

AS FUNÇÕES REPRESENTATIVA E ILUMINISTA COMO FETICHE DO CONCEITO: UMA CRÍTICA ÀS TESES DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO SOBRE O PAPEL DO STF

REPRESENTATIVE AND ENLIGHTENED ROLES OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT AS CONCEPTUAL FETISHISM: A CRITIQUE OF JUSTICE LUÍS ROBERTO BARROSO

Carlos David Carneiro¹
UERJ

RESUMO

O presente artigo consiste em uma investigação doutrinária advinda do seguinte problema: haveria sustentação conceitual, normativa e institucional para a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal assume ou deveria assumir funções majoritárias ou iluministas, tais quais propostas pelo Ministro Luís Roberto Barroso? Trata-se, nesse sentido, de um estudo teórico, de caráter dogmático-critico, cujo objetivo é desenvolver uma análise crítica das funções mencionadas. No que se segue, defende-se que essas funções, tal como formuladas por Barroso, carecem de pressupostos coerentes e propriedades internas suficientemente robustas a ponto de configurarem novas funções para as cortes constitucionais, de maneira geral, e ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, de maneira particular, representando um exemplo do que se pode chamar de “fetichismo do conceito”.

Palavras-chave: conceito; fetichismo; iluminista; representativa; STF.

ABSTRACT

This article presents a theoretical investigation derived from the following research problem: is there conceptual, normative, and institutional support for the claim that the Brazilian Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) assumes—or ought to assume—majoritarian or enlightened functions, as proposed by Justice Luís Roberto Barroso? It is, therefore, a theoretical study of a dogmatic-critical nature, whose objective is to develop a critical analysis of the aforementioned functions. The article argues that these functions, as formulated by Barroso, lack coherent presuppositions and internally consistent structures that would allow them to constitute new roles for constitutional courts in general and for the Brazilian Federal Supreme Court in particular. As such, they exemplify what may be called a “fetishism of the concept”..

Keywords:concept; fetishism; enlightened; representative; Brazilian Supreme Court.

¹ Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ, foi pesquisador visitante da Harvard Law School. Atualmente é Consultor Legislativo na Câmara dos Deputados.



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo que o leitor tem em mãos apresenta uma investigação doutrinária advinda do seguinte problema: haveria sustentação conceitual, normativa e institucional para afirmação de que o Supremo Tribunal Federal assume ou deveria assumir funções majoritárias ou iluministas, tais quais propostas pelo Ministro Luís Roberto Barroso? Nesse sentido, tratando-se de um estudo teórico, de caráter dogmático-crítico, o objetivo é desenvolver uma análise crítica das funções mencionadas. No que se segue, defende-se que essas funções, tais quais apresentadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso², carecem de pressupostos coerentes e propriedades internas robustas a ponto de configurarem novas funções para as cortes constitucionais, de maneira geral, e ao Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, de maneira particular, representando um exemplo do que se pode chamar de “fetichismo do conceito”.

Em se tratando, como assinalado, de um trabalho de natureza teórica, os meios enfrentá-lo, ou sua metodologia, de acordo com o problema em tela, consistiram basicamente na confrontação argumentativa de uma tese jurídica postulada no debate público e na formulação de posições acerca de propriedades dessa tese e de uma certa prática jurídica, o que alguns chamariam, respectivamente de uma investigação de questão jurídica controvertida³ e de uma dogmática crítica da doutrina confrontada.

A “aplicação” dessa metodologia, observa aqui um certo percurso. Ela, parte do que se pode chamar de crítica da “sociologia dos poderes” elaborada pelo Ministro Barroso. Em seguida, são analisadas as próprias vantagens institucionais que tornariam, em tese, o

² Tais quais apresentadas porque não descarto a possibilidade de que teses que apresentam as cortes constitucionais como tendo funções “representativas” possam ser atraentes em seus próprios contextos. A título de exemplo, pode-se defender, a despeito do mérito do argumento, em uma formulação que remonta ao menos a Hamilton e seu “O Federalista Nº 78”, que os tribunais constitucionais podem ser concebidos como uma instância intermediária entre o povo e a legislatura, “com o intuito de, dentre outras coisas, manter esta última dentro dos limites traçados para sua autoridade” (Hamilton; Madison; Jay, 2011, p. 685). Ao se manifestar, nesse sentido, em nome do povo, segundo as variações desse argumento, a corte constitucional exerceria aqui um papel “representativo”. Além disso, não pretendo disputar, apesar de tentar de alguma forma circunscrever este argumento à sua possível dimensão de constatação empírica, que de fato haja coincidência conjuntural entre decisões das cortes constitucionais e as opiniões da maioria do público, o que não implica, imediatamente, em alguma assunção normativa, do que as cortes efetivamente deveriam fazer a partir daí. Esta discussão, aliás, será retomada adiante.

