de ofertar informações para que a Corte tome decisões mais seguras e qualificadas e de evitar uma sobrecarga política sobre a Corte, evitando-se atitude solipsista. (BRANDÃO, 2017).

O momento decisional é aquele no qual os membros da corte interagem colegiadamente no intuito de tomar uma decisão a respeito da questão que foi trazida à sua presença. No que concerne ao grau de publicidade das deliberações, tem-se que as sessões da Corte Constitucional da Colômbia são todas fechadas, sendo inclusive crime liberar o teor de umas das discussões antes que o seu conteúdo escrito tenha sido aprova-

---

143 A audiência pública, como instrumento de participação popular e exercício de cidadania por parte do administrado, é manifestação da democracia participativa desejada pelo legislador constitucional de qualquer nação dita democrática. Mais informações: <http://grarhomologa.prodemge.gov.br>. Acesso em 27/01/2022.

144 De esta manera, “Amicus” es una persona diferente a los sujetos procesales o los terceros con interés que intervienen ante la magistratura, no con el objetivo de defender pretensiones propias o impugnar las contrarias, sino para ofrecer opiniones calificadas para la solución de un caso. A título de ilustración se puede mencionar el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha indicado que los Amicus curiae son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma. De esta manera, la naturaleza del Amicus es la de acompañar el desarrollo de la actuación judicial, más no coadyuvar pues, como tercero ajeno a la proceso, carece de idoneidad procesal para formular pretensiones propias o impugnar las contrarias. En el mismo sentido, resulta relevante la definición que contiene el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 2 Numeral 3) sobre este aspecto: “(...) amicus curiae [es] la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”. Mais informações: A107-19 Corte Constitucional de Colombia. Acesso em 16/01/2022.

do por todos os membros da Corte<sup>145</sup>. No entanto, é válido destacar que a ata produzida pelo Secretário-Geral tem o seu teor acessível ao público. (BRANDÃO, 2017).

Dado o caráter claro e autoexplicativo, transcreve-se o conteúdo normativo da Carta Política Colombiana que trata do modelo deliberativo da Corte (processamento dos casos submetidos à Corte, qualidade da decisão judicial tomada nas temáticas julgadas e a comunicação oficial do conteúdo a ser decidido):

Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública. 2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos. 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. 4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto. 5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley. Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. Artículo 244. La Corte Constitucional comunicará al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos. Esta comunicación no dilatará los términos del proceso.

---

145 A publicidade do julgamento é um dos temas mais relevantes para a discussão da deliberação e que, de forma mais explícita, separa o STF da Corte Constitucional Colombiana, vez que enquanto a primeira realiza majoritariamente sessões abertas, a segunda realiza sessões fechadas e secretas. Maiores informações em Laura Mastroianni Kirsztajn - TCC 2020.pdf (fgv.br). Acesso em 16/01/2022.

Finalizando-se este item, vale pontuar que a Corte Constitucional Colombiana adota o modelo *per curiam*, de modo que se obtém por escrito a “opinião da corte”, realizada a partir da deliberação colegiada<sup>146</sup>. Publica-se o “voto” vencedor, materializado como a opinião da corte, sendo, portanto, uma síntese daquilo que foi decidido. Além disso, há a possibilidade de publicação, caso seja desejo do magistrado, de dois tipos de voto: a *aclaración de voto* e o *salvamento de voto* (art. 47 da Lei 270 de 1996, Lei da Administração da Justiça). A *aclaración* significa uma concordância com o resultado vencedor, mas que pretende esclarecer ao complementar ou interpretar de forma distinta algo trazido na decisão da corte. O *salvamento* é a discordância em qualquer nível com o que foi decidido<sup>147</sup>.

### 3.3. EFICÁCIA DAS DECISÕES

Em geral, assim como acontece no Brasil, a Corte Constitucional Colombiana adota dois tipos de decisão, ou seja, julgamentos em controle abstrato e em controle concreto de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes* no primeiro tipo e *inter partes* no segundo<sup>148</sup>. Conforme visto acima, na Colômbia, o art. 243 da Constituição Política de 1991 determina que todas as autoridades devem obediência às decisões proferidas em sede de controle de instrumento legal caracterizado inconstitucional em decisões de mérito. Entretanto, a divisão tradicional dos efeitos das decisões (abstrata e concreta) não é tão simplista, vez que a Corte Constitucional colombiana desenvolveu (construção jurisprudencial) um complexo sistema de possibilidades de efeitos que essas decisões podem ter. Trata-se, como no caso brasileiro, da modulação dos efeitos decisórios<sup>149</sup>.

146 O grau de concordância exigido para que se tome uma decisão é de maioria absoluta dos membros do órgão deliberativo. No entanto, há um incentivo institucional para que se busque o consenso. Maiores informações em Corte Constitucional de Colombia - Wikipedia, la enciclopedia libre. Acesso em 16/01/2022.

147 Maiores detalhamentos sobre as etapas pré-decisória e decisória da CCC (Corte Constitucional Colombiana): Laura Mastroianni Kirsztajn - TCC 2020.pdf (fgv.br). Acesso em 16/01/2022.

148 O sistema concentrado, realizado pelo STF no Brasil, produz, em regra: ex tunc, erga omnes e vinculante; já o controle difuso, que é aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal (inclusive o STF), produz, em regra: ex tunc, inter partes e não vinculante. Mais detalhes: A abstrativização do controle difuso, overruling, mutação do art. 52, X CF/88 - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 17/01/2022.

149 Modulação dos efeitos significa a possibilidade de se restringir a eficácia temporal das decisões do Supremo em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

O decreto 2067 de 1991 colombiano, em seu artigo 21, limitava os casos nos quais os efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade poderiam ter natureza retroativa, levando aquela Corte a proferir decisão<sup>150</sup> afirmando sua autonomia para determinar os efeitos de seus pronunciamentos, os quais encontrariam limites apenas no texto e no espírito da Constituição. Assim, a modulação dos efeitos temporais das decisões da Corte Constitucional colombiana superou a regra geral de efeitos *pro futuro*, ou seja, a partir do trânsito em julgado e obrigatoriedade de aplicação da decisão, permitindo aos juízes decidir, sem qualquer procedimento especial, pela aplicação retroativa ou futura dos efeitos das suas decisões<sup>151</sup>.

Válido pontuar que a Corte Constitucional Colombiana também pratica a modulação de efeitos das decisões em relação ao conteúdo da lei declarada inconstitucional, proferindo decisões interpretativas, expressamente integrativas e materialmente expansivas<sup>152</sup>.

As decisões modulativas interpretativas podem determinar: (a) o exato significado a ser conferido ao texto normativo, (b) a restrição da aplicação do comando legal, excluindo as hipóteses de incidência, (c) a incorporação de requisitos a serem observados quando da aplicação da norma para que esta se torne válida. Já nas decisões integrativas, a Cor-

---

dade nas ações que ali cheguem, de modo a terem efeitos exclusivamente para o futuro (prospectivos). Essa possibilidade jurídica é consequência da lei 9.868/99, cujo artigo 27 assim dispõe: “art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” O CPC/15 disciplinou a modulação de efeitos no artigo 927, § 3º, onde se lê que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação de efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. Maiores detalhes em Considerações sobre o tema da modulação dos efeitos de decisões judiciais (migalhas.com.br). Acesso em 17/01/2022.

150 COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-113/93, de 25/03/1993.

151 Maiores detalhes: DESENHO INSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E COLOMBIANA: UMA ANÁLISE COMPARADA | Araujo | REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS. Acesso em 17/01/2022.

152 CEPEDA-ESPINOSA, M. J. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. 4, 2004, p. 566.

te Constitucional declara que houve uma omissão legislativa em relação à abrangência da lei revisada e amplia, no próprio comando decisório, a área de efetividade do instrumento legal, aplicando-o diretamente aos sujeitos e circunstâncias que entender necessárias de acordo com a Constituição<sup>153</sup>.

Por fim, as decisões materialmente expansivas, conforme esclarece Cepeda-Espinosa, “compreendem todos os diferentes tipos de decisões que não se encaixam nas categorias, mas que a Corte vem adotando desde 1992”, uma vez que ela “tem consistentemente afirmado seu poder exclusivo de determinar os efeitos das próprias decisões, tanto em julgamentos de controle concreto como abstrato, como parte de sua missão genérica de guardar a supremacia e integridade da Constituição”<sup>154</sup>.

---

153 Maiores detalhes: DESENHO INSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E COLOMBIANA: UMA ANÁLISE COMPARADA | Araujo | REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS. Acesso em 17/01/2022.

154 CEPEDA-ESPINOSA, M. J. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. 4, 2004, p. 564.

## **4. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E A DENSIFICAÇÃO DA CIDADANIA FRENTE A SOCIEDADE CIVIL**

### **4.1. UMA CORTE VOCACIONADA À DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Conforme visto, o propósito da Constituição de 1991 foi estabelecer uma Corte Constitucional voltada à defesa dos direitos fundamentais do cidadão e, simultaneamente, munida com instrumentos para realizar tal fim de diversas maneiras.

Em primeiro plano, houve uma expansão das hipóteses de revisão automática por parte da Corte Constitucional. Em segundo plano, o funcionamento da chamada ação pública de inconstitucionalidade foi dilatado, incluindo mais objetos, tais como emendas constitucionais e tratados internacionais. Além disso, foi estabelecido um prazo máximo de 60 dias para que a decisão da Corte seja proferida. Finalmente, houve uma preocupação por parte do poder constituinte e dos legisladores de criar instrumentos como audiências públicas, assessorias técnicas, bem como manifestações de outros Poderes para que a ação pública de inconstitucionalidade não se tornasse um instrumento descontextualizado e para que os juízes tivessem maior consciência das consequências práticas de suas decisões. (NUNES, 2020).

No âmbito do controle concreto de constitucionalidade, o instrumento da *acción de tutela* foi criado para garantir uma importante forma de proteção, no caso de violações concretas a direitos fundamentais. O artigo 86 da Constituição Colombiana criou algumas regras para funcionamento das ações de tutela. Explica-se: a ação poderá ser ajuizada, em um procedimento sumário, sempre que os direitos fundamentais de uma pessoa forem ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. Qualquer pessoa pode ajuizar a ação, sem que haja necessidade de um advogado, e mesmo um terceiro está legitimado, nos casos em que

o prejudicado estiver incapacitado de fazê-lo. Sua utilização se restringe às hipóteses nas quais não haja outro meio de defesa judicial ou quando a utilização de tal remédio seja a única maneira de evitar um prejuízo irremediável<sup>155</sup>. Há, igualmente, um prazo máximo de 10 dias para que os juízes profiram seu julgamento<sup>156</sup>.

Trata-se de instrumento jurídico que se revela amplamente democrático, dada a elasticidade da legitimidade ativa, e direcionado à defesa do conteúdo substancial constitucional (direitos fundamentais)<sup>157</sup>.

Com relação aos critérios que são utilizados pela Corte para selecionar os casos que serão revistos, enumeram-se os seguintes: (1) quan-

---

155 Na sua concepção original, prevista no Projeto de Lei n. 2.872/97, aprovado pelo Congresso Nacional, no Brasil, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tinha dupla função institucional: a primeira, de instrumento de governo, já que permitia que o rol de legitimados do art. 103 da CRFB/88 levassem discussões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceitos fundamentais ou relevante controvérsia judicial, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal; a segunda, de instrumento de cidadania, ao admitir que qualquer cidadão lesado por ato do Poder Público poderia propor ADPF. Este último dispositivo estava previsto no inciso II, do artigo 2º da Lei nº 9.882/99, porém, foi vetado pelo Presidente da República, impedindo que fosse estabelecida uma legitimidade aberta para a propositura da ADPF por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Mais informações em Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alcance da expressão “preceito fundamental” segundo a visão do STF - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade ([ambitojuridico.com.br](http://ambitojuridico.com.br)). Acesso em 27/01/2022.

156 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede Contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

157 La acción de tutela consagrada en la Constitución colombiana de 1991 es, sin duda, uno de los dispositivos jurídicos más revolucionarios dentro la trayectoria del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Mais informações: La acción de tutela en Colombia ([scielo.org.mx](http://scielo.org.mx)). Acesso 17/01/2022.

do existirem dúvidas sobre o caráter fundamental de um direito; (2) em circunstâncias nas quais se configure flagrante violação de um direito não tutelado devidamente por juízes de instâncias mais baixas; (3) se a decisão tomada anteriormente for contrária à jurisprudência da Corte; (4) quando os juízes tenham cometido tautologias; (5) quando se trata de um tema de repercussão pública; e, finalmente, (6) caso um trabalho de interpretação seja necessário para unificar a jurisprudência da Corte. Dentro do escopo de tal ação, foram construídas outras espécies de proteção: (a) a ação de cumprimento, cujo fim é obrigar autoridades administrativas a cumprir seus deveres; (b) a ação popular, que consiste em instrumento para proteção de direitos coletivos; e, por último, (c) a ação de grupos, que serve para proteger direitos de grupos sociais determinados. (NUNES, 2020).

Por estes e outros motivos, a Corte Constitucional Colombiana passou a ser considerada como um órgão de vanguarda no País e fora dele, proporcionando um avanço significativo no pensamento constitucional americano<sup>158</sup>. De feição ativista moderada, o Tribunal Constitucional da Colômbia lançou arrojadas teses jurídicas, dado o dinamismo, independência e autonomia que alcançou<sup>159</sup>.

#### 4.2. O ATIVISMO MODERADO DA CORTE COLOMBIANA

A criação e o aprimoramento das diversas modalidades de acesso à Corte Constitucional têm se relevado essenciais para as suas atividades. Se, anteriormente, a ação pública de inconstitucionalidade era um instrumento capturado por grupos de pressão, atualmente, a ação de tutela, em

---

158 Em relação à atuação das cortes supremas, a Corte Constitucional colombiana vem utilizando as tutelas no amparo dos direitos sociais, inclusive do direito à saúde. Apesar de a Constituição de 1991 restringir o uso da ação de tutela para direitos civis e políticos, a Corte passou a utilizar a doutrina da conexão para proteger os direitos sociais de forma indireta, ou seja, para que um direito social seja resguardado pelo Judiciário, sua não efetivação deve implicar na violação de um direito fundamental diretamente aplicável, como o direito à vida, à integridade física ou à dignidade humana. Maiores informações em SciELO - Brasil - A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. Acesso em 17/01/2022.

159 Mais detalhes: Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional (senado.leg.br). Acesso em 17/01/2022.

suas diversas modalidades, tem servido como um dos mais importantes instrumentos para garantir os direitos dos cidadãos<sup>160</sup>.

Apesar de possuir uma vasta jurisprudência de proteção de direitos fundamentais, que perpassa diversos temas<sup>161</sup> e que é referência no estudo do Direito Constitucional Comparado, não é possível afirmar que a Corte Constitucional da Colômbia é um órgão marcado por uma postura imprudente ou excessivamente agressiva para com os poderes políticos majoritários. Em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, o Tribunal tende a ser fortemente deferente ao Poder Executivo, na maior parte das vezes<sup>162</sup>. (NUNES, 2020).

No que concerne à ação de tutela, a despeito da postura ativista progressiva e da proteção dos direitos fundamentais ensejadas pela atuação da Corte, em seus primeiros anos, o Tribunal foi cauteloso ao conceder as tutelas, sobretudo quando houvesse questões procedimentais que as in-

---

160 La acción de tutela se presenta ante los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivan la presentación de la solicitud (D. 2591/91, art. 37). ¿Cómo se hace una acción de tutela? Qué debe tener una tutela: Datos de identificación (nombre, número de cédula, ciudad y día); los hechos que te llevaron a presentar la tutela; los derechos fundamentales vulnerados; la solución que consideras conveniente a tu problema. Informações adicionais: Acción de tutela (lasamericas.com.co). Acesso 18/01/2022.

161 Exemplo: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-622 de 2016) - Un centro de estudios interpone Acción de tutela en representación de comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato en contra de la Presidencia de la República y otros. Manifiestan afectaciones a la salud como consecuencia de las actividades mineras ilegales y solicitan se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes. “La Corte ha señalado que los derechos fundamentales de las comunidades étnicas se concretan, entre otros, en el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, que a su vez se deriva no solo del mandato de protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (artículos 1º y 7º) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición y desplazamiento forzado (artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva de la tierra (artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar y a ser consultados de las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, es decir, el derecho a una consulta previa, libre e informada”. Mais detalhes: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-622 de 2016) | Observatorio del Principio 10 (cepal.org). Acesso em 18/01/2022.

162 O Tribunal tenderia a ser mais deferente ao Poder Executivo no início do mandato dos Presidentes que no final, o que, por sua vez, serviria como um forte indicio de uma atuação politicamente orientada. Mais informações em <https://cienciassociales.uniandes.edu.co/>. Acesso em 18/01/2022.

viabilizassem. Essas dificuldades procedimentais foram sendo superadas, conforme os cidadãos passaram a compreender o funcionamento das tutelas e, a partir daí, a Corte passou a ser cada vez mais deferente aos pedidos. Atualmente, o instrumento tornou-se uma das mais importantes formas de lutar por direitos no contexto político colombiano. (NUNES, 2020).

Portanto, observa-se que, em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, a Corte tende a ser mais deferente e menos responsiva às posições e decisões dos poderes políticos majoritários (Legislativo e Executivo), fazendo um cálculo mais rigoroso do apoio da opinião pública e da posição dos outros Poderes. Já no que tange ao controle concreto, no julgamento das ações de tutela, o Tribunal atua de maneira mais proativa e tende a tomar decisões que sejam mais incisivas.

Quanto ao ativismo da Corte Constitucional colombiana, em matéria de direitos sociais, em comparação aos direitos civis e políticos, Maurício García-Villegas (2011) pondera o seguinte:

Más de la mitad de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional entre 1992 y 2006 se ocupan de derechos sociales (55%). De igual forma, en el 66% de los casos relativos a derechos sociales se ha concedido la protección solicitada. Además, el número de sentencias sobre derechos sociales ha aumentado en un 10% en los últimos diez años, pero el porcentaje de casos concedidos y negados no ha variado. Estas estadísticas son bastante sugestivas, pues durante mucho tiempo la Corte aplicó un precedente según el cual, por regla general, solamente los derechos civiles y políticos son de aplicación inmediata y pueden ser protegidos judicialmente a través de la acción de tutela. En ese sentido, la protección frecuente de derechos sociales a través de la acción de tutela por parte de la Corte puede ser evaluada como una muestra importante de su activismo judicial, incluso con respecto a su propio precedente sobre la materia. La Corte ha protegido los derechos sociales de forma sistemática, aun cuando, según su propio precedente, dicha protección procedía solo de manera excepcional, esto es, cuando la violación del derecho social ponía en peligro otro derecho de carácter fundamental<sup>163</sup>

163 Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia (scielo.org.co). Acesso em 18/01/2022.

O uso consistente das audiências públicas, a permeabilidade democrática com a sociedade civil<sup>164</sup>, seja na interlocução com os *amici curiae*, seja pela flexibilidade no manejo de determinadas ações constitucionais, bem como a busca recorrente pelo diálogo institucional com os demais Poderes, no trato de soluções para os casos de natureza complexa, que atingem direitos fundamentais (vide ECI), permite constatar que a Corte Constitucional colombiana goza de elevado prestígio, no seio social, evitando-se crítica contundente quanto ao ativismo exercido, bem como as famigeradas estocadas institucionais, como as existentes no Brasil<sup>165</sup>.

### 4.3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

A jurisprudência emanada da Corte Constitucional colombiana tem acumulado amplo respeito popular, tangenciando as principais questões políticas e sociais do país, de modo que o seu ativismo ganhou destaque em dois campos de ações: o controle das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos<sup>166</sup>.

A Corte Constitucional, ao controlar atos abusivos do Executivo e do Parlamento, principalmente do primeiro, tem tentado manter viva a proposta de equilíbrio de forças entre os Poderes. Dois casos particulares demonstram essa postura: o controle das declarações, pelo Executivo, de estado de exceção e o controle da reforma constitucional para permitir reeleições presidenciais. (CAMPOS, 2019).

164 La Corte Constitucional de Colombia reconoce la participación ciudadana como un valor constitucional, un principio fundamental y como uno de los fines esenciales del Estado, transformando el sistema político imperante a la fecha y avanzando significativamente en la construcción de un modelo de Estado donde la ciudadanía, las regiones y las minorías juegan un papel fundamental en la definición del destino colectivo. *Maiores informações: La participación democrática en Colombia: un derecho en evolución - 1692-8571-jusju-12-02-00059.pdf (scielo.org.co)*. Acesso em 18/01/2022.

165 El prestigio y reconocimiento de la Corte Constitucional se ha logrado con el trabajo honrado, juicioso, abnegado de magistrados, funcionarios judiciales y administrativos, que han hecho tangible el Estado Social de Derecho, reales los derechos fundamentales y exaltado en su dignidad a los sectores vulnerables. *Mais informações: Universidad Libre (unilibre.edu.co)*. Acesso em 18/01/2022.

166 Sin duda alguna, a través de sus sentencias, la Corte ha defendido los mandatos de la Constitución, entre ellos, mantener una democracia sólida y un Estado Social de Derecho que responda a las realidades y necesidades del país, así como la protección de los derechos fundamentales. *Mais informações: Corte Constitucional de Colombia*. Acesso em 20/01/2022.

Recusando a postura longeva de passividade judicial que caracterizou a atuação da Corte Suprema de Justiça, a Corte Constitucional, em diferentes decisões, exerceu um nível bastante denso de escrutínio sobre as decisões de emergência do Executivo, mas não deixou de reconhecer a discricionariedade do Presidente para decidir quando declarar estado de exceção e por quanto tempo<sup>167</sup>. Quanto as questões relativas às reeleições presidenciais, na *Sentencia* n. C-1040, em outubro de 2005, a Corte Constitucional aplicou a regra da substituição para julgar a constitucionalidade de emenda constitucional que passou a permitir a reeleição presidencial, em única oportunidade, pela primeira vez na história do país (a cláusula de reeleição imediata). Já na *Sentencia* no C-141,25 de fevereiro de 2010, a Corte enfrentou o questionamento de constitucionalidade de lei que convocara referendo popular para a aprovação de reforma constitucional que permitiria uma segunda reeleição presidencial imediata (Ley 1,354, de 2009). Nesta oportunidade, a Corte julgou inconstitucional a lei, tendo a maioria dos juízes (7-2) concluído que a emenda pretendida viria a configurar uma substituição da Constituição. (CAMPOS, 2019).

No que diz respeito à temática em derredor dos direitos fundamentais, sociais e econômicos, a Corte tem sido protagonista no avanço da proteção e promoção de direitos no país sul-americano, seja tutelando-os diretamente, seja guiando a legislação e as decisões das instâncias judiciais inferiores. É aqui que se observa que o ativismo judicial progressista moderado da Corte Constitucional tem sido um dos elementos mais significativos do desenvolvimento social dos colombianos. A Corte assegurou, entre outros direitos: igualdade religiosa em face de privilégios da igreja católica, proteção da identidade social, cultural e econômica das comunidades nativas, descriminalização do consumo de drogas e da eutanásia (homicídio por piedad), inconstitucionalidade da exigência de

---

167 Exemplo ocorreu na *Sentencia* n. C-466/1995. “*Es claro que los hechos invocados por el Gobierno son, ciertamente, “graves” y perturbadores del orden público, que es presupuesto de la convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo, fin esencial del Estado Colombiano. Pero si son, como las propias cifras aportadas por el Gobierno lo corroboran, las manifestaciones reiteradas de la vieja y arraigada patología social que aqueja al país, no es para su tratamiento que se han dispuesto los estados de excepción. La persistencia obstinada de la citada patología, demanda medidas permanentes, como ella, dirigidas a atacar su génesis y no la erupción epidérmica. No puede el gobernante desentenderse del problema esencial, dirigiendo su acción a la morigeración del epifenómeno, máxime si ese camino conduce a un régimen restrictivo de los derechos fundamentales que el propio orden constitucional ha dispuesto que sea siempre temporario.*” Maiores informações: C-466-95 Corte Constitucional de Colombia. Acesso em 1801/2022.

licença para o exercício do jornalismo, licitude do trabalho sexual e os direitos básicos das prostitutas, inclusive trabalhistas, proibição de o legislador criminalizar todas as hipóteses de aborto, etc. (BRANDÃO, 2017).

Diante das características e exemplos acima mencionados, vê-se que a jurisprudência da Corte Constitucional adotou perspectiva principiológica, fundada em ativismo que provocou três principais impactos na sociedade local: (1) o fortalecimento da ideia de Estado Constitucional de Direito, em detrimento de um domínio da força e do poder, resultando em robustecimento das instituições constitucionais; (2) a alteração da balança do poder social e político, garantindo mais força às minorias vulneráveis; e (3) a consagração de avanços sociais, sem que com isso a administração estatal fosse privada de seu poder discricionário de elaborar políticas públicas e intervir diretamente em tais questões<sup>168</sup>.

---

168 En una cantidad importante de su jurisprudencia, la Corte ha reflejado la vigencia jurídica del Estado Social de Derecho y el enfoque constitucional por los derechos humanos. Mais informações: El papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado social de derecho (coljuristas.org). Acesso em 18/01/2022.

## **PARTE 3**

# **CONTRIBUIÇÕES ADVINDAS DA MATRIZ INSTITUCIONAL DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOB A ÓTICA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO**

PROVA VIRI IN MELIORA DIALECTICA

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

## **5. CAMINHOS POSSÍVEIS PARA UM COMPROMISSO MAXIMIZADOR CONSTITUCIONAL**

### **5.1. RECONCILIANDO A DEMOCRACIA DELIBERATIVA: DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E INSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

Diante do caráter extraterritorial das demandas relacionadas a direitos fundamentais, que, muitas vezes, vão muito além do alcance dos Estados, atingindo também normas que não são apenas da jurisdição destes, mas também aquelas internacionais, supranacionais e transnacionais, percebe-se a necessidade de um enfrentamento teórico da temática posta neste trabalho para além do constitucionalismo clássico, mitigando essa limitação estatal (MOREIRA, 2020).

Desta necessidade, surge a doutrina do transconstitucionalismo<sup>169</sup>, que propõe uma “interação entre os diversos entes políticos no mundo globalizado, tentando com isso alcançar um sistema de “good governance”, sem, de forma alguma, minimizar o papel desempenhado pelas Constituições” (GADOTTI, 2013).

Assim, a análise comparativa que se dará entre a Corte Constitucional colombiana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro será feita a luz da doutrina do transconstitucionalismo, principalmente no que tange a permeabilidade democrática institucional frente a sociedade civil (grupos minoritários vulneráveis) nas demandas relativas à proteção de direitos fundamentais, ativismo judicial praticado e relacionamento dialógico

---

169 A doutrina do transconstitucionalismo surge como importante teoria a explicar o processo dialógico de tomada de decisão por cortes nacionais, internacionais, supranacionais, regionais ou locais, cuja finalidade é solucionar questões constitucionais complexas e comuns a diversos ordenamentos jurídicos. Mais informações: Universidade Federal da Bahia: Transconstitucionalismo ecológico: a proteção do Meio Ambiente pelo Supremo Tribunal Federal através do diálogo entre Cortes (ufba.br). Acesso em 19/01/2022.

com os demais poderes da república, identificando-se, a princípio, os aspectos que as diferem para, posteriormente, em uma análise mais restrita, apontar possíveis pontes de transição<sup>170</sup>, em que os posicionamentos funcionais de ambas as cortes, mesmo partindo de ordenamentos jurídicos distintos, poderiam estar “sujeitos ao mesmo código binário relativo à licitude” (MOREIRA, 2020).

Tal diretriz dogmática permitirá aperfeiçoar, em território brasileiro, a tutela coletiva dos direitos fundamentais de minorias vulnerabilizadas, além de melhor harmonizar a relação dialógica do Poder Judiciário nacional com as demais instituições republicanas (Poderes Legislativo e Executivo).

Os sistemas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais brasileiro e colombiano possuem entre si muitas semelhanças, mormente pelo intuito que irradiam<sup>171</sup> quanto a garantia de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana<sup>172</sup>. No entanto, conforme delineado em linhas anteriores, particularidades como contexto social e histórico, tempo de existência e sistema jurídico dos próprios países que os integram levam a que estes apresentem também diferenças na forma de atuar e, conseqüentemente, isso pode vir a refletir no grau de efetividade de cada um destes sistemas.

Na Sentencia T-025/2004<sup>173</sup>, por exemplo, a Corte colombiana procurou dialogar, de forma igualitária, com os demais atores institucio-

170 A presença da alteridade representa perspectiva potencializadora das interações constitucionais para resolução de questões sociais múltiplas, possibilitando novos caminhos para as “pontes de transição” enquanto realização e fortalecimento de aprendizados entre as racionalidades transversais de cada Constituição em interação. Maiores informações em TRANSCONSTITUCIONALISMO E A ERA DA INFORMAÇÃO: APORTES PARA UMA VIVÊNCIA CONSTITUCIONAL PAUTADA NA ALTERIDADE | Anais do EVINCI - UniBrasil. Acesso em 03 out. 2021.

171 Tanto los procedimientos especiales como los órganos de tratados son mecanismos que buscan proteger ampliamente los derechos humanos y pueden actuar cuando los Estados incumplen con sus obligaciones internacionales en la materia. Si bien estos órganos de protección de derechos humanos comparten objetivos, sus procedimientos y mandatos de actuación son diferentes. Maiores detalhes em Sistema Universal de protección de Derechos Humanos | Puntal (hchr.org.mx). Acesso em 27 st. 2021.

172 O respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio universal, protegido por normas internacionais que integram os sistemas globais de proteção aos direitos humanos. Ressalte-se, ainda, que o conceito de dignidade da pessoa humana vai além da concepção jurídica. Segundo Soares (2008, p.7), “a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço”.

173 La Sentencia T-025, proferida por la Corte Constitucional el 22 de enero de 2004,

nais envolvidos, a fim de garantir a sua legitimidade democrática (BITENCOURT; RECK, 2017). Assim, o julgador foi cauteloso em relação às determinações dirigidas aos Poderes Executivo e Legislativo, para não dar azo a ingerências indevidas (respeito à separação dos Poderes). Em lugar de mandamentos que evidenciassem supremacia judicial, praticou a Corte Constitucional colombiana o chamado ativismo dialógico moderado (GARAVITO, 2013.), com balizas gerais de cumprimento e prazos estabelecidos para a implementação de novas políticas públicas, mantendo-se, assim, a independência das demais instituições no que concerne à melhor forma de garantir a eficácia da decisão. Eis importante parâmetro que se crê razoável, em termos dialógicos e interpretativos, a serem observados.

---

abarca un amplio catálogo de derechos que el juez constitucional afirma están siendo vulnerados al interior del país, por un evidente “estado de cosas inconstitucional”. Afirma la Corte que el respeto y garantía de los derechos y su desarrollo progresivo no son facultad del Estado, sino una obligación que se materializa en el deber de acatar las normas establecidas, para garantizar la igualdad material y la protección efectiva de los derechos. El no acatamiento de la ley por parte del Estado constituye una falla en la realización de aquellas funciones que le son propias, por lo cual debe adoptar medidas efectivas que se traduzcan en acciones afirmativas, dirigidas a la atención y protección de los derechos de la población desplazada, prevaleciendo siempre la efectividad sobre el formalismo en la formulación y realización de las políticas públicas. En Colombia, la población desplazada constituye uno de los sectores poblacionales en estado de vulnerabilidad extrema, debido a la falta de protección oportuna y efectiva por parte de las autoridades. La violación reiterada de sus derechos se ha caracterizado por ser masiva, prolongada e imputable tanto al conflicto armado como a la estructura de la política de atención a desplazados, cuyos recursos son insuficientes al igual que su capacidad institucional, contrariando la normatividad vigente en la materia. Entre los derechos que la Corte observa mayormente vulnerados, están el derecho a la vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a mujeres cabeza de familia y a los niños. Mais informações: Sentencia T-025 de 2004 | Portal Sistema de Información Indígena de Colombia (mininterior.gov.co). Acesso em 19/01/2022.

Intervenções recentes do Poder Judiciário brasileiro, notadamente do STF, no âmbito da saúde<sup>174</sup> e segurança pública<sup>175</sup>, demonstram, empiricamente, que os órgãos jurisdicionais, em geral, desempenham papel relevantíssimo na proteção de direitos fundamentais, bem como no aprimoramento do caráter representativo e deliberativo<sup>176</sup> da democracia brasileira. De igual modo, os Poderes Legislativo e Executivo continuam funcionando como locus primário onde se processam, analisam e discu-

---

174 O STF autorizou, em 23/02/2021, que estados e municípios comprem vacinas caso o governo federal descumpra o Plano Nacional de Vacinação ou se a programação da União não for suficiente para imunizar a população de determinada região contra o COVID-19 (vírus causador da mais recente pandemia mundial). A corte também reafirmou que é legal a importação de vacinas que tenham aval de agências reguladoras da Europa, dos EUA, do Japão ou da China mesmo que não tenham sido autorizadas pela Anvisa em um prazo de 72 horas. Todos os ministros votaram para referendar a decisão liminar que Ricardo Lewandowski havia dado em dezembro de 2020. Maiores informações em: STF autoriza por unanimidade compra de vacina com aval de autoridade estrangeira - 23/02/2021 - Equilíbrio e Saúde - Folha (uol.com.br). Acesso em 16 mar. 2021.

175 Desde junho de 2020, o STF decidiu proibir operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro, enquanto durar a pandemia do COVID-19. Maiores detalhes em: Rio tem maior número de mortes pela polícia desde a decisão do Supremo que restringiu operações - 23/02/2021 - Cotidiano - Folha (uol.com.br). Acesso em 16 mar. 2021.

176 A democracia deliberativa, desenvolvida pelo alemão Jürgen Habermas, constituiu-se como um modelo ou processo de deliberação política democrática caracterizado por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Nessa teoria, a legitimação do processo democrático deriva, portando, dos procedimentos e dos pressupostos comunicativos da formação democrática da vontade e da opinião que, por sua vez, funcionam como canais para a racionalização discursiva das decisões do governo e da administração. Essa formação da vontade e da opinião democrática, vinculada ao poder administrativo, monitora o exercício do poder político como também a realização de programas. A imagem que Habermas nos oferece para explicitar os processos de comunicação e de decisão do sistema político é aquela que retrata uma relação do tipo centro-periferia. No centro localiza-se a administração, o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (parlamento, eleições políticas, partidos) que formam o núcleo do sistema político; na periferia, encontra-se a esfera pública composta por associações formadoras de opinião, especializadas em temas e em exercer influência pública (grupos de interesse, sindicatos, associações culturais, igrejas etc.). Tendo em mente tal imagem, Habermas define a política deliberativa por meio de duas vias: a formação da vontade democraticamente constituída em espaços institucionais e a construção da opinião informal em espaços extra institucionais. É a partir da inter-relação entre esses dois espaços que se encontra a possibilidade de um governo legítimo. Maiores informações em: Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman (scielo.br). Acesso em 16 mar. 2021.

tem medidas legislativas e administrativas capazes de impactar no cotidiano dos cidadãos brasileiros.

Estabelecidas estas premissas, indaga-se: se nem os juízes, nem os legisladores e administradores de carne e osso apresentam, em sua plenitude, capacidades institucionais autossuficientes, onde deve ser alocada a palavra final sobre a interpretação da Constituição e dos demais textos normativos, de modo a minorar os tensionamentos entre os poderes da república, em prol de uma melhor equalização do regime da democracia representativa e participativa? A resposta da teoria dos diálogos constitucionais é a seguinte: o sentido futuro da Constituição e, por via de consequência, dos demais textos normativos, é resultado de uma complexa e dinâmica interação haberliana (Peter Haberle) entre os Poderes estatais, e entre estes e a sociedade civil<sup>177</sup>. Esta resposta apresenta a vantagem de reconhecer a falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas que preconizam a supremacia judicial ou parlamentar. (BRANDÃO, 2017).

Os modelos dialógicos claramente se inspiram na separação de poderes como freios e contrapesos, em que nenhum dos poderes assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas e de políticas públicas (vide as temáticas discutidas no ECI, por exemplo)<sup>178</sup>. Conforme dito, esta perspectiva apresenta a conveniência de não adotar uma concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo,

---

177 Volta-se, aqui, à famigerada “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, doutrina com a qual a teoria dos diálogos constitucionais se relaciona. Sob esta ótica, Peter Haberle traz em sua doutrina o entendimento de que a sociedade aberta é uma sociedade baseada no exercício crítico da razão humana, como sociedade que não apenas tolera, mas também estimula, em seu interior e por meio das instituições democráticas, a liberdade dos indivíduos e dos grupos tendo em vista a solução dos problemas sociais, ou seja, tendo em vista contínuas reformas. Por isso, o pluralismo é um elemento da sociedade moderna e, também, uma característica do Estado Democrático de Direito. Para maiores detalhes: Algumas reflexões acerca da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” preconizada por peter haberle (diritto.it). Acesso em 18 mar. 2021.

178 A teoria do diálogo institucional ou constitucional é pautada, exatamente, na noção de que não há e nem deve haver um Poder que detenha a última palavra na interpretação do arcabouço jurídico, tendo em vista que todos os poderes são, por excelência, poderes constituídos pela Constituição e coatores no exercício da hermenêutica constitucional, sem que isso implique a supremacia de uma interpretação dada pelo Poder Judiciário sobre a realizada pelos demais. Mais informações em O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 28/01/2022.