³ GROSS, Clarissa Piterman. Como responder cientificamente a uma questão jurídica controvertida. In: MAFEI, Rafael; FEFERBAUM, Marina (Org.). Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2021.



judiciário mais vocacionado à representação e ao iluminismo. Por fim, procura-se desenvolver uma crítica interna às funções majoritária e iluminista.

A referência principal para as críticas aqui desenvolvidas serão as formulações acerca destas teses contidas do texto “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”⁴. Eventualmente, recorre-se também a textos anteriores que compõem a mesma discussão.

Até onde se sabe, a expressão “fetichismo do conceito”, que se procura aqui desenvolver, já foi utilizada por Luís de Gusmão para criticar a substituição da investigação empírica das causas de determinado fenômeno social por ilações dedutivistas a partir de conteúdos conceituais⁵. Aqui, no entanto, o emprego do termo caminhará em direção distinta, apontando, conforme será delineado a seguir, para uma variante do que o filósofo e jurista Roberto Mangabeira Unger denominou de “análise jurídica rationalizadora”.

Para Unger, a “análise jurídica rationalizadora” seria um modo específico de representar o direito, ou ramos do direito, como conjuntos de princípios e políticas a serem implementadas precipuamente pelos juízes, consistindo em uma forma finalística de discurso que procura alcançar esquemas abrangentes de dever moral e metas coletivas por via judicial.

Para o que aqui interessa, Unger cita como algumas das consequências negativas desse tipo de raciocínio a dissociação entre o reconhecimento de determinado direito e o momento de reimaginação institucional para sua concreção⁶ e a redução da análise jurídica à conferência de uma melhor aparência ao direito atual, em uma tentativa de conduzir o material jurídico a níveis mais altos de generalização, coerência e clareza na representação racional do direito já existente⁷.

Um problema maior, no entanto, parece residir no tipo de discurso jurídico que, além de promover a dissociação entre determinados direitos, princípios ou valores jurídicos e as condições institucionais de sua construção sob uma égide “rationalizadora”, os invoca como se seus conteúdos fossem autoevidentes e não necessitassem de algum tipo de especificação ou de justificação que os viabilizassem, pressupondo a invocação em

⁴ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018.

⁵ GUSMÃO, L. DE. *O fetichismo do conceito: limites do conhecimento teórico na investigação social*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012, p. 248.

⁶ UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia* [s.l.] Boitempo Editorial, 2004, p. 53.

⁷ Ibid., p. 54.



abstrato como razão suficiente para suas assunções pela comunidade jurídica e utilizações em casos concretos. O problema, como já apontou Pierre Bourdieu em sua própria tradição, é que o direito possui um poder simbólico de nomeação, que, de fato, cria as coisas que passa a nomear⁸.

Esse poder constitutivo, que de resto pode residir na própria linguagem, como também reconhecido em outras tradições filosóficas⁹, passa a contar com peculiaridades próprias quando associada ao campo jurídico, cujo poder institucional, a gramática e os próprios rituais potencializam a eficácia dos símbolos e seus efeitos no mundo real.

No caso específico, o que se teria então seria um tipo de discurso jurídico que, apresentado na forma de “grandes deveres morais” ou “grandes metas coletivas” a ser concretizado pelo raciocínio judicial, pressupondo a ordenação racional do direito existente, se escusa da justificação racional pressuposta por ele mesmo, carecendo de pressupostos coerentes e propriedades internas robustas, ao mesmo tempo em que termina por se sustentar no apelo “estético” da enunciação dos próprios conceitos jurídicos que cria. É a este discurso que chamo de “fetichismo do conceito”.

Assim, além de padecer dos problemas colocados por Unger quanto uma variação da “análise jurídica rationalizadora”, uma vez que também promove uma dissociação entre reconhecimento de direitos e reimaginação institucional e redução da análise jurídica a uma reapresentação racional (pretensa) do direito já existente, o fetichismo do conceito, no entanto, padece também de sérios “déficits de rationalidade”, constituindo uma espécie de versão deteriorada da análise jurídica rationalizadora, uma vez que se eximiria de da responsabilidade