Executivo e Judiciário. Parte-se, destarte, de uma concepção realista sobre as capacidades institucionais dos mencionados poderes. Sendo assim, reconhece-se que o Poder Judiciário tem certa primazia em questões de direitos fundamentais<sup>179</sup> e os Poderes Legislativo e Executivo detêm prioridade em questões de políticas públicas<sup>180</sup>.

Frise-se: a doutrina dos diálogos afirma apenas o protagonismo dos Poderes nas suas respectivas searas, de forma a enfatizar a importância dos freios e contrapesos. Resta, agora, analisar de que forma se manifesta, em uma de suas vertentes mais relevantes, tal fenômeno dialógico, observando-se o tripé estrutural “democracia deliberativa – separação de poderes – freios e contrapesos”, em um cenário de judicialização de políticas públicas.

No caso brasileiro, trata-se da superação formal de decisões constitucionais proclamadas pelo Altíssimo Pretório (Poder Judiciário), no exercício legítimo da jurisdição constitucional, em sede de controle de constitucionalidade, pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo). É possível tal medida? Se positiva a resposta, de que modo? Como se dá e quais os efeitos dialógicos institucionais advindos deste comportamento? A resposta objetiva à primeira pergunta é sim. O que se descortina, a partir daí, é a operatividade desta “superação”, seja através de emenda constitucional e/ou lei ordinária, e como atuam os *players* no “jogo dialógico institucional”.

A admissibilidade de superação normativa de decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte brasileira não redundará, necessariamente, em regime de supremacia parlamentar<sup>181</sup>. Com efeito, se o STF

---

179 No caso do Poder Judiciário, essa vinculação aos direitos fundamentais inclui, além de zelar pela obediência às tarefas de proteção por parte dos demais poderes estatais, não permitir que fique ao mero arbítrio dos demais órgãos estatais decidir por suficientemente preenchida a tarefa de proteção e de prestação dos direitos fundamentais. Maiores detalhes em: ConJur - Constituição e Poder: A concretização de direitos sociais pelo Judiciário. Acesso em 16 mar. 2021.

180 Isto porque, em primeiro lugar, cumpre ao Poder Legislativo e ao Executivo a implementação de políticas públicas. Maiores detalhes em: ConJur - Constituição e Poder: A concretização de direitos sociais pelo Judiciário. Acesso em 16 mar. 2021.

181 Aqui, ganha relevo, novamente, o método concretista de Härbele, uma vez que a teoria de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição é um processo aberto, no qual estão envolvidos não só os poderes estatais, órgãos públicos, mas também os cidadãos e grupos sociais. Não há, dessa forma, um elenco limitado, *numerus clausus*, de intérpretes da Constituição. Não sendo um evento apenas e puramente estatal, todos podem potencialmente interpretar a Lei Maior. Mais deta-

puder controlar a constitucionalidade de norma que reverteu a sua decisão pretérita, a “superação normativa” não apresentará a última palavra sobre a controvérsia constitucional. Ao revés, poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a forma mais adequada de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada Poder contribuirá com a sua específica capacidade institucional<sup>182</sup>. A sujeição da “superação normativa” a um procedimento mais rígido que o processo legislativo ordinário pode contribuir para que se equilibre a estabilidade social e a responsividade popular na determinação do sentido da Constituição. Isto porque, no caso de emenda constitucional, a exigência de maioria qualificada<sup>183</sup> se soma ao alto custo político inerente à superação explícita das interpretações do Altíssimo Pretório, sendo factível antever que, em casos tais, boa parte das decisões judiciais irão prevalecer. Deste modo, evita-se a banalização do emprego da “superação normativa”, uma vez que a reversão provavelmente limitar-se-á às hipóteses em que houver forte consenso em sentido contrário à decisão judicial<sup>184</sup>. (BRANDÃO, 2017).

Esta forma específica de modelo dialógico<sup>185</sup>, mediante o manejo de emenda constitucional, traz as seguintes vantagens: a) provê múlti-

---

lhês: A importância de uma sociedade aberta de intérpretes para a consolidação da democracia - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 28/01/2022.

182 “(...) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...) É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF. (...)”. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405).

183 A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) pode ser apresentada pelo presidente da República, por um terço dos deputados federais ou dos senadores ou por mais da metade das assembleias legislativas, desde que cada uma delas se manifeste pela maioria relativa de seus componentes. Não podem ser apresentadas PECs para suprimir as chamadas cláusulas pétreas da Constituição (forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos poderes e direitos e garantias individuais). A PEC é discutida e votada em dois turnos, em cada Casa do Congresso, e será aprovada se obtiver, na Câmara e no Senado, três quintos dos votos dos deputados (308) e dos senadores (49). Para maiores detalhes: Emenda Constitucional — Senado Notícias. Acesso em 17 mar. 2021.

184 Em homenagem à segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, em casos tais, é importante que os efeitos da relação dialógica institucional se dê “pro futuro”.

185 Após várias decisões proferidas em controle incidental e concentrado de consti-

plos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas, circunstância que promove o pluralismo e a democracia; b) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer dos poderes, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal; c) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos poderes contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificada<sup>186</sup>. (BRANDÃO, 2017).

---

tucionalidade de normas municipais, com cada Tribunal de Justiça decidindo de uma forma, ora admitindo a progressividade fiscal, ora afastando-a, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 153.771-0/MG, realizado em 20 de novembro de 1996, concluiu não ser admissível a progressividade arrecadatória (ou fiscal), devido ao caráter real do IPTU. Assentada a jurisprudência do STF, no sentido da inconstitucionalidade da cobrança de IPTU com arrimo em alíquotas progressivas em função do valor venal da propriedade, vários municípios tiveram que suspender a execução fiscal ou até mesmo restituir valores já pagos sob a égide da ordem jurídica declarada em desconformidade com o sistema tributário. Contudo, nada obstante o balizamento determinado pelo Supremo, veio a ser publicada, em 14 de setembro de 2000, a Emenda Constitucional nº 30, alterando substancialmente a redação do § 1º do art. 156 (além de adicionar-lhe dois incisos), senão, vejamos: “§ 1º. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso II (IPTU) poderá: I - ser progressivo em razão do valor do imóvel. II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”. Da leitura do texto deduz-se que o constituinte derivado, inovando no sistema até então posto, acabou deixando expressa a progressividade fiscal, porquanto o inciso I diz que o IPTU poderá ser progressivo em razão do valor do imóvel. O que era inconstitucional, à luz da jurisprudência pretoriana, tornou-se, por “superação normativa”, via emenda constitucional, constitucional. Maiores detalhes: A tributação progressiva do IPTU e a Emenda Constitucional nº 29/2000 - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 17 mar. 2021.

186 Entende-se atualmente que a decisão do STF em matéria constitucional deve ser compreendida como “última palavra provisória”, nas palavras do Min. Luiz Fux (STF Plenário. ADI 5105/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º/10/2015 (Info 801). Isso porque depois que o STF decidir, reiniciam-se as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil sobre o tema. Em suma, não existe uma supremacia judicial do STF e é possível, em tese, a existência de um diálogo (abertura dialógica) por meio do qual o Legislativo proponha correções à jurisprudência do Supremo, alterando a forma de a Corte interpretar a Constituição. Isto contribui para a construção de soluções melhores sobre o sentido futuro da Carta Política. Para maiores informações: Dizer o Direito: Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressional. Entenda. Acesso em 17 mar. 2021.

A indagação que emerge, neste momento, é a seguinte: somente se pode reverter as interpretações constitucionais do STF através de emendas à constituição, ou é possível fazê-lo também por lei ordinária? Caso seja possível a “superação normativa” através de lei ordinária, há alguma particularidade a ser observada?

Embora sejam visíveis os motivos que trazem maior confluência de entendimento no sentido de se admitir a “superação normativa”, via manejo de emenda constitucional<sup>187</sup>, não é razoável generalizar que em nenhuma hipótese a lei ordinária poderá alterar decisões do STF em matéria constitucional. Portanto, há de se aferir o conteúdo da causa jurídica discutida em cada demanda. Isto porque, o Poder Legislativo também é considerado um intérprete autêntico da Constituição e, justamente por isso, ele pode editar uma lei tentando superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento do STF a respeito de determinado tema, mesmo que a Corte já tenha decidido o assunto em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A reação legislativa é uma forma de ativismo congressional<sup>188</sup> com o objetivo de o Congresso Nacional reverter situações de elevado ativismo judicial ou de comportamento antidialógico por parte do Poder Judiciário, estando, portanto, amparado no princípio da separação de poderes, bem como no exercício dos freios e contrapesos.

Uma especificidade, porém, deve ser observada: no caso de reversão jurisprudencial proposta por lei ordinária<sup>189</sup>, a lei que frontal-

---

187 No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação judicial somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88. Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas. Para maiores informações: Dizer o Direito: Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressional. Entenda. Acesso em 17 mar. 2021.

188 Trata-se da atitude do Congresso Nacional de reação legislativa às interpretações constitucionais proferidas pelo STF. É uma forma de participação mais efetiva nos assuntos de índole constitucional. Maiores informações em: Vocabulário Jurídico (Tesouro) :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 17 mar. 2021.

189 Eis alguns exemplos: (1) em junho de 2012, o Plenário do STF, ao julgar as ADIs 4430 e 4795, declarou inconstitucionais determinados dispositivos da Lei nº 9.504/97 (chamada de Lei das Eleições). Em outubro de 2013, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.875/2013, que alterou novamente a Lei nº 9.504/97 prevendo algumas regras semelhantes àquelas que já haviam sido declaradas inconstitucionais pelo STF no julgamento das ADIs 4430 e 4795. Dessa forma, a Lei nº 12.875/2013 foi uma reação legislativa à decisão do STF, uma forma de o Congresso

mente colidir com a jurisprudência da Corte Constitucional nasce com “presunção relativa de inconstitucionalidade”, de forma que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. A novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*<sup>190</sup>) se submete a um controle de constitucionalidade mais rigoroso. Assim, para a lei ordinária ser considerada válida, o Congresso Nacional deverá comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou a decisão do STF no passado não mais subsistem, hipótese em que o Poder Legislativo promoverá verdadeira “mutação constitucional pela via legislativa”.

Neste sentido, observe-se o voto do ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI 5105/DF:

Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional. Na lição irretocável de Rodrigo Brandão: “Já no caso de o Congresso Nacio-

---

Nacional superar a interpretação legislativa dada pela Corte ao tema; (2) veja-se o que ocorreu no caso da conhecida “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/2010). Antes dessa Lei, o TSE e o STF possuíam jurisprudência consolidada no sentido de que não era possível reconhecer a inelegibilidade do candidato a não ser que houvesse contra ele uma condenação transitada em julgado. O fundamento para esse entendimento residia no princípio da presunção de inocência. A LC 135/2010 foi editada com o objetivo de superar esse entendimento. Segundo previu essa lei, não é necessário que a decisão condenatória tenha transitado em julgado para que o condenado se torne inelegível. Basta que tenha sido proferida por órgão colegiado (exs: TRE, TJ, TRF). O STF, superando seus antigos precedentes, entendeu que a reação legislativa foi legítima e que a Lei da Ficha Limpa é constitucional e não viola o princípio da presunção de inocência. (STF. Plenário. ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 15 e 16/2/2012).

190 Eis o quadro em que se desenvolvem as famigeradas “leis *in your face*”: nota-se um primeiro pronunciamento judicial quanto à compatibilidade ou incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição e uma posterior iniciativa legislativa que se coloca em sentido expressamente oposto ao decidido judicialmente. Essas possíveis reações legislativas podem-se manifestar, basicamente, sob duas formas: via projeto de lei ou via proposta de emenda constitucional. Maiores detalhes em: ConJur - Abhner Arabi: Vaquejada e a última palavra sobre a Constituição. Acesso em 17 mar. 2021.

nal ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal com norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição.”

É preciso, pois, reconhecer a possibilidade de a interpretação constitucional levada a cabo por uma Corte Suprema vir a ser superada por outra defendida pelo Poder Legislativo e/ou pelo Poder Executivo (art. 60, I e II da Carta Magna), sem que isso constitua uma ruptura institucional, nem afronta à força normativa da constituição<sup>191</sup>. Logo, o exercício da jurisdição constitucional pelo STF deixa de ser compreendido como o término ou etapa final de um debate político iniciado na arena política. Na verdade, as decisões judiciais, em um contexto ativista,

---

191 Acerca da problemática, é imperioso citar a lição de GEORGE MARMELESTEIN (2015), no sentido de que *“é preciso ter consciência de que o efeito backlash, mesmo gerando resultados indesejados, faz parte do jogo democrático, o que não deve impedir, obviamente, uma análise jurídica sobre a validade constitucional de qualquer lei aprovada pelo parlamento, seja ela gerada ou não pelo efeito backlash. Também é preciso ter consciência de que o efeito backlash não é um mero processo de medição de forças, em que os juízes disputam com os políticos a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre questões sensíveis. Há muito mais em jogo.”* Por essa razão, admite-se a reação legislativa consistente na reversão de determinado precedente judicial, uma vez que incumbe ao Poder Legislativo a edição de normas, adequando o ordenamento jurídico aos anseios da sociedade. Contudo, não se pode negar que a edição de todo e qualquer ato normativo está sujeita ao controle judicial, por intermédio do controle de constitucionalidade, segundo o qual ao Poder Judiciário caberá avaliar a compatibilidade da norma em face do bloco de constitucionalidade. Mais detalhes: O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br). Acesso em 28/01/2022.

podem deflagrar uma ampla e democrática deliberação sobre temas relevantes para a sociedade, em vez de encerrá-la<sup>192</sup>. (LEITE, 2017).

No caso das emendas constitucionais, por exemplo, mister reconhecer que a recorrente aprovação destes atos normativos, após outubro de 1988<sup>193</sup>, desafiou redobrada cautela, por parte do STF, no controle da sua constitucionalidade. Isto graças ao risco institucional que decisões reformadoras deste jaez tenderiam a provocar. De fato, a chance de haver sucessivas decisões de inconstitucionalidade de emendas constitucionais e emendas constitucionais superadoras dessas decisões, embora possível teoricamente, consiste em virtual impossibilidade prática, de modo que, ou haverá deferência judicial (exemplo: caso a emenda constitucional tenha sólido apoio na opinião pública), ou haverá deferência legislativa (exemplo: se a opinião pública estiver ao lado da Corte e a decisão judicial tiver grande visibilidade na mídia, tornando muito alto o custo da sua superação)<sup>194</sup>. (BRANDÃO, 2017).

Enfim, a possibilidade de permanente crítica aos resultados da atuação dialógica, fundada no tripé “democracia deliberativa – separação de poderes – freios e contrapesos”, tem o potencial de evidenciar possíveis equívocos da decisão interinstitucional<sup>195</sup>. De todo modo, não se

192 Nesta integração dialógica, magistrados, legisladores, administradores, grupos de interesses, sociedade civil, etc. são *players* que devem ser reconhecidos como interlocutores, e não adversários. A atuação compartilhada enriquece a democracia representativa e participativa, evitando ou aliviando os perversos efeitos do mal-estar constitucional.

193 Até 2021, Constituição brasileira já sofreu 116 reformas em seu texto original, sendo 108 emendas constitucionais tendo a última sido promulgada no dia 27 de agosto de 2020 e seis emendas de revisão constitucional e dois tratados internacionais aprovado de forma equivalente. Maiores detalhes: Constituição brasileira de 1988 – Wikipédia, a enciclopédia livre (wikipedia.org). Acesso em 18 mar. 2021.

194 Seja como for, é perceptível o “peso” da opinião pública em ambas as situações.

195 No caso da Sentencia T-025 colombiana, por exemplo, o grande diferencial em comparação aos demais nos quais também foi declarado o estado de coisas inconstitucional, sob uma perspectiva dialógica, foi o fato de a Corte ter retido durante 6 anos jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens. A corte não se limitou a determinar fossem promovidas políticas públicas dirigidas a remover a violação de direitos da população deslocada, mas também supervisionou o cumprimento da decisão, realizou audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferiu novas decisões e ordens dirigidas a conferir amplo sucesso à *Sentencia T-025*. Desta forma, se mostrou evidente a permeabilidade democrática da atuação da Corte Colombiana, bem como sua flexibilidade nas relações dialógicas com os demais poderes, quando diante da *Sentencia T-025*, considerando que, além de declarar a violação massiva e estrutural de direitos humanos no caso da população deslocada, através

deve temer a revisão de conquistas civilizatórias, pois, se tais soluções hoje são consensuais, o são justamente por terem passado por um amadurecido processo de discussão<sup>196</sup>.

---

do Estado de Coisas Inconstitucional, àquela, visando resguardar o cumprimento de suas ordens, atuou de forma ativa, perpetuando sua jurisdição pelo período de seis anos, mediante a realização de audiências públicas, bem como pela edição de decisões complementares. Mais detalhes em A declaração do estado de coisas inconstitucional frente à separação de poderes - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade ([ambitojuridico.com.br](http://ambitojuridico.com.br)). Acesso em 19/01/2022.

- 196 Veja-se exemplo prático e recente de postura dialógica institucional entre os Poderes Judiciário, Executivo e a sociedade civil, no julgamento da arguição de preceito fundamental número 527. O ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou em 19/03/2021, que presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam optar por cumprir penas em estabelecimento prisional feminino ou masculino. Nesse último caso, elas devem ser mantidas em área reservada, como garantia de segurança. Barroso ajustou os termos de medida cautelar deferida em junho de 2019, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527. Na cautelar deferida anteriormente, o ministro havia determinado que presas transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos. Quanto às presas travestis, ele registrou, à época, que a falta de informações, naquele momento, não permitia definir com segurança, à luz da Constituição Federal, qual seria o tratamento adequado a ser conferido ao grupo. Ao ajustar os termos de sua decisão, o ministro registrou que dois documentos juntados posteriormente aos autos pelo governo federal acrescentam importantes informações à instrução do processo e sinalizam uma “notável evolução” do entendimento do Poder Executivo quanto ao tratamento a ser conferido a transexuais e travestis identificados com o gênero feminino no âmbito do sistema carcerário. São eles o relatório “LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MDH), e a Nota Técnica 7/2020, do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP). Segundo Barroso, essa evolução de tratamento dado à matéria no âmbito do Poder Executivo decorre do diálogo institucional ensejado pela judicialização da matéria, que permitiu uma “saudável interlocução” com associações representativas de interesses desses grupos vulneráveis, o Executivo e o Judiciário. Ele acrescentou não haver “dúvida” de que a solução sinalizada por ambos os documentos se harmoniza com o quadro normativo internacional e nacional de proteção das pessoas LGBTI, no sentido de ser dever dos Estados zelar pela não discriminação em razão da identidade de gênero e orientação sexual, bem como de adotar todas as providências necessárias para assegurar a integridade física e psíquica desses grupos quando encarcerados. Maiores informações em Supremo Tribunal Federal ([stf.jus.br](http://stf.jus.br)). Acesso 12 abril 2021.

## 5.2. AMPLIANDO A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CICLO INSTITUCIONAL DA DECISÃO DEMOCRÁTICA

Em passagem anterior, reconheceu-se a importância, na concepção de alguns doutrinadores, do exercício da representação argumentativa<sup>197</sup>, por parte dos órgãos judiciais, especialmente da Corte Máxima. Tal modalidade de representação está umbilicalmente ligada à função representativa da jurisdição<sup>198</sup>, a qual será melhor detalhada nesta oportunidade.

Segundo parcela da doutrina, pode-se falar em duas distintas vertentes de representação judicial: a representação como tradução da vontade majoritária e a nominada representação argumentativa. Daniel Sarmiento (2017, p.385-386) esclarece e se posiciona:

Nesta questão, Barroso se vale de duas diferentes concepções de representação: a representação como tradução da vontade majoritária e a chamada representação argumentativa. Em relação à primeira, o argumento central do seu artigo é o de que muitas vezes a jurisdição constitucional não atua de maneira contramajoritária, mas sim em sintonia com as demandas e preferências das maio-

---

197 A ideia de representação argumentativa constitui resposta recente à objeção democrática ao papel político exercido por tribunais constitucionais. A tese defende que o juiz pode ser concebido como um representante popular, com legitimidade democrática tão sólida quanto os funcionários eleitos do Legislativo ou do Executivo. Cuida-se de movimento que participa do contexto teórico de expansão dos sentidos da representação para instâncias não-eleitorais, como instituições participativas da sociedade civil, conselhos ou movimentos sociais. Maiores detalhes em: Does the constitutional judge represents me? the federal supreme court and the argumentative representation. (scielo.br). Acesso em 18 mar. 2021.

198 Eis a pergunta: o Poder Judiciário deve assumir um caráter representativo? A pergunta já seria de difícil resposta ao levantar — direta e indiretamente — conceitos de tão complexa definição, como democracia, representação, participação. Se isso já não fosse suficiente, ela, quando contextualizada, torna-se ainda mais complicada: em nossos difíceis tempos de crise político-institucional, vemos um Judiciário cada vez mais atuante e cada vez mais midiático. E, muitas vezes, esse protagonismo do Poder Judiciário é justificado por seus próprios atores. Diante do cenário da já mencionada crise político-institucional e sua decorrência lógica — uma crescente insatisfação popular com um Congresso tido como corrupto, engessado, incapaz de acompanhar o ritmo que as demandas sociais exigem e de representar àqueles a quem devia —, fortalece-se o movimento, intrínseco e extrínseco, por um Poder Judiciário maximalista, que deve atender ao clamor social e atribuir a si mesmo um papel de guia da história. Maiores informação em: ConJur - Numa democracia, o Judiciário deve assumir um papel representativo?. Acesso em 18 mar. 2021.

rias. Os tribunais por vezes captam melhor os anseios e valores da população do que os próprios poderes representativos, o que ocorre por várias razões. (...). Já a representação argumentativa não se confunde com a encarnação da vontade da maioria. Subjacente à ideia da representação argumentativa está a concepção de que o poder legítimo se funda em argumentos e razões, e não na coerção, na forma legal, no carisma ou na tradição. Os tribunais constitucionais – sob a ótica de Barroso – podem desempenhar o papel de representantes argumentativos da sociedade, por se abrirem para a discussão de diferentes pontos de vista sobre temas controvertidos presentes no espaço público, permitindo o seu debate racional e equacionamento imparcial (...). Parto da premissa, que compartilho com Barroso, de que esse é um papel importante dos tribunais constitucionais, que devem se abrir aos influxos provenientes da sociedade civil, de modo a potencializar a participação democrática dos diferentes grupos sociais no âmbito da hermenêutica constitucional. Porém, diferentemente dele, não tenho uma visão tão positiva sobre a forma como a nossa Suprema Corte vem exercendo essa função. Um dos principais problemas nessa área tem relação com o acesso ao STF no âmbito do processo constitucional, que continua injustificadamente seletivo.

Apesar do avanço normativo<sup>199</sup>, institucional<sup>200</sup> e democrático<sup>201</sup> ocorrido nos órgãos judiciais, especialmente no STF, desde a promulgação da Carta Política de 1988, o que ainda prevalece é a existência de um canal dialógico e participativo consideravelmente aberto para os interesses estatais, corporativos e econômicos. Todavia, infelizmente, as demandas de grupos vulneráveis (quilombolas, indígenas, mulheres, transexuais, etc.) continuam não recebendo a mesma atenção e importância, no que diz respeito ao fluxo participativo e deliberativo na construção de decisões judiciais constitucionais em temáticas sensíveis de políticas públicas promovedoras de direitos fundamentais.

Explica-se:

É verdade que a CF/88 promoveu relevante inovação ao ampliar os legitimados ativos para propor ações diretas de inconstitucionalidade, rompendo com o monopólio do procurador-geral da República na con-

---

199 Em nosso ordenamento jurídico, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o *amicus curiae* e a audiência pública estão disciplinados nas leis 9.868/99 e 9.882/99, que dispõem, respectivamente, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Direta de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Outrossim, o novo CPC também trata do *amicus curiae*, em seu art. 138. Maiores detalhes em: *Amici curiae* e audiências públicas: democratização da jurisdição ... - Migalhas. Acesso em 18 mar. 2021.

200 Veja-se exemplo recente deste modo de atuar, quanto ao manejo de audiências públicas no STF: audiência pública convocada pelo ministro Edson Fachin “para que sejam ouvidos pormenorizadamente os órgãos da Polícia Civil e da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público do Estado, as entidades já admitidas como *amici curiae*, assim como de especialistas que quiserem se habilitar e que tenham conhecimento sobre o tema. Dessa forma, pretende-se a abertura de um espaço que promova, por meio de um diálogo aberto e plural, esclarecimentos técnicos, outros olhares e pontos de vista sobre a questão, para que se possam colher mais subsídios para o deslinde da controvérsia ora posta. Nesse sentido, em 11 de dezembro de 2020, em audiência com o Exmo. Senhor Procurador-Geral da República, sugeriu-se a realização de audiências públicas para a indicação de mecanismos de justiça procedimental relativamente à atuação das forças de Estado e dos respectivos órgãos de controle”.

201 O presidente, à época, do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, defendeu o maior uso de instrumentos de participação social nas discussões levadas ao Tribunal como uma forma de democratizar as atividades do Poder Judiciário. “O presidente do Supremo Tribunal Federal não pode atuar, exercer seu mister sem dialogar com aqueles que o cercam. Essa é a democracia participativa”, afirmou o ministro na sua apresentação em seminário organizado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba (TJ-PB). O seminário “Judiciário e democracia – perspectivas de efetividade” foi realizado nesta sexta-feira (19) em João Pessoa. Maiores detalhes: Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em 18 mar. 2021.

figuração dada pela EC 16/65. Atualmente, o elenco previsto no artigo 103 da CF/88 é aplicável a todo o conjunto de ações do controle concentrado. Porém, se é verdade que essa ampliação representou uma autêntica democratização no acesso ao controle concentrado, o próprio Altíssimo Pretório mitigou os seus impactos ao construir uma jurisprudência defensiva<sup>202</sup> na medida em que restringiu o conceito de entidade de classe a grupos econômicos e profissionais, excluindo, assim, minorias marginalizadas e grupos vulneráveis. Esse elemento, aliado à exigência da pertinência temática<sup>203</sup> para manejar tais ações — fruto de outra construção

---

202 O artigo 103, da CRFB/88, prevê os legitimados para a propositura de ações no controle concentrado de constitucionalidade. Podem ser divididos em duas categorias, conforme a prática do Supremo Tribunal Federal. Os legitimados universais são: presidente da República (103, I); a Mesa do Senado Federal (II); a Mesa da Câmara dos Deputados (III); o Procurador-Geral da República (VI); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (VII); e o partido político com representação no Congresso Nacional (VIII). Os demais são legitimados especiais: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (IV); o Governador de Estado ou do Distrito Federal (V) e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (IX). Para os segundos, vale a explicação: são especiais porque devem guardar uma relação de pertinência temática entre seus fins e propósitos com o objeto da ação. Configura-se, portanto, um ônus processual. Atenção maior dá-se à parte final do inciso IX, do artigo 103, da CRFB/88. Mesmo diante de uma compreensão mais geral sobre “entidade de classe de âmbito nacional”, caracterizada como aquela que possui “o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe” (ADIn 3.153 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, j. 2004), o STF afinilou o sentido para os representantes dos que desempenham mesma atividade econômica e profissional. Como forma de jurisprudência defensiva, são aplicadas, ainda, outras condicionantes processuais: “homogeneidade entre os membros integrantes da entidade; e a representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros” (ADIn 4.384 AgR - Rel. Min. Luiz Fux, j. 2019). Maiores detalhes: Legitimidade ativa no controle concentrado de constitucionalidade - Migalhas. Acesso em 19 mar. 2021.

203 Trata-se da exigência de demonstração de que o conteúdo da norma impugnada prejudica diretamente os interesses do legitimado. Referido instituto não é aplicável para todos os legitimados aptos a ingressar no controle concentrado, mas somente àqueles denominados especiais. Porém, a referida exigência foi criada apenas no âmbito jurisprudencial, pois não há restrições nem diferenciações estabelecidas expressamente no texto constitucional. Aliás, tal exigência tem sido alvo de polêmicas por diversos motivos: primeiramente, porque se trata de um requisito subjetivo dentro de um processo objetivo, além do que concretiza uma interpretação que restringe o alcance da constituição, fragilizando-a. Maiores informações em: UNESC: Pertinência temática e controle de constitucionalidade: um estudo sob a ótica da natureza objetiva das ações diretas. Acesso em 19 mar. 2021.

da corte sem base legal ou constitucional —, acabou fazendo com que os pleitos apresentados pelas entidades de classe tivessem um perfil acen-tuadamente corporativo. Questões tributárias, econômicas, regulatórias ou relativas a interesses dos mais variados segmentos de servidores públi-cos passaram a ser os temas discutidos com mais frequência nessas ações. (BENVINDO, 2014).

Sob essa perspectiva, a expansão do modelo concentrado não veio acompanhada de uma efetiva inclusão de minorias e grupos vul-neráveis nessa dimensão da jurisdição constitucional, obstaculizando a construção de uma agenda mais abrangente de direitos humanos e fun-damentais no âmbito do tribunal.

Certamente, uma das formas de se minimizar essa disfunção per-passa por uma releitura (ampliativa) do art. 103<sup>204</sup>, inciso IX, da Consti-tuição Federal, que cuida da legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional para a provocação da jurisdição constitucional concentra-da. Atualmente, como visto, tal preceito é, ainda, majoritariamente, inter-pretado de modo a abranger preferencialmente entidades que congregam categorias econômicas ou profissionais específicas, quando poderia ser re-lido de forma mais abrangente e democrática, a fim de abarcar também aquelas que representam grupos de outra natureza, como mulheres, grupos étnicos, minorias sexuais e religiosas, presidiários, populações sem-terra, etc. Eis um remodelamento hermenêutico capaz de aproximar a realidade

---

204 A exigência de pertinência temática aos chamados legitimados especiais do arti-go 103 da Constituição Federal voltou a ser discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na sessão do dia 7 de fevereiro de 2019. Notícias reportaram que a corte teria flexibilizado o tema e alguns chegaram a questionar se o requisito teria sido superado. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, reafirmou sua posição favorável a suprimir qualquer referência à pertinência temática. Se há legitimidade, entende ele, esta deve ser reconhecida de maneira geral. Lembrou que a pertinência faz as vezes do “interesse como condição da ação” em um processo de índole ob-jetiva, o que é extravagante *per se*. Acredita que sua exigência é compreensível, já que foi instrumento utilizado pela STF em “estado de necessidade” contra possível aumento da quantidade de ações, mas consignou que seria o momento de sua re-visão. Certamente, a exigência de pertinência temática aos chamados legitimados especiais é um requisito insólito de admissibilidade em controle abstrato de consti-tucionalidade. Vê-se que, não prevista no texto constitucional, foi desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 — em parte, possivelmente, em razão da incerteza do impacto que poderia gerar o aumento do rol de legitimados para propositura de ação direta de inconstituciona-lidade. É chegada a hora de avançar. Maiores informações: ConJur - A supressão da exigência da pertinência temática em controle abstrato. Acesso em 18 mar. 2021.

vivenciada em território nacional com a função de representante argumentativo buscado pelos órgãos judiciais<sup>205</sup>. (BARROSO, 2017).

A defesa da Constituição Federal representa verdadeiro direito fundamental, porquanto viabilizadora da própria sobrevivência do regime democrático representativo. Aos cidadãos brasileiros, destinatários das normas e garantias preconizadas no texto constitucional, deveriam ser assegurados maior flexibilidade e amplitude para se provocar o controle concentrado de constitucionalidade, de modo que o alargamento hermenêutico, quanto aos legitimados ativos, previstos no art. 103, IX, da Carta Magna, seria medida salutar, ainda que construída em processo de mutação constitucional<sup>206</sup>. A participação popular, pelo viés coletivo, representaria avanço civilizatório, robustecendo-se, inclusive, a isonomia, uma vez que as minorias vulneráveis teriam a possibilidade real de acesso à Corte Constitucional, do mesmo modo que outros grupos organizados possuem<sup>207</sup>.

---

205 Tal releitura pode se espalhar por todos os demais atos normativos nacionais que tratam, direta ou indiretamente, de demandas coletivas *lato sensu*.

206 Há quem vá além. Segundo certa parte da doutrina, o cidadão, individualmente considerado, deveria ser incluído no rol de legitimados do art. 103 da CF/88. Neste sentido, existem autores que recomendam sua inserção expressa, conduta proclamada, por exemplo, por José Joaquim Calmon de Passos (PASSOS, 1999). José Afonso da Silva assume postura idêntica, ao preceituar, tratando da influência portuguesa na consagração da ADIN por omissão na ordem jurídica nacional, que: “Aí a vigente Constituição foi abeberar-se. Mas perdeu uma boa oportunidade de ir além. Ficou mesmo aquém, por não ter instituído o Tribunal Constitucional. Prevê as autoridades, pessoas e entidades que a podem propor, mas aí não incluiu o cidadão, o que é uma falha, pois a ação popular de inconstitucionalidade é conhecida em outros países.” (2002, P. 48). Maiores detalhes em: Legitimidade do cidadão para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) no direito brasileiro - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso 19 mar. 2021.

207 Vejamos o caso colombiano, por exemplo. Com a promulgação da Constituição de 1991, que tem uma ampla carta de direitos, e com a entrada em funcionamento da Corte Constitucional em 1992, a situação mudou profundamente, tanto do ponto de vista quantitativo, como qualitativo. Assim, de um lado, o número de decisões centradas na definição do alcance dos direitos fundamentais aumentou consideravelmente. E isso levou a Corte Constitucional a intervir, por meio de decisões muito controversas, na definição do alcance dos direitos constitucionais e dos grupos minoritários, como a discriminação do consumo de drogas (sentença C-221/94) e da eutanásia (sentença C-239/97). Do mesmo modo, a Corte protegeu minorias tradicionalmente discriminadas, como as pessoas que vivem com HIV/aids e os homossexuais. Assim, até 1980, a homossexualidade constituía um delito; naquele ano, desapareceu esse tipo de crime, mas subsistiram vários regimes trabalhistas, como os dos educadores e da Força Pública, que previam que uma pessoa podia ser penalizada disciplinarmente por condutas homossexuais. A Corte atacou a

Uma Corte só pode ser vista como autêntica instância de representação argumentativa da sociedade civil se os diferentes atores sociais tiverem como participar efetivamente dos processos decisórios, notadamente os de índole constitucional. Aqui, muda-se o prisma: as minorias vulneráveis seriam verdadeiros agentes, e não meros expectadores, da agenda política constitucional brasileira, no que diz respeito às políticas públicas. O processo constitucional verdadeiramente democrático é aquele em que a decisão é fruto de real deliberação e participação dos atores envolvidos, e não o resultado de reflexões solipsistas de alguns poucos iluminados.

Daniel Sarmento (2017, p.393) traz aportes interessantes, que auxiliam na compreensão da temática:

O acesso dos diferentes grupos presentes na sociedade à jurisdição constitucional – especialmente dos excluídos – é essencial para que ela possa se converter num campo de efetiva concretização dos direitos fundamentais. Na Colômbia, que tem provavelmente o Tribunal constitucional mais avançado em matéria de direitos humanos de todo o mundo, o fácil acesso à Corte é apontado como uma das causas de êxito da instituição em se converter em um espaço privilegiado para lutas emancipatórias. Na Índia, cuja Suprema Corte também tem atuação destacada em matéria de proteção dos direitos fundamentais, foi necessária uma construção jurisprudencial extremamente ousada para viabilizar a defesa dos direitos dos grupos mais vulneráveis. O Tribunal, sem base legal expressa, flexibilizou ao extremo as regras sobre legitimidade ativa (*locus standi*) e formalidades processuais para permitir que qualquer pessoa ou entidade lhe peticionasse na defesa de interesses de terceiros, sem sequer a necessidade de representação por advogado, sempre que estivessem em jogo os direitos fundamentais de indivíduos ou grupos miseráveis, desprovidos de acesso à justiça.

---

discriminação contra os homossexuais em todas essas esferas. Assim, a sentença T-097/94 protegeu a intimidade dos homossexuais na Força Pública e a C-507/99 definiu que não se podia penalizar um militar por ser homossexual. Igualmente, em outras ocasiões, a Corte indicou que não se podia expulsar um aluno por comportamentos homossexuais (T-100/98), nem penalizar um docente por esse motivo (C-481/98). E em nível mais geral, a Corte indicou que todo tratamento diferente de uma pessoa devido a suas preferências sexuais se presume discriminatório e, portanto, é inconstitucional (C-481/98). A Corte definiu também, em grande medida, o alcance do pluralismo e favoreceu não somente a igualdade entre as religiões, mediante a anulação da concordata e dos privilégios da religião católica, mas também reconheceu esferas muito amplas para o exercício da administração de justiça pelas autoridades indígenas. Para maiores detalhes: *Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks* (scielo.br). Acesso em 19 mar. 2021.

Já Daniel Capecchi Nunes (2020, p. 216 e seguintes) defende proposta que minore os efeitos da impermeabilização do STF, relativamente às minorias vulneráveis, nos seguintes termos:

Defendemos um conceito de “classe” que não se restrinja exclusivamente a grupos econômicos e profissionais, tendo em vista que essa interpretação não tem qualquer fundamento direto no Texto Constitucional ou na vontade do constituinte, não resulta, necessariamente, em uma redução dos números processuais da Corte e, tampouco, pode ser a leitura mais consoante com os fundamentos democráticos da própria Carta. Assim, defende-se que, para fins de controle abstrato de constitucionalidade, a expressão “entidades de classe” deve ser entendida como: *entidade composta por pessoas naturais ou físicas, de composição homogênea, que sejam representativas de grupos sociais, políticos econômicos ou profissionais, respeitada a pertinência temática entre a questão que o grupo está demandando e seu objeto social, além do requisito inicial da existência de membros, em ao menos, novo estados da federação.* Adotando essa nova interpretação, obtêm-se uma jurisdição constitucional mais aberta, por meio de uma interpretação ampliadora dos legitimados ativos que não seja autodestrutiva para o Tribunal. Do ponto de vista democrático, essa modificação garante que a Corte tenha maiores oportunidades para exercer sua função de proteger direitos de minorias e o funcionamento da democracia. Nesse sentido, uma barreira que, anteriormente, servia como instrumento para afastar a sociedade civil, servirá, em um cenário de ampliação de legitimados e circulação democrática do poder, como uma garantia do vetor normativo da participação de minorias no processo constitucional. Dessa forma, em regra e na existência de representação, somente as próprias minorias atingidas por uma violação de seus direitos poderiam levar ao STF suas demandas, por suas próprias vozes. Tal movimento já foi iniciado dentro do próprio STF, a partir da decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, na ADI nº 5.291<sup>208</sup>.

208 O ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a legitimidade do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (Idecon) de propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por entender que restringir o conceito de entidade de classe reduz a potencialidade de interação entre o STF e a sociedade civil e contraria a Constituição. “Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário — a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais”, escreveu o ministro-relator. Ele acionou na decisão o disposto

Conforme já analisado em passagem anterior, os aportes trazidos pelo ordenamento jurídico e pela Corte Constitucional colombiana, sob uma perspectiva transconstitucional e fomentadora de pontes de transição, revelam-se interessantes de serem observados em território brasileiro. Isto porque, na realidade colombiana, a ação de tutela, mecanismo de controle concreto de constitucionalidade, e a ação pública de inconstitucionalidade, utilizada como forma de controle abstrato, se mostram como instrumentos que proporcionam um canal de comunicação direto entre a Corte Constitucional e a sociedade civil, funcionando, assim, como mecanismos potencializadores da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Dado o seu caráter mais flexível e poroso (legitimidade ativa, iter procedimental e efeitos proporcionados nas decisões judiciais)<sup>209</sup>, tais instrumentos jurídicos permitem que a sociedade civil se sirva da Corte Constitucional como verdadeiro locus deliberativo, interpretando e efetivando a Constituição no seu conteúdo mais caro: proteção dos direitos

---

no artigo 12 da Lei 9.868/99 e deu seguimento à ação pedindo a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República sobre o caso. A Idecon questiona artigo 101 da Lei 13.043/2014, que traz procedimentos da ação de busca e apreensão de carros com alienação fiduciária. A entidade alega que as alterações lesam os consumidores e protegem mais os credores, instituições financeiras e bancos. Para o ministro, a jurisprudência restritiva sobre o tema tem feito com que as decisões do STF tenham acesso seletivo em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil. “As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania”, diz o ministro. Mais informações: ConJur - Marco Aurélio defende ampla participação social no Supremo. Acesso em 20/01/2022.

209 A ação de tutela, por si só, é um mecanismo célere que busca a proteção de direitos fundamentais em um caso concreto. O percurso entre a ação de primeiro grau e a Corte Constitucional, caso selecionada, não demanda extensas estruturas de suporte, o que facilita, então, o acesso dos grupos estigmatizados à Corte Constitucional. Em relação à ação pública de inconstitucionalidade, são duas linhas argumentativas de legitimação: primeiro, deve ser vista como um instrumento efetivo de garantia dos grupos sociais estigmatizados, minorias que foram afastadas do processo de participação política e que agora exercem a cidadania por meio da participação mediada pela atividade de juízes; segundo, deve-se encarar o controle de constitucionalidade como diálogo público, no qual o cidadão, no exercício do direito político, dá origem a um processo judicial onde questiona um ato normativo, estando a Corte obrigada a encarar questões de natureza constitucional e decidir de forma motivada. Assim, tais grupos, historicamente marginalizados, influenciam diretamente na agenda decisória da Corte. (SANTOS, 2021).

fundamentais, notadamente em prol de grupos estigmatizados e minorias marginalizadas.

A análise dos números de acesso da sociedade civil à Corte Constitucional colombiana, que demonstrou aumento efetivo ao longo dos quase trinta anos de existência da Corte, permitem afirmar que os cidadãos têm se enxergado como sujeito ativo no processo de construção dos sentidos de constituição. Assim, a amplitude democrática permitiu um diálogo social aberto e direto com a Corte Constitucional e o fornecimento de estrutura de acesso aos grupos minoritários propiciaram a construção de um novo capítulo na formação de uma cultura de direitos naquele território. (SANTOS, 2021).

Eis o paradigma sul-americano apto a proporcionar maior participação popular no ciclo institucional da decisão democrática constitucional na realidade brasileira.

Seja pela corrente doutrinária que desenvolve hermenêutica mais ampliativa e protetiva dos interesses dos grupos hipossuficientes juridicamente, seja pela experiência extraída da Corte Constitucional colombiana, o que se observa é a inadmissibilidade em se persistir em tratamento não igualitário quanto aos legitimados ativos no exercício do controle de constitucionalidade perante o STF. Não há por que permitir o acesso à jurisdição constitucional para atores que encarnam os interesses das profissões e categorias econômicas, mas não para os que corporificam outros direitos e interesses<sup>210</sup>. Afigura-se, premente, pois, que se encampe, no

---

210 Em movimento benfazejo, percebe-se novos passos, no particular, perante alguns ministros do STF. Por exemplo, em mais um episódio de judicialização das questões atinentes à pandemia, o ministro Luís Roberto Barroso concedeu, no início de julho, liminar na ADPF nº 709 para determinar que o governo federal adotasse uma série de medidas protetivas a favor de grupos indígenas a fim de atenuar o contágio da Covid-19 e a mortalidade dela decorrente. Um aspecto que parece ter passado despercebido nas análises sobre os impactos dessa ação, e que pode representar uma importante mudança jurisprudencial no âmbito do STF, diz respeito aos seus autores. A ação foi proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) e por alguns partidos políticos. O detalhe está exatamente na atuação da Apib, cuja legitimidade ativa decorreria de sua condição de entidade de *classe* de âmbito nacional, conforme previsto no artigo 103 da CF/88. Como se sabe, desde o período inicial de vigência da nova Constituição, o STF passou a adotar interpretação restritiva do conceito de *classe*, abrangendo apenas categorias *profissionais* ou *econômicas*. A partir desse entendimento, a Apib não poderia ter ajuizado uma ADPF, pois as comunidades indígenas por ela representadas não se enquadram em nenhuma daquelas duas categorias. Foi exatamente nesse ponto que o ministro Luís Roberto Barroso defendeu a necessidade de mudança da jurisprudência do STF, já que, “*além de obsoleta é incompatível com a missão institucional do tribunal*”. *Maiores detalhes em*: ConJur - Glauco Salomão:

Brasil, de uma vez por todas, nova reestruturação teórica ou normativa apta a permitir que a jurisdição constitucional se firme verdadeiramente como instância representativa (representação argumentativa) do povo brasileiro organizado (sociedade civil).

Conjugada a esta nova postura interpretativa, é possível afirmar que o fortalecimento das potencialidades das audiências públicas e o maior uso qualificado<sup>211</sup> da figura jurídica do *amicus curiae* apenas contribuiria para o incremento da relação dialógica entre as instituições públicas e a sociedade civil, vez que ambos têm como escopo conferir maior legitimidade democrática e técnica às decisões prolatadas pelos órgãos judiciais, notadamente a Suprema Corte<sup>212</sup>.

É possível atestar o elevado grau de utilização<sup>213</sup> que a Corte Constitucional colombiana faz dos institutos do *amicus curiae*<sup>214</sup> e das

---

Minorias e acesso à jurisdição constitucional. Acesso em 19 mar. 2021.

- 211 Fala-se em fortalecimento e uso qualificado, pois crê-se que, apesar da previsão normativa e regulamentação existente de ambos institutos no ordenamento jurídico brasileiro, seu manejo ainda não foi capaz de extrair todas as potencialidades positivas destes.
- 212 Extraído da experiência americana, o *amicus curie* permite que entidades representativas possam levar novos argumentos para o debate a ser travado na corte. Mesmo não consistindo sua participação, em princípio, em assunção de posição a favor ou contra a tese levantada pelo legitimado que provoca a jurisdição constitucional, é inegável que o instituto pode exercer a importante função de auxiliar a corte, seja evitando uma decisão equivocada, seja aprimorando uma posição sustentada por ela. Por sua vez, a audiência pública consiste na convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria levada a conhecimento da corte. O objetivo de sua utilização é tanto esclarecer questões técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, como promover uma jurisdição constitucional mais democrática — nesse sentido, cf. o que afirmou o ministro presidente Gilmar Ferreira Mendes no despacho de convocação da audiência pública para discutir o Sistema Único de Saúde-SUS, datado de 5 de março de 2009. Maiores detalhes em: ConJur - Audiências públicas tornaram-se no STF instrumento de legitimidade popular. Acesso em 20 mar. 2021.
- 213 A107-19, A271A-20, A116A-12, A434-16, A13A-16, T-614-19, etc. Mais informações em Corte Constitucional de Colombia. Acesso em 20/10/2022.
- 214 El objetivo de los *amicus curiae* es el de ilustrar al juez sobre materias especializadas o explicar puntos de vista distintos que surgen de una misma controversia. Por ejemplo, la Corte IDH ha establecido que “[cumple] un papel relevante al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia”. Resolución de Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de abril del 2009, en el marco de la Opinión Consultiva OC-21/09, vistos 4-8, 11-14 y 18-32. Mais detalhes: A271A-20 Corte Constitucional de Colombia. Acesso em 20/01/2022.

audiências públicas<sup>215</sup>, dado o seu potencial democratizante hábil a permitir maior interlocução entre o órgão jurisdicional e a sociedade civil. O uso intenso destes instrumentos também se dá em virtude de a Corte paradigma se ocupar consideravelmente de temáticas voltadas à proteção de direitos fundamentais.

Cepeda-Espinosa (2004, p. 556/557) explicita os motivos que justificam a adoção ampliada e intensificada de tais institutos, em território colombiano:

a introdução de instrumentos de participação de especialistas, organizações sociais, e de agentes públicos no processo de controle de constitucionalidade, busca, igualmente, trazer fatos e percepções conflituosas acerca da realidade social para a atenção da Corte. Essa inovação foi feita com o propósito de auxiliar a Corte no contexto colombiano.

A seguir, serão tecidas considerações acerca da derradeira via promotora de maior compromisso constitucional com os direitos da sociedade civil, na temática dos direitos fundamentais.

### **5.3. AS ALTERNATIVAS OFERTADAS PELO CONSTITUCIONALISMO POPULAR E PELO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

Conforme já delineado ao longo deste trabalho, a revisão judicial ativista com forte teor maximalista desperta considerável crítica doutrinária e um dos argumentos alinhados, neste sentido, refere-se à legitimidade democrática dos tribunais para aferir os resultados obtidos do

---

215 Em rápida pesquisa no sítio de internet da Corte Constitucional Colombiana (<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>) foi possível verificar mais de 2.550 resultados para os termos “convocatoria” “audiência pública”, circunstância que denota o expressivo uso deste instrumento jurídico-político pelo órgão judicial. Eis um exemplo de trecho de convocatória de audiência pública que conclama a participação cidadã na discussão acerca da legitimidade de dado ato normativo: “La Corte Constitucional convoca a la ciudadanía a la Audiencia Pública que se realizará el próximo jueves 6 de abril del presente año, en la Sala de Audiencias de la Corte Suprema de Justicia, de 8 am a 5 pm, para analizar los argumentos a favor y en contra, dentro del proceso D-11.653, en el que se demanda el Acto Legislativo 01 de 2016 *“por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”*. Mais informações: Corte Constitucional de Colombia. Acesso em 20/01/2022.

processo político em outras instâncias. A crítica ganha intensidade ainda maior quando se confere não apenas o poder ao Judiciário para invalidar leis que conflitam com a Constituição, mas também lhe concede a função de intérprete supremo, com a prerrogativa de poder dar a palavra final sobre o significado constitucional<sup>216</sup>.

A linha teórica construída pelo constitucionalismo popular<sup>217</sup> propugna que os órgãos judiciais não podem ser vistos como protagonistas únicos no diálogo institucional que define a interpretação e efetividade do ordenamento jurídico, especialmente o direito constitucional. Ao contrário, pressupõe que um processo de interpretação igualmente válido possa ser empreendido pelos demais Poderes e pela sociedade civil, de modo que o povo mobilizado, seus representantes políticos e as Cortes oferecem as suas interpretações constitucionais de forma concomitante ou sucessiva e é o resultado da interação dialógica de todos estes atores que será capaz de produzir a melhor decisão jurídica.

---

216 Parker encara o contramajoritarismo, ou seja, a ideia de que o Direito Constitucional possui uma função de contrapeso à regra majoritária da democracia, como um *clichê*. Sustenta, ainda, que o Constitucionalismo contemporâneo se baseia em dois grandes fetiche: 1) a ideia de que a Constituição apresenta sempre um significado “correto” e não uma variedade de interpretações possíveis; 2) a superioridade qualitativa do Direito Constitucional, que é vital e vulnerável, podendo qualquer infecção realizada pela política ordinária levar a um completo desastre. Encara a “tirania da maioria” como um exagero ridículo. Segundo ele, a maior parte da opressão é realizada por minorias, ou melhor, uma espécie de elite ou minoria elitista. Segundo raciocínio de Richard Parker, Kramer concorda dizendo que boa parte dos defensores da supremacia judicial apresentam um medo da política popular, acreditando ser perigosa e arbitrária. Segundo Kramer, “a tirania da maioria” seria meramente um slogan. Maiores detalhes: Constitucionalismo popular: modelos e críticas (scielo.br). Acesso em 20 mar. 2021.

217 The term “popular constitutionalism” has been used with considerable frequency in legal academic journals since the late 1980s and to the present. However, it is still not absolutely clear what the phrase came to designate. One interesting way to approach to the concept is through the book *The People Themselves*, published by Larry Kramer in 2004. Kramer, who is one of the key names within this movement, defined “popular constitutionalism” as a system in which the people assume an “active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law” (Kramer 2004b, 959). The notion of “popular constitutionalism” brings together a remarkable set of legal scholars. Among them, we find authors like Larry Kramer, Akhli Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, or Mark Tushnet. Maiores detalhes em : *Popular Constitutionalism* | SpringerLink. Acesso em 20 mar. 2021.

José Ribas Vieira (2018, p.284-285) procura categorizar as principais concepções em derredor da temática do constitucionalismo popular, caracterizando-as da seguinte forma:

David Pozen categoriza o constitucionalismo popular em três correntes de pensamento. O primeiro é o Constitucionalismo popular modesto que aceita que as Cortes derrubem leis e preferências majoritárias ocasionalmente, no entanto, defendem que isto não interrompa o diálogo constitucional, devendo os atores extrajudiciais, inclusive o próprio povo, se manifestar sobre as decisões e participar do processo decisório. Ou seja, a partir deste pensamento, a Corte não deve ser vista como um “oráculo com o monopólio da verdade constitucional”, devendo o povo se manifestar de forma mais próxima às Cortes, criticando-a quando discordar e tomando ação quando discordar fortemente. A segunda corrente do Constitucionalismo Popular seria o Constitucionalismo Popular Robusto. Esta defende o encolhimento do poder de revisão judicial, procurando não apenas eliminar a supremacia judicial, mas a interpretação judicial como prevaiente na cultura constitucional. Alguns, como Mark Tushnet, chegariam a defender a total eliminação da revisão judicial. A terceira corrente, cuja caracterização como Constitucionalismo Popular é bastante duvidosa, é o Departamentalismo. Segundo esta, os três poderes deveriam realizar uma interpretação constitucional coordenada, não havendo uma autoridade independente para interpretar a Constituição. O próprio Pozen afirma, no entanto, que diversos autores afirmam que o Departamentalismo não é uma forma de Constitucionalismo Popular, já que não foca no povo propriamente dito, mas em seus representantes. (...). O autor ressalta em diversos trechos da obra, no entanto, que, o Constitucionalismo Popular não se opõe à revisão judicial, mas defende, todavia, que a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário não está acima daquela realizada por outros Poderes, e que todas estas formas de interpretação, inclusive a judicial, estariam subordinadas ao entendimento do povo. Desta maneira, a oposição do Constitucionalismo Popular, segundo Kramer, não está em relação à revisão judicial, mas à supremacia judicial.

Pode-se observar que a corrente do constitucionalismo popular modesto<sup>218</sup> é a que mais se aproxima da proposta defendida neste tra-

---

218 A adoção da vertente do constitucionalismo popular modesto escapa, a nosso sentir, inclusive da crítica de Chemerinsky, que afirma que com o fim da revisão judicial ou da supremacia judicial, os contrapesos em favor das minorias seriam dramaticamente reduzidos, se não eliminados, deixando as minorias dependentes das majorias. Em se tratando de direitos de minorias, o processo político e o constitucionalismo popular

balho científico, na medida em que se vincula mais harmoniosamente com a teoria dos diálogos constitucionais e institucionais, a hermenêutica ampliativa quanto ao rol de legitimados prevista no art. 103, IX, da Carta Magna brasileira e com o exercício mais intensificado da figura do *amicus curiae* e do instituto das audiências públicas.

Alinhando-se com a corrente acima indicada, o constitucionalismo democrático não procura afastar a Constituição dos órgãos judiciais. Ao revés, reconhece como essenciais a participação deliberativa e a interação dialógica (teoria dos diálogos constitucionais e institucionais) dos diversos atores (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, sociedade civil, grupos de interesse, etc.). E mais: diferentemente de um foco juriscêntrico, o constitucionalismo democrático aprecia a essencial participação do engajamento público em guiar e legitimar as instituições e práticas da revisão judicial<sup>219</sup>.

Como pode-se verificar, tanto a linha constitucionalista popular modesta como o constitucionalismo democrático defendem um modelo que, em verdade, busca empoderar o titular do poder político no Brasil: o povo (art. 1, parágrafo único da Carta Magna). Este é o empreendimento buscado em derredor de toda esta investigação científica: o convencimento no sentido de que a relação dialógica, deliberativa e participativa de diversos atores políticos é apta a construir um modelo de democracia

---

não podem ser confiados. Além disso, o autor teme que as críticas promovidas pelo Constitucionalismo Popular produzam contenção por parte dos juízes progressistas que, temerosos, não avançariam na promoção da igualdade e da liberdade. Escapa desta crítica porque o Constitucionalismo popular modesto aceita que as Cortes derrubem leis e preferências majoritárias ocasionalmente, no entanto, defendem que isto não interrompa o diálogo constitucional, circunstância que promove positivamente os diálogos entre os Poderes da república e a sociedade civil. Ou seja, tal corrente não propõe a derrubada da revisão judicial. Maiores informações: Constitucionalismo popular: modelos e críticas (scielo.br). Acesso em 20 mar. 2021.

219 O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Também referido como Estado constitucional ou, na terminologia da Constituição brasileira, como Estado democrático de direito, ele é o produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais. Maiores detalhes: O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso ...- Migalhas. Acesso em 20 mar. 2021.

representativa e participativa, no cenário brasileiro, muito mais eficiente e sensível às inúmeras demandas comunitárias. O protagonismo exclusivo na interpretação constitucional e dos demais textos normativos não é o caminho mais salutar, uma vez que finda sempre por gerar visão auto-poietica e centralizadora<sup>220</sup>.

Mais uma vez, é possível abeberar-se do modelo colombiano, tendo em vista que, naquele país, como já se viu, é praticado ativismo judicial moderado, dialógico com os demais poderes e permeável ao cidadão, visto em sua dimensão individual e coletiva. Lá, o que se tem é verdadeiro manejo de instrumental (formal e informal) que viabiliza o aperfeiçoamento de canal de comunicação direto entre a Corte Constitucional e a sociedade civil, além de mecanismos jurídicos constitucionais (vide a ação de tutela e a ação pública de inconstitucionalidade) que potencializam a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. (Santos, 2021).

Já foi assentado que a ascensão do judiciário no Brasil deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a momentos recorrentes de ativismo judicial com o exercício de atividades jurisdicionais maximalistas. A judicialização neste grau significa, em última senda, que questões sensíveis do ponto de vista político, social, cultural, econômico e/ou moral estão sendo decididas pelos órgãos jurisdicionais, em verdadeira transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para a magistratura. Tal circunstância, muitas vezes, tem criado efeitos colaterais indesejados, tais como a juristocracia, o viés juriscêntrico, as estocadas institucionais e o mal-estar constitucional.

No Brasil, observa-se maior visibilidade de tais fenômenos, haja vista que, dentre outros fatores, a Constituição brasileira busca cuidar de uma inesgotável quantidade de temas. Ao incluir determinada matéria na Constituição, pode-se acabar por afastar a discussão da seara estritamente política, trazendo-a para o direito (linguagem jurídica) e permitindo, por consequência, a judicialização do caso. A esse contexto, ainda se soma o

---

220 A principal contribuição do constitucionalismo popular modesto 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 emponderá-lo para que possa participar das transformações constitucionais. Os juízes constitucionais devem ter sempre em mente que servem ao povo, como nas palavras de Larry Kramer: “a Suprema Corte é nosso servo e não nosso mestre”. Ou como, na Constituição Brasileira: “todo poder emana do povo”, “todo poder” inclui o Judiciário. Para maiores detalhes: Constitucionalismo popular: modelos e críticas (scielo.br). Acesso 21 mar. 2021.

número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF e que, conforme demonstrado, deve ter o rol ainda mais ampliado, seja através de mudança normativa ou hermenêutica.

A judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro. E com ele, como já era de se esperar, observa-se consequências positivas e negativas. A real possibilidade de concretização de uma posição mais conciliatória, que defenda maior participação individual e coletiva dentro das esferas de poder (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como o fomento de uma interação institucional mais intensa e fiscalizatória parece trazer mais benefícios relevantes para a democracia representativa em todas as suas dimensões, permitindo a sua ressignificação em prol de toda a comunidade nacional.

#### **5.4. A NECESSÁRIA CRIAÇÃO DE UMA CORTE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

Dentre outros motivos já explicitados ao longo desta pesquisa, de há muito, percebe-se que a Suprema Corte brasileira está inviabilizada em suas funções, dado o inominável acervo processual que ainda possui em trâmite<sup>221</sup>. Tal quantitativo destoa de todas as supremas cortes do mundo civilizado<sup>222</sup>. Conforme já noticiado, a quantidade de recursos de casos particulares, em trâmite no STF, inviabiliza a função de corte constitucional<sup>223</sup>. O posicionamento que se adotará aqui é no sentido de

221 No primeiro semestre do ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal julgou colegiadamente um total de 8.384 processos. O Plenário, tanto nas sessões por videoconferência como nas sessões virtuais, julgou 2.647 processos. Por sua vez, a 1ª Turma, em 32 sessões, julgou 3.229 processos; a 2ª Turma, em 41 sessões, julgou 2.514 processos. Maiores detalhes em ConJur - STF julgou mais de 8 mil processos de forma colegiada no 1º semestre. Acesso em 21/01/2022.

222 O ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, disse em entrevista exclusiva em visita à TV ConJur não ver problemas na decisão do colega Luiz Fux que suspendeu a suspensão da implementação do juiz das garantias. “Isso faz parte das diferenças de opiniões.” Mas reforçou a quantidade de decisões colegiadas proferidas pelo STF. “Foram, no ano passado, mais de 17 mil decisões colegiadas. Nenhuma suprema corte do mundo julga isso. E aí é inevitável que você tenha decisões individuais.” Mais detalhes: ConJur - Nenhuma suprema corte no mundo julga mais que o STF, diz Toffoli. Acesso em 21/01/2022.

223 Dentre os grandes desafios impostos ao STF, talvez o maior deles seja a sobrecarga de trabalho que resulta, justamente, da sua configuração constitucional. O acervo atual da Suprema Corte conta com, aproximadamente, trinta mil processos e, a par-

se implantar, no Brasil, definitivamente, Corte de índole exclusivamente constitucional, por se confiar que somente tal ato permitirá atuação focada nas questões fundamentais, produzindo rapidamente jurisprudência constitucional definitiva, espalhando essa eficiência para o sistema judicial e fortalecendo a confiança na Justiça<sup>224</sup>.

Já a partir da primeira Carta Magna republicana, tencionou-se confiar ao Supremo Tribunal Federal a função de guarda maior da Constituição<sup>225</sup>. Seguindo esta tradição, o constituinte de 1988 declinou ao Supremo Tribunal Federal a condição de Corte Constitucional do Brasil, atribuindo-lhe a competência precípua de guarda da Constituição (art. 102, CF/88). Para tanto, foi criado o Superior Tribunal de Justiça, que passou a exercer a competência atinente ao contencioso do direito federal comum, antes atribuída ao Pretório Excelso<sup>226</sup>.

---

tir disso, diversos problemas pode ser identificados. Com isso, pode-se argumentar que a ampliação de acesso da sociedade civil à Suprema Corte apenas elevará o número de processos em tramitação no órgão, o que pode prejudicar a própria capacidade de desenvolvimento de trabalho dos seus ministros. (Santos, 2021).

224 Existem outras propostas, obviamente. Ei-las algumas: para limitar o número de processos no Supremo, o ministro Barroso lançou a ideia de conceder discricionariedade ao tribunal para escolher os recursos que vai julgar em um ano, transitando em julgado os demais. O professor Lenio respondeu com artigo interrogativo: “E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso?”. A solução apontada pelo ministro Barroso aproxima-se do modelo americano, que permite à Suprema Corte escolher os casos que entende importantes para julgar. O precedente histórico e a função política do Supremo permite a defesa dessa ideia, confiando na elevada cultura e experiência dos magistrados maiores para escolha de temas fundamentais. Outras soluções são possíveis. José Jácomo Gimenes sustenta, no texto, “Recurso extraordinário e RE com agravo devem ser extintos” (ConJur, 7/2/2018), a proposta consistente em transferir toda a competência recursal do Supremo para os tribunais superiores, especialmente o STJ, que passariam a ser a última instância recursal, assim concluindo todos os processos particulares em, no máximo, três instâncias. Mais informações: ConJur - Jácomo Gimenes: STF está inviabilizado pelo excesso de processos. Acesso em 21/01/2022.

225 É conhecida a emblemática empostação de Rui Barbosa, em sustentação oral perante a Excelsa Corte, em sessão de 23 de abril de 1892: “*Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isto, fizemos deste tribunal (o Supremo Tribunal Federal) o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores das razões de Estado, resumimos-lhe a função específica nesta ideia*”. Mais detalhes: O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional (senado.leg.br). Acesso em 21/01/2022.

226 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e,

Ocorre que, em verdade, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, é um órgão estatal cuja natureza jurídica é de uma Suprema Corte híbrida<sup>227</sup>. Expli-

---

nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; II - julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, cujas decisões terão caráter vinculante. Informação em Constituição (planalto.gov.br). Acesso em 28/01/2022.

227 Concluiu-se que se trata de uma Suprema Corte híbrida, misturando competências próprias de Cortes Constitucionais com outras mais similares às de uma simples

ca-se: trata-se de tribunal da Federação, integrante da estrutura do Poder Judiciário nacional, cuja atuação repousa na junção das competências julgadora em abstrato e em concreto, e ainda por força de autoridade ou entidade envolvida; julgadora sem jurisdição constitucional; revisora de casos concretos; pacificadora de conflitos federativos e, sobretudo, intérprete último da Constituição Federal e guardião de sua integridade e máxima efetivação. (HIRSCH, 2020).

Esta disfuncionalidade de competências impacta na função precípua de Corte Constitucional, que parece ter sido dedicada pelo constituinte de 1988 ao STF<sup>228</sup>. Não por outro motivo, há quem defenda radical

---

instância do Poder Judiciário. Mais detalhes: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA NATUREZA JURÍDICA: CORTE CONSTITUCIONAL OU ÓRGÃO DE CÚPULA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO? | Santos | CAMPO JURÍDICO (fasb.edu.br). Acesso em 21/01/2022.

- 228 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado

mudança na natureza do Altíssimo Pretório, de modo que a sua jurisdição passaria a ser exclusivamente a de julgar ações sobre matéria de índole constitucional, ao contrário do que ocorre hoje<sup>229</sup>.

Talvez por isso, tramita na Câmara dos Deputados a PEC 275/13<sup>230</sup>, que transforma o STF em uma Corte Constitucional, amplia o

---

Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Informação em Constituição (planalto.gov.br). Acesso em 28/01/2022.

229 Essa é a opinião de Fábio Konder Comparato. Mais detalhes: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-stf-precisa-se-tornar-uma-corte-constitucional-ebu3qatli69bi9qpa6dgm4zm6/>. Acesso em 21/01/2022.

230 PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO No, DE 2013 (Da Sra. Luiza Erundina e outros). Cria a Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; altera a composição do Conselho Nacional de Justiça. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: Art. 1º. A Seção II do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a denominar-se Da Corte Constitucional. Art. 2º. Os artigos 101 e 102 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 101. A Corte Constitucional compõe-se de quinze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos entre cidadãos de mais de quarenta e menos de sessenta anos. § 1º Os Ministros da Corte Constitucional serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplexes de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º As listas tríplexes dos candidatos provenientes da magistratura e do Ministério Público serão compostas, alternadamente, de magistrados e membros do Ministério Público, federais e estaduais. § 3º Os Ministros da Corte Constitucional elegerão biennialmente o seu Presidente. Art. 102. Compete à Corte Constitucional, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar: I – originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, inclusive o pedido de medida cautelar; b) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional; c) a arguição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente da Constituição; d) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais; II – julgar em recurso extraordinário as causas decididas por um tribunal superior, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1º Declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, em sessenta dias se se tratar de órgão do Poder Legislativo, e em trinta dias se de órgão administrativo. § 2º Julgada a arguição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente desta Constituição, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática ou omissão dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito ou preceitos fundamentais. § 3º O Regimento Interno da Corte Constitucional regulará o processamento dos embargos declaratórios de seus acórdãos, excluindo qualquer outro recurso não previsto nesta Constituição. § 4º As decisões definitivas de mérito, proferidas pela Corte Constitucional, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 5º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.” Art. 3º. Os artigos 104 e 105 caput da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: “Art 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, sessenta Ministros. § 1º Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas triplíces de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º As listas triplíces dos candidatos provenientes da Magistratura e do Ministério Público serão compostas, alternadamente, de magistrados e membros do Ministério Público, federais e estaduais. Art. 105 Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: a) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice- Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros da Corte Constitucional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos demais Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; c) nos crimes comuns os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; d) os mandados de segurança e os habeas-corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, ou contra ato do próprio Superior Tribunal de Justiça ou outro Tribunal Superior, ou autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição da Corte Constitucional ou do Superior Tribunal de Justiça; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; g) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; h) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; i) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de

número de ministros para 15 e reduz sua competência a causas relativas à

atos processuais; j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos, ou sejam direta ou indiretamente interessados; l) os conflitos de competência entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; m) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Superior Tribunal de Justiça; n) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; o) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; p) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias. II – julgar em recurso ordinário: a) o habeas-corpus, o mandado de segurança, o habeas-data e o mandado de injunção, decididos em única ou última instância pelos demais Tribunais Superiores, pelos Tribunais Regionais Federais ou os Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, se denegatória a decisão; b) o crime político; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. III – julgar em recurso especial as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.” Art. 4º. Os atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal passarão a compor, de pleno direito, a Corte Constitucional, providenciando-se a nomeação dos demais Ministros, de acordo com o disposto no art. 101 da Constituição Federal, na redação dada pela presente Emenda Constitucional. A atual composição do Superior Tribunal de Justiça permanecerá a mesma, providenciando-se a nomeação dos futuros Ministros de acordo com o disposto no art. 104 da Constituição Federal, na redação dada pela presente Emenda Constitucional. Art. 5º. Fica revogado o atual art. 103-A desta Constituição, renumerando-se o artigo seguinte como 103-A, cujo caput, inciso I passa a ter a seguinte redação: “Art. 103-A. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I – o Presidente da Corte Constitucional; [...]”. Art. 6º. Os artigos 12, § 3º, IV; 52, II; 96, II e 103, parágrafo 1º desta Constituição passam a ser redigidos como segue, revogando-se o § 3º do art. 103: “Art. 12. – ... § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: IV – de Ministro da Corte Constitucional; Art. 52. – Compete privativamente ao Senado Federal: II - processar e julgar os Ministros da Corte Constitucional, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; Art. 96. – Compete privativamente: II – ao Superior Tribunal de Justiça, aos demais Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos Tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;” Art. 103. – ... § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência da Corte Constitucional.” Art. 7º – É acrescentado o § 8º ao art. 125 da Cons-

interpretação e aplicação da CF, transferindo todas as demais para o STJ. A proposta é de autoria da deputada Luiza Erundina<sup>231</sup>. De acordo com a PEC, os ministros serão nomeados pelo presidente do Congresso após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara e do Senado e as escolhas serão realizadas com base em listas tríplexes elaboradas pelo CNJ, pelo CNMP e pelo Conselho Federal da OAB. Destaca, ainda, que os candidatos deverão ter mais de 40 e menos de 60 anos<sup>232</sup>.

Eis algumas das principais justificativas indicadas na mencionada PEC:

A presente proposta de Emenda Constitucional visa a aperfeiçoar o funcionamento das instituições que compõem a cúpula do nosso Poder Judiciário; vale dizer, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A organização do Supremo Tribunal Federal, com efeito, padece de graves defeitos na forma de sua

---

tuição Federal, com a seguinte redação: “§ 8º Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os membros do Tribunal de Contas do Estado ou do Distrito Federal, bem como os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios do Estado.” Art. 8º. O Capítulo I, do Título I da Parte Terceira da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a ser intitulado Dos Ministros da Corte Constitucional, e o caput do seu art. 39 fica assim redigido: “Art. 39 – São crimes de responsabilidade dos Ministros da Corte Constitucional.” Art. 9º. Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação”. Informações em PEC 275/2013 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em 21/01/2022.

231 Cria a Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; altera a composição do Conselho Nacional de Justiça. Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Mais informações em Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em 21/01/2022.

232 A proposta ainda altera alguns procedimentos das demandas de competência da nova Corte em relação aos atualmente em vigor. Nas ações diretas de inconstitucionalidade impetradas perante a Corte Constitucional, por exemplo, o Advogado-Geral da União deixará de ser ouvido obrigatoriamente. Já os recursos extraordinários passarão a ser admissíveis somente após decisão tomada por um tribunal superior. As mudanças também atingirão a Corte Superior do país, caso a PEC seja aprovada. O STJ passará a contar com, no mínimo, 60 ministros, em vez dos 33 estabelecidos pela CF/88. O processo de nomeação adotado será o mesmo conferido à Corte Constitucional. Relativamente às atribuições, o Corte Superior passará a ser responsável pelos julgamentos do presidente da República, do vice-presidente e dos membros do Congresso por infrações penais comuns. Verifica-se, por fim, que a PEC também transfere do STJ para os Tribunais de Justiça a competência do processo e julgamento de crimes comuns dos membros dos tribunais de contas dos Estados, do DF e dos municípios.

composição e no tocante ao âmbito de sua competência. Quanto à composição do Supremo Tribunal Federal, determinou-se, em todas as nossas Constituições republicanas, segundo o modelo norte-americano, que a nomeação dos Ministros é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal. Nos Estados Unidos, esse controle senatorial tem funcionado adequadamente, já tendo havido a desaprovação de doze pessoas indicadas pelo Chefe de Estado para a Suprema Corte. Algumas vezes, quando o Chefe de Estado percebe que a pessoa por ele escolhida não será aprovada pelo Senado, retira a indicação. No Brasil, ao contrário, até hoje o Senado somente rejeitou uma nomeação para o Supremo Tribunal Federal. Perdura até hoje uma hegemonia absoluta do Chefe de Estado no cumprimento dessa atribuição constitucional. Isso não significa que as pessoas nomeadas não estejam necessariamente à altura do cargo, mas que a sua escolha, sendo feita tão-só pelo Chefe de Estado, acaba por torná-lo objeto de pressões de toda sorte, em função de uma multiplicidade heterogênea de candidaturas informais. No que diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal, ocorre outra grave deficiência. A Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe, como objetivo precípuo, “a guarda da Constituição” (art. 102). Mas a consecução dessa finalidade maior é simplesmente obliterada pelo acúmulo de atribuições para julgar processos de puro interesse individual ou de grupos privados, sem nenhuma relevância constitucional. A nova Constituição, ao criar o Superior Tribunal de Justiça em posição igualmente sobranceira em relação ao conjunto dos tribunais da Justiça Federal e Estadual, deveria ter reservado à Corte Suprema apenas as causas de relevância constitucional; o que não fez. A fim de corrigir esses graves defeitos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, a presente proposta determina a sua transformação em uma autêntica Corte Constitucional, com ampliação do número de seus membros e redução de sua competência. O novo sistema de nomeação tornaria muito difícil, senão impossível, exercer com êxito alguma pressão em favor de determinada candidatura; além de estabelecer, já de início, uma seleção de candidatos segundo um presumível saber jurídico. A competência da Corte Constitucional seria limitada às causas que dissessem respeito diretamente à interpretação e aplicação da Lei Maior, transferindo-se todas as demais à competência do Superior Tribunal de Justiça<sup>233</sup>.

---

233 Vide prop\_mostrarintegra (camara.leg.br). Acesso em 21/01/2022.

Apesar de se concordar com boa parte das críticas apresentadas na “justificativa” da PEC 275/13, fato é que se revela pouco consistente a manutenção da sistemática da vitaliciedade no exercício da função de julgador de uma Corte que se pretenda Constitucional<sup>234</sup>. Isto porque, dado o protagonismo que tal entidade desempenha no cenário político-jurídico nacional, haveria que se questionar quanto à necessidade de limitação temporal do exercício dos mandatos de seus Ministros, como forma de controle da sua legitimidade democrática<sup>235</sup>.

Conforme noticiado acima, a proposta que aqui se faz é a de criação de uma Corte exclusivamente Constitucional para o Brasil<sup>236</sup>, circunstância que contornará as críticas acerca do indiscutível abarrotamento atual do STF, que tenderia a se agravar acaso concretizada a proposta de abertura da jurisdição constitucional concentrada à sociedade civil. Almeja-se garantir, em especial, uma efetiva guarda da Constituição a partir de uma Corte com dedicação exclusiva em refutar as eventuais inconstitucionalidades produzidas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, bem como robustecer a proteção dos direitos fundamentais de minorias vulneráveis.

---

234 A tradição da Europa continental é distinta. Os membros dos Tribunais Constitucionais europeus exercem mandatos por tempo certo, como é o caso de Portugal, Alemanha, Espanha e Itália para ficarmos apenas com alguns exemplos. O mandato nas corte alemã e na sul africana é de doze anos; na italiana e na espanhola, nove; na Colômbia e no Chile, oito anos; e em Portugal, seis anos. Maiores detalhes em Ministros do STF e a necessidade de um prazo de mandato - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 21/01/2022.

235 A Suprema Corte, no exercício da jurisdição constitucional, acaba operando em uma zona de interseção entre o Direito e a Política. A forma de julgamento de questões constitucionais no controle concentrado pode, em alguns casos, assemelhar-se mais a um processo de elaboração de leis do que de simples solução de disputas. Como aponta Gustavo Binbenojm, ao Supremo Tribunal Federal cabe “pronunciar a última palavra” sobre os conflitos institucionais do regime democrático, sendo certo que “suas decisões jurídicas não estão sujeitas a qualquer controle democrático posterior” (BINENBOJM, 2004, p. 49). Assim, é natural a pretensão de que tais decisões sejam submetidas a algum tipo de processo democrático de controle. Uma das formas legítimas de controle político da Suprema Corte, adotada por significativa parcela dos países europeus, é a temporalidade dos mandatos de seus Ministros. Maiores informações em Ministros do STF e a necessidade de um prazo de mandato - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 21/01/2022.

236 Entende-se mais adequado a criação de uma Corte específica fora da estrutura organizatória de quaisquer dos Poderes da República, e não como uma instituição integrante do Poder Judiciário. Critica-se, ainda, a ausência de previsão de um mandato fixo para os membros da Corte Constitucional. (Santos, 2021).

Tendo em conta que, como ocorre em outras nações, a essência de um Tribunal Constitucional é ser um poder independente, não subordinado a nenhum dos poderes da república, devendo figurar ao lado dos poderes constituídos, reconhece-se que deveriam ser mantidas intactas a existência dos demais poderes, que passariam a conviver ao lado de um Tribunal exclusivamente Constitucional autônomo e independente<sup>237</sup>.

Quanto ao número de integrantes do Tribunal Constitucional, divisão da composição e escolha dos membros, dado o grau de completude e detalhamento, adere-se à proposta de Cristian Patric de Sousa Santos (2021, p. 221 e seguintes) para quem

Entende-se como benéfica na composição de um Tribunal Constitucional a pulverização de sua nomeação pelos Poderes da República, de modo igualitário, sugerindo-se que 1/3 dos membros seja indicado pelo Presidente da República, como chefe do Poder Executivo, 1/3 indicado pelo próprio Congresso Nacional, e 1/3 por cada Poder - é prevista na formação da Corte Constitucional Italiana. (...). Entende-se, contudo, mais adequado uma composição ímpar do órgão, especialmente por conta da necessidade de obtenção de maiorias em seus julgamentos, garantindo-se a votação do Presidente da Corte em caso de desempates, como atualmente previsto no Regimento Interno do STF. Assim, resta a possibilidade de fixação de 9 ou 15 membros. Opta-se, aqui, pela composição da Corte Constitucional colombiana e equatoriana, de 9 membros, até mesmo por adotar, como parâmetro, o número fixado para os ministros do STF, não devendo a Corte Constitucional possuir uma composição maior do que a da Suprema Corte. A forma de composição - indicação e nomeação - seria, então, assim definida. 3 membros indicados pelo Congresso Nacional; e 3

---

237 Há quem vá além: “Com o devido respeito e acatamento a quem está acostumado a pensar em sentido contrário, penso que é chegado o momento de o Poder Constituinte Derivado, por meio do Congresso Nacional, criar um Tribunal (ou um Conselho) Constitucional Federal no Brasil, situando-o não no ápice do Poder Judiciário, ou no cume do Poder Legislativo, tampouco no zênite do Poder Executivo, mas acima dos Três Poderes Constituídos: um Tribunal, ou Conselho, Constitucional singular, talvez único no figurino institucional mundial, mas sob o qual orbitarão os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, competindo a esse futuro Tribunal Constitucional Federal (ou Conselho Constitucional Federal) exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, estando apenas submetido ao Poder Constituinte Derivado e, obviamente, ao Poder Constituinte Originário, se um dia houver a eventual convocação, mediante plebiscito ou referendo, de uma nova Assembleia Nacional Constituinte”. Mais informações: A necessidade e a possibilidade de criação de um Tribunal Constitucional Federal no Brasil - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 24/01/2022.

membros indicados pelo Poder Judiciário. Os membros indicados pelo Congresso Nacional e pelo Poder Judiciário seriam também nomeados pelo Presidente da República, como ato meramente formal, não sendo possibilitada ao Chefe do Poder Executivo federal a vedação dos nomes escolhidos pelos outros poderes, assim como ocorre com o Tribunal Constitucional Federal alemão. A escolha dos membros deveria recair sobre cidadãos que possuísem as seguintes características: ser brasileiro nato, possuir entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo, assim, os mesmos requisitos da composição do Supremo Tribunal Federal atualmente previstos. Reconhece-se o alto grau de subjetividade da locução “notável saber jurídico”, sugerindo-se, aqui, um critério objetivo complementar para a sua configuração: o exercício de atividade jurídica por, ao menos, 10 anos, o que abarcaria, na contagem total, o exercício de atividade acadêmica. Acerca da reputação ilibada, deve-se reconhecer como requisito objetivo mínimo a mesma disciplina prevista na formação da Corte Constitucional chilena, que é não possuir os impedimentos que o inabilite para o desempenho da judicatura.

Quanto as garantias e vedações aos membros da Corte Constitucional seriam as mesmas estabelecidas aos membros do Poder Judiciário, excepcionando-se a garantia da vitaliciedade, uma vez que seria fixado mandato<sup>238</sup>. No particular, entende-se razoável e proporcional a fixação de 08 (oito) anos<sup>239</sup>, sem direito a recondução, a fim de se assegurar pra-

---

238 A temporalidade de mandato já foi defendida inclusive no âmbito do STF. Veja-se: claro que a temporalidade dos mandatos não se confunde, nem esgota, o princípio republicano, o qual envolve um conceito mais amplo. Contudo, ela é um dos elementos caracterizadores da República, sendo um princípio derivado da adoção desta forma de governo. Sua função é garantir que, de tempos em tempos, sejam verificados quais são os interesses da maioria (CRUZ, 2009, p. 92). Neste contexto, Walber Agra afirma que para que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se transforme verdadeiramente em um Tribunal Constitucional, haveria que se modificar a forma de nomeação de seus ministros. Entre tais mudanças, indica o autor a necessidade de se estabelecer a temporalidade de seus mandatos, com mandatos fixos, sem a possibilidade de reeleição (AGRA, 2006, p. 272). Mais informações em Ministros do STF e a necessidade de um prazo de mandato - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 25/01/2022.

239 Luís Carlos Martins também defende a existência de um mandato para ministro de 8 anos, sem direito a nova recondução (MARTINS JUNIOR, 2012, p. 1). Mais detalhes: Ministros do STF e a necessidade de um prazo de mandato - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 25/01/2022.

zo similar ao mandato de senador<sup>240</sup>. O limite máximo para ingresso no órgão seria de 65 (sessenta e cinco anos) com a idade de aposentadoria compulsória atualmente prevista, que é 75 anos<sup>241</sup>.

Quanto a competência, segue-se novamente a sugestão de Cristian Patric de Sousa Santos (2021, p. 224):

Acerca das competências, seria assim estabelecido: o processamento e julgamento, originariamente, da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão; julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, inclusive daquele por violação à direito fundamental; e julgamento em grau de recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Acerca do recurso extraordinário mantém-se, então, praticamente intactas as hipóteses atualmente estabelecidas no art. 102, III, da CF/88, excepcionando-se, apenas, a questão prevista na alínea d, que trata de decisão que julgue válida lei local contestada em face de lei federal. Neste caso, remanesceria competência do STF, que continuaria exercendo a função de último grau de jurisdição no Poder Judiciário. Frise-se que, para a interposição do Recurso Extraordinário, seria mantida a exigência de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais.

Eis modelo aqui delineado para a implantação de uma Corte de matriz exclusivamente Constitucional no Brasil. Crê-se que a proposta aqui apresentada possui as seguintes vantagens: 1) ampliar-se-ia o canal

---

240 De acordo com Diego Werneck Arguelles, professor da Escola de Direito da FGV-Rio, há pessoas descontentes com a vitaliciedade dos justices norte-americanos. As críticas vêm da constatação de que, pela importância da Suprema Corte, um presidente pode enviar para lá alguém muito jovem, que vai ficar por muito tempo influenciando o tribunal. Além disso, a longevidade excessiva dos ministros faz com que eles tenham de julgar situações atuais que nem existiam quando foram nomeados. Sem falar que isso pode quebrar a assimetria de poderes entre presidentes [dos partidos Republicano e Democrata], pois o ministro pode escolher qual a melhor hora para se aposentar voluntariamente, permitindo que o presidente nomeie um sucessor para a Corte que seja alinhado ideologicamente ao seu partido, perpetuando a mesma orientação política e influência sobre a jurisprudência constitucional por mais 20 ou 30 anos”, observa. Mais informações: Os diferentes modelos de Suprema Corte ao redor do mundo (gazetadopovo.com.br). Acesso em 25/01/2022.

241 Mais detalhes: A Reforma da Previdência mudou a idade da aposentadoria compulsória? (jornaljurid.com.br). Acesso em 26/06/2022.

de comunicação entre a sociedade civil (dimensão cidadã coletiva) e a jurisdição constitucional concentrada para permitir, a partir de uma maior permeabilidade de acesso a grupos historicamente marginalizados (minorias vulneráveis), que iriam contribuir para maior promoção de defesa de direitos fundamentais; 2) ao mesmo tempo, evitar-se-ia sobrecarga de trabalho no STF, uma vez que o quantitativo maior de demandas, neste particular, seria direcionado a uma Corte preparada e vocacionada para o exercício exclusivo da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade de atos normativos e proteção do núcleo duro da Carta Magna, relativamente aos direitos fundamentais)<sup>242</sup>.

Além disso, uma Corte desta índole, em território nacional, muito mais do que os órgãos jurisdicionais ordinários, pelas amplas consequências de suas decisões<sup>243</sup>, permitirá alargar o espaço de discussão pública (deliberação cívica) e, conseqüentemente, intensificará a sua influência, em termos de concretização de políticas públicas viabilizadoras de direitos fundamentais, no processo decisório dos demais Poderes da república<sup>244</sup>.

---

242 Alguns outros benefícios mencionadas pela doutrina: (a) evitar que um governo detentor de uma maioria ocasional seja capaz de alterar decisões tomadas por uma maioria anterior; (b) evitar que representantes eleitos, agindo de maneira imediatista, ameacem direitos constitucionais em nome de uma vitória nas próximas eleições; (c) evitar que representantes eleitos influenciem o processo eleitoral de maneira a garantir sua perpetuação no poder; (d) evitar que maiorias políticas oprimam minorias, as quais são incapazes, por definição, de garantirem seus interesses em um processo político majoritário. Mais detalhes: ConJur - Quais funções um Tribunal Constitucional deve desempenhar?. Acesso em 25/01/2022.

243 O exercício da jurisdição constitucional não pode ser equiparado a um simples julgamento judicial. A jurisdição constitucional é um processo decisório de caráter político. Quando uma Corte Constitucional decide sobre um tema constitucional, em caráter erga omnes, suas decisões estão mais próximas a um processo de elaboração de normas do que de resolução de disputas. Por exemplo, a introdução, no Brasil, de institutos como a repercussão geral e a súmula vinculante tornou o controle constitucional mais objetivo, aproximando a atuação da Suprema Corte do modelo europeu. Ver mais: Ministros do STF e a necessidade de um prazo de mandato - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 25/01/2022.

244 Vide a realidade promovida pela Corte Constitucional Colombiana, conforme já exposto em passagem anterior deste trabalho.

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece não haver margem a dúvida que a vivência democrática exige um reinventar ininterrupto, seja porque a sociedade muda incessantemente, seja porque o atuar humano, no sentido de construir e fazer política, é de flexibilidade tamanha que o mundo ocidental não conseguiu (e não conseguirá) estabelecer limites fixos de governabilidade. Basta verificar que as experimentações vão desde a democracia ateniense até a teocracia, circunstância que bem demonstra a variedade de sistemas de organização política.

A democracia continua sendo o sistema que melhor permite ao ser humano explorar as suas potencialidades positivas<sup>245</sup>, ainda que majoritariamente sob a faceta de democracia representativa<sup>246</sup>. Dentro deste espectro, após toda a análise acima desenvolvida, apesar do indiscutível enfraquecimento e sinais de séria fadiga, especialmente pela ocorrência de fenômenos como a oligarquização partidária e a juristocracia, chega-se à conclusão de que a democracia representativa e participativa ainda não se esgotaram e podem servir de ferramenta para que a sociedade civil continue na busca do bem comum.

Neste trabalho, foi visto que, no Brasil, parte considerável das questões políticas relevantes e sensíveis é judicializada, em paralelo a atrofia institucional dos Poderes Executivo e Legislativo, em matéria de políticas públicas que objetivem consolidar direitos fundamentais. Assim, buscou-se comprovar que há, atualmente, no Brasil, recrudescimen-

---

245 São conhecidas as palavras proferidas por Winston Churchill, na Câmara dos Comuns, em 11 de novembro de 1947: “A democracia é a pior forma de governo, à exceção de todos os outros já experimentados ao longo da história”. Maiores informações em: <<http://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/viriato-soromenho-marques/interior/churchill-tem-razao-3823254.html>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

246 Em que pese a indiscutível importância dos partidos políticos para o exercício da democracia representativa, a crise partitocrática existente no seio dos Poderes Executivo e Legislativo nacional comprova que o sistema partidário e eleitoral brasileiro estão deteriorados, refletindo suas enormes distorções e imperfeições na forma de crises cíclicas que colocam, cada vez mais, a imagem dos agentes políticos em um patamar de grande descrédito perante a opinião pública. Conforme visto, as agremiações partidárias demonstram não representar os verdadeiros interesses em jogo no interior da sociedade brasileira e precisam ser reestruturadas com urgência.

to do fenômeno juristocrático, em realidade na qual o órgão judicial, especialmente o STF, acaba por dominar o sentido indeterminado dos textos normativos, especialmente a Constituição Federal, substituindo-se, em certa medida, às instituições formais que historicamente exerceram esta função.

Objetivou-se demonstrar, ainda, que o fenômeno da juristocracia provoca, em território nacional, graves tensionamentos institucionais entre os Poderes formais. Demais disso, observa-se, ainda, descolamento das pretensões dos partidos políticos e de seus integrantes frente ao que intenciona a sociedade civil e disfuncionalidades institucionais dos poderes da república, no exercício das suas atribuições constitucionais. Como consequência derradeira, há o desaguamento e discussão de temáticas sociais, econômicas e políticas em campo historicamente não vocacionado para responder a demandas de natureza hiper complexa<sup>247</sup>.

Não bastasse a constatação dos desajustes institucionais entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, restou evidenciado que o modelo atual de atuação do Supremo Tribunal Federal revela-se muito pouco poroso à participação da sociedade civil, seja como legitimada ativa, “amiga da corte”, etc., nas discussões constitucionais, em sede abstrata ou concreta, que digam respeito à concretização de políticas públicas de natureza hiper complexa e de interesse geral, notadamente de minorias vulneráveis. Isto porque, diversos filtros de cunho político, jurisprudencial e institucional criam uma rede de impermeabilização, cuja malha só autoriza, em regra, a entrada de interesses corporativos e de elites políticas e econômicas.

Tal circunstância atraiu a necessidade de, ao longo desta pesquisa científica, se proceder análise crítica acerca da viabilidade jurídica de se implementar mecanismos formais e informais que permitissem maior participação da sociedade civil no seio da esfera judicial<sup>248</sup>, desde o exercício de hermenêutica ampliativa do art. 103, IX da CF/88, perpassando pela adoção teórica dos diálogos constitucionais e institucionais, até a incorporação das alternativas ofertadas pelo constitucionalismo popular e pelo constitucionalismo democrático.

Seguindo vertente transconstitucional criadora de pontes de transição, realizou-se pesquisa no Direito Comparado, colhendo-se da

---

247 Como restou explorado em passagem deste trabalho que tratou do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI – e da ADPF 347/2015.

248 Ou de organismo que exercite a função de Corte Constitucional.

experiência colombiana fonte paradigmática que se mostrou apta a permitir a elaboração teórica de uma proposta de criação, no Brasil, de uma Corte exclusivamente Constitucional, vocacionada para a defesa dos direitos fundamentais, apta e organicamente preparada a exercitar ativismo adequado, em sintonia dialógica com os demais Poderes da república.

A legitimidade representativa e participativa do regime político-democrático se assenta não só na consagração dos direitos das majorias, mas, também, no resguardo dos interesses das minorias, sendo certo perceber que, muitas vezes, a conciliação de ambos, na busca de um ponto de equilíbrio, não é tarefa fácil e exige profunda e exaustiva deliberação cívica coletiva, seja no âmbito parlamentar, seja na esfera judicial.

Do contrário, o que se vivenciará é o continuísmo de uma realidade política, jurídica e social que favorece apenas a interesses de pequenos grupos dominantes. Tal força centrípeta ganha sua moldura final em uma ideologia que contribui para um reduzido índice de participação cívica e deliberativa dos cidadãos brasileiros<sup>249</sup>. Sob esse aspecto, é indispensável a necessidade de reformas formais (institucionais e normativas) e informais (sociológica e política), inclusive, com o escopo de que não se perpetue uma oligarquização partidária ou judiciária.

As manifestações populares ocorridas nos anos recentes indicam que a sociedade civil tem a convicção de que os agentes políticos e judiciais muitas vezes não representam adequadamente os seus interesses<sup>250</sup>. A manutenção desse *status quo* interessa a um número reduzidíssimo de pessoas<sup>251</sup>, que dele se beneficia em detrimento da imensa maioria, e, por

---

249 A pesquisa A Cara da Democracia no Brasil, realizada em março de 2018 pelo Instituto da Democracia, mostra um baixo nível de confiança dos brasileiros nos partidos políticos – patamar mais baixo desde 2006. O Survey também mostra que a simpatia pelas agremiações políticas se encontram no nível mais baixo desde 2008. De acordo com a pesquisa, 77,8% dos entrevistados afirmaram não ter “nenhuma confiança” nos partidos políticos e apenas 1,1% dos eleitores declararam “confiar muito” nessas instituições. Para os autores, essas porcentagens traduzem o maior nível de desconfiança com relação às legendas brasileiras desde 2006, quando há dados para comparação sistemática. Mais informações: Confiança nos partidos políticos (institutodademocracia.org). Acesso em 25/01/2022.

250 A confiança dos brasileiro nas instituições públicas sofreu uma queda generalizada desde julho de 2019. Mais detalhes: Cresce a desconfiança nas instituições no Brasil – DW – 25/09/2021. Acesso em 26/06/2022.

251 No Brasil, os 5% mais ricos detêm 28% da renda total e da riqueza, sendo que o 1% dos declarantes mais ricos acumulam 14% da renda e 15% da riqueza. E os 0,1% mais ricos detêm 6% da riqueza declarada e da renda total. Maiores informações

isso mesmo, sua alteração, por mais trabalhosa que seja, deve ser realizada, ainda que se tenha a plena consciência de que não exista medida milagrosa e simples.

Somente com a combinação de medidas normativas, teóricas e institucionais, inclusive advindas de ordenamento jurídico estrangeiro, a exemplo das retratadas ao longo desta investigação científica, é que se poderá fazer frente a essa monocultura política e jurídica, de sorte a concretizar nítido controle e fiscalização sobre a atuação dos agentes políticos e judiciais, bem como sobre os interesses que estes afirmam defender, dentro dos seus respectivos espectros de atribuição.

Procurou-se demonstrar, por fim, ao longo deste estudo, que as ideias mais bem construídas são frutos da deliberação, do diálogo e do debate que incluam o cidadão, em sua dimensão coletiva, não se limitando a um ideário solipsista. Crê-se, portanto, que é preferível deixar que as verdadeiras soluções resultem de um processo público (deliberação cívica) e institucional com as manifestações de todos os atores (*players*) envolvidos.

Afinal, no trato da coisa pública, onde os interesses devem ser de muitos, e não de poucos ou de um só, a confiança que não se conquista, resgata-se!

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio H. **O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. In: Dados 31(1), 1988.

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

ÁLVAREZ, Elviro Aranda. Poder Democrático y Derechos en una Sociedad en Crisis. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Org.). **La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política**. Ed. Comares, 2014.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **A escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3442, 3 dez. 2012 .

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá: 2004.

ARDANT, Philippe. **Institutions politiques & Droit Constitutionnel**. 8ª ed. L.G.D.J: 1996.

ARENHART, Sergio Cruz (org.) et al. **Processos Estruturais**. 3ª ed. Salvador. JusPodivm, 2021.

ÁRGILÉS, Ramon Adell. El Poder de los Contrapoderes. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Org.). **La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política**. Ed. Comares, 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARISTÓTELES. **Política**. 3 ed. - Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ARRIAGA, Manuel. **Reinventar a democracia**. Ed. Manuscrito, 2015.

ARRIBAS, Brais. **Pós-modernidade – Jean-François Lyotard e Gianni Vattimo**. São Paulo: Editora Salvat, 2015.

AUGRAS, Monique. À procura do conceito de opinião pública. In: \_\_\_\_\_ **Opinião pública: teoria e processo**. Petrópolis: Vozes, 1970. Cap. I, p. 11.

AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. Campinas: **Opinião Pública**, v. 14, n. 1, 2008.

\_\_\_\_\_, Leonardo. **Teoria democrática, esfera pública e participação local**. Porto Alegre: Dossiê Sociologia, 1999.

\_\_\_\_\_, Leonardo. Sociedade Civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. Campinas: **Opinião Pública**, v. 18, n. 2, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942.

BARRETO, Ireneu Cabral. **Os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos**. III Anuário Brasileiro de Direito Internacional. V.1. s.d.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. In: VIEIRA, Oscar Vilhena (Org). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. in A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.35.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4 ed.rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica). Acesso em 04 mar. 2021.

BEMVENUTO, Jayme. **Perspectiva Comparada da Proteção dos Direitos Humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o Princípio da Indivisibilidade**. Revista Cejil. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Ano I, Número 2, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo (coords.). **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Brasília: UnB, 2014,

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17652

BOBBIO, Luigi. Democracia y nuevas formas de participación. In: PAZÉ, Michelangelo Bovero y Valentina (Org.). **La democracia en nueve lecciones**. Editora Trotta, 2009.

BOBBIO, P. Sobre o estado –  **cursos no collège de France**.1 ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: UnB, 1998.

BOBBIO, N; MATTEUCCI, Y; PASQUINO, G., **Dizionario di politica** (1976), Turín: UTET, 2004.

BOÉTIE, Étienne de la. **Discurso da servidão voluntária**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. – São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_, Paulo. **Reflexões: Política e Direito**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BOVERO, Michelangelo. ¿Crepúsculo de la democracia? In: PAZÉ, Michelangelo Bovero y Valentina (Org.). **La democracia en nueve lecciones**. Editora Trotta, 2014.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. 7 v., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949-1957.

BURKE, Edmund. **Trougths on the Case of the Present Discontents**. The works of Edmund Burke. New York, 1860.

BLUNTSCHLI, J. C. **Deutsches Staats-Woerterbuch**. Stuttgart-Leipzig, 1862.

BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador. JusPodivm, 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAGGIANO, Mônica Hérman Salem. **Oposição na Política: propostas para uma rearquitetura da democracia**. São Paulo: Angelotti, 1995.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2ª ed. Salvador. JusPodivm, 2019.

CHILD, H. L.. **By public opinon I mean**. The Public Opinion Quartely, v. 3, 1939.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Fabris editor, 1999.

CARRACEDO, José Rubio. **Teoría crítica de la ciudadanía democrática**. Editora Trotta, 2007.

CASQUETE, Jesús. **El poder de la calle: ensayos sobre acción colectiva**. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **O conceito de sociedade em antropologia: um sobrevôo**. Ed. Teoria e Sociedade, 2000.

CEPEDA-ESPINOSA, M. J. **Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court**. Washington University Global Studies Law Review, v. 3, n. 4, 2004.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 7ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DA VIÁ, Sarah Chucid. **Opinião pública: técnica de formação e problemas de controle**. São Paulo: Loyola, 1983, p. 58

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Ministério Público como Instituição Essencial à Justiça. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESPIÑEIRA, Maria Victória. **Democracia, Movimentos Sociais e Nivelamento Intelectual: considerações sobre a ampliação da participação política**. Salvador: Caderno CRH, v. 21, n. 54, 2008.

\_\_\_\_\_, Maria Victória. O mosaico das contestações recentes no Brasil (2013-2015): vozes difusas e inimigos diversos. In: SOUZA, Cláudio André de; NETO,

Jaime Barreiros (Orgs.). **#Democraciabr: o momento político atual**. Ed. Juspodivm, 2015.

FINER, H. **Theory and Practice of Modern Government**. London, Methuen, 1956.

FINGER, Júlio Cesar. O Ministério Público Pós-88 e a Efetivação do Estado Democrático de Direito: Podemos Comemorar? In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis, Vozes, 1997.

GADOTTI, Giselle Araujo. **DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANS-CONSTITUCIONALISMO: considerações sobre o(s) sentido(s) do constitucionalismo na contemporaneidade com especial referência aos direitos fundamentais**. 2013. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

GARAVITO, César Rodríguez. **El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales**. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Buenos Aires, v. 14, n. 2, p. 1-27, dez. 2013.

GOGUEL, F. **Politique**. 1947.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. v. 3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 349.

\_\_\_\_\_, Antonio. **Cadernos do cárcere**. v.1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 420

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e proce-**

**dimental da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2003.

\_\_\_\_\_, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** Lisboa: Dom Quixote, 1990b.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Petrópolis, Vozes, 1988, I.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

HESSEL, Stéphane. **Engagez-vous!** Paris: Laube, 2015.

HIRSCH, Fábio Perianandro de Almeida. **Supremo Tribunal Federal do Brasil: natureza jurídica.** Salvador: Editora Direito Levado a sério, 2020.

HOROWITZ, Donald L. **The courts and social policy.** Washington D.C., The brookings Institutions, 1977.

HUME, David. **Essays, Moral, Political and Literary.** London, Longman, Green & Co., 1875.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos Como Tribunal Constitucional.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2020.

LEGALE, Siddharta. ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Direitos Humanos na Prática Interamericana.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2019.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LINERA, Miguel Ángel Presno Linera. La Democracia Directa y La Falacia de sus Riesgos. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez (Org.). **La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política**. Ed. Comares, 2014

LINZ, Juan J. **La quiebra de las democracias**. Ed. Alianza Editorial, 1996.

LÓPEZ, Enrique Guillén. Las Enseñanzas del 15-M (El Léxico Constitucional Frente a la Crisis de Legitimidad). In: GUTIÉRREZ Ignacio Gutiérrez (Org.). **La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política**. Ed. Comares, 2014.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: trabalho de conclusão de curso, dissertações e teses**. 5ed. Salvador: EDUFBA, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MANIN, Bernard. **A democracia do público reconsiderada**. Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo, n. 97, p. 115-127, nov. 2013.

MANZANO, Rodrigo dos Santos. **Ciência e vida - Filosofia**. Editora Escala, 2012.

MATOS, Monique Fernandes Santos. **Direito Internacional Social: Análise das Decisões das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba. Juruá, 2015.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (organizadora); DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu. **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. 33. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

MOISÉS, J. A.; MENEGUELLO, R. (orgs). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Reforma política do Estado e democratização**. RT, Rio de Janeiro – RJ, ano 89, v. 776, p. 34-59, jun., 2000.

MOREIRA, THIAGO OLIVEIRA MOREIRA. **Perspectivas para um Transconstitucionalismo Interamericano dos Direitos Humanos**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, [s. l.], v. 48, n. 2, p. 229–263, 2020.

MOSCA, GAETANO. **La classe politica**. Roma: Editora Laterza, 1994.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à História dos Partidos Políticos Brasileiros**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

NETO, Jaime Barreiros. **Fidelidade Partidária**. Faculdade Baiana de Direito, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª ed. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2009.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

NORONHA, Laécio. O conceito contemporâneo de partido político. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, Fortaleza, n. 9, p. 35-58, jun. 1996.

NORRIS, Pipa (org.). **Critical citizens: global support for democratic governance**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal, Entre a Impermeabilidade Constitucional e os Diálogos com a Cidadania**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2020.

OLICSHEVIS, Giovana. Mídia e opinião pública. **Revista Vernáculo**, n. 17 e 18, 2006.

OST, François. “Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge”. In: BOURETZ, Pierre (orgs), **La force du droit**, Paris, Esprit, 1991.

PALOP, Andrés Boix. La organización de los contrapoderes: sobre las (limitadas) posibilidades de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos en el modelo constitucional español. In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez

(Org.). **La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política**. Ed. Comares, 2014.

PASQUINO, Gianfranco. Democracia, elecciones, partidos. In: PAZÉ, Michelangelo Bovero y Valentina (Org.). **La democracia en nueve lecciones**. Editora Trotta, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 3, Forense, Rio, 1990.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Estado, sociedade civil e legitimidade democrática**. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 36, 1995.

RANGEL, Tauã Lima Verdan Rangel. **A proteção constitucional das minorias à luz do posicionamento contramajoritário do STF: direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2017.

RESTREPO, Ricardo Sanin. **Teoria Crítica Constitucional – La democracia a la enésima potencia**. Editora Tirant lo Blanch, 2014.

RIBEIRO, Flávia. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia e conflitos. **Filosofia, ciência & vida**. São Paulo, ano VIII, 97, p. 82, agosto 2014.

RITT, Eduardo. O Ministério Público Brasileiro e sua Natureza Jurídica: uma instituição com Identidade Própria. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROMÃO, Wagner de Melo. Entre a construção da democracia e a política em risco: sociedade civil e manifestações no Brasil recente. In: SOUZA, Cláudio André de; NETO, Jaime Barreiros (Orgs.). **#Democraciabr: o momento político atual**. Ed. Juspodivm, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Ensaio sobre a origem das línguas (Os Pensadores, vol. 1)**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

\_\_\_\_\_. **Do contrato social ou princípios do Direito Político**. Tradução: Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2002.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2018.

SAIT, E. M. **American parties and elections**. 1927.

SANDES-FREITAS, Vítor Eduardo Veras de. Democracia, Estado e Sociedade Civil: reflexões para a compreensão da nova dinâmica de construção do debate político no Brasil. In: SOUZA, Cláudio André de; NETO, Jaime Barreiros Neto (Orgs.). **#DemocraciaBR: o momento político atual**. Ed. Juspodivm, 2015.

Santos, Cristian Patric de Sousa. **Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias: propostas de abertura da jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir da experiência colombiana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405.

SARTORI, Giovanni. **La democracia en treinta lecciones**. Editora Taurus, 2009.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Estrutural**. Brasília, DF. Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. **As minorias sociais e o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito GV, São Paulo, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O DISCURSO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: uma proposta de concretização do**

**direito justo no pós-positivismo brasileiro.** 2008. 277 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

SUNSTEIN, Cass (2006). **Stanford Law Review**, Volume 58, Issue 6 - April 2006, Problems with Minimalism.

SCHATTASCHNEIDER, E. E. **Party Government.** New York, 1942.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação.** São Paulo: Ed Unesp, 2005.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo y democracia.** Madrid: Aguilar, 1968.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Editora Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Cleber de Deus Pereira da; EPITÁCIO, Sara. **Confiança institucional em sistema partidário cartelizado: as razões da abstenção eleitoral no Brasil.** Revista Eleições Cidadania. Ano 4, n. 4, jan./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pi-jurisprudencia-revista-eleicoes-cidadania-vol-4>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

SOUZA, José Pedro Galvão de. **La representación política.** Ed. Marcial Pons, 2011.

TAYLOR, John. **An Inquiry into the Principles and Policy of the Government of the Unites States,** Fredericksburg, Green & Cady. 1914.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil.** Porto Alegre: L&PM, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo popular: modelos e críticas.** Curitiba, vol. 5, n. 3. P. 277-302, set./dez. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VITÓRIO, Teoldina Batista Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

WALINE, Marcel. **Les partis contre la République**. Paris: Rousseau et Cie., 1948.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. 5 ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2015.

WEBER, Max. **Staatssoziologie**. Berlim: J. Winckelmann, 1956.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Constitucionalismo Democrático, Backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-MARIANNA-WILLEMANN.pdf>>.

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

## POSFÁCIO

É difícil descrever o meu júbilo ao ter sido convidado para escrever o posfácio do livro intitulado “Da Juristocracia à Ampliação do Acesso Jurisdicional à Sociedade Civil e o Prelúdio para uma Corte Constitucional Brasileira: a Experiência da Corte Constitucional Colombiana em Perspectiva” do Professor e Promotor de Justiça, Dr. Marco Aurélio Nascimento Amado. Afirmo isso não só pela qualidade dessa obra e da crescente produção acadêmica do Autor, mas também pelos profundos laços de amizade e de admiração que nos unem há anos.

A presente obra – fruto profícuo do Programa de Pós-Doutorado da Universidade Federal da Bahia, sob supervisão do eminente Professor Dirley da Cunha Júnior – é o ponto culminante de longos anos de pesquisas do Autor nos campos do Direito Constitucional e da Ciência Política, realizadas em universidades respeitadas no Brasil e no exterior.

A partir do diagnóstico da crise da democracia representativa e do surgimento de fenômenos político-institucionais deletérios como a *Partitocracia* e a *Juristocracia*, estudados em obras anteriores, o Autor aborda um dos dilemas mais intrincados do Direito Constitucional e da Ciência Política nas últimas décadas: o ativismo judicial.

Como se sabe, tanto na academia, como na jurisprudência, há ardorosos defensores do ativismo judicial, ou seja, do alargamento da atuação do Poder Judiciário, em especial dos seus órgãos de cúpula, em detrimento das competências dos demais poderes considerados omissos e/ou violadores de direitos pelos tribunais, com o fito de efetivar a Constituição. Por outro lado, não faltam críticos do ativismo, sob o argumento primordial da suposta falta de legitimidade popular das Cortes.

Na presente obra, o Autor trata dessa questão nevrálgica com muita propriedade ao assentar que o ativismo não é um mal em si, ao revés, é algo, muitas vezes, necessário, mormente no Brasil, historicamente permeado pelas injustiças sociais que atingem a maior parte da população – muitas delas provenientes do próprio Estado, por ação e/ou omissão - e que tem uma Constituição em busca de efetividade. De fato, a nossa Carta Magna não só resgatou a democracia após uma longa ditadura

militar, mas também trouxe um inegável cunho progressista ao se colocar como instrumento de promoção de avanços sociais e econômicos.

Porém, o Autor critica acertadamente o modelo de ativismo que vem sendo promovido pelo Supremo Tribunal Federal, pois muitas decisões fundamentais adotadas pela Corte são tomadas de forma solipsista, não raramente por meio de decisões monocráticas e desconectadas da vontade popular. No atual quadro político-institucional, os tensionamentos entre o STF, de um lado, e o Poder Executivo e o Poder Legislativo de outro, são mais frequentes do que o aceitável, as decisões judiciais tendem a ter pouca efetividade e se verifica, ainda, um alijamento do povo do processo político decisório.

Sem embargo desse necessário diagnóstico, o livro tem também um cunho propositivo, pois Marco Aurélio esclarece que o ativismo judicial deve ser realizado por meio de instrumentos normativos e práticas dialógicas com outras instituições e, principalmente, com o povo, de onde emana todo o poder (art. 1º, parágrafo único, da CF/88), o que nos levaria à democracia participativa.

Nessa linha de intelecção, o presente trabalho inova ao estudar, de forma comparada, o modelo da Corte Constitucional Colombiana, reconhecida como órgão judicial conectado à sociedade e que adota práticas muito importantes, as quais são viáveis em *terrae brasilis*, com as devidas adaptações, devido às semelhanças sociais e econômicas com aquele país.

Trata-se, indubitavelmente, de obra atualíssima e relevante que contribui para um profundo repensar do arquétipo atualmente vigente na nossa Suprema Corte, de forma a viabilizar, como numa inflexão, a sua aproximação da sociedade e, enfim, reforçar a sua legitimidade democrática.

**Jader Santos Alves**

**Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania  
pela Universidade Federal da Bahia**

**Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia**

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA

PROVA VIRTUAL EDITORA DIALÉTICA



**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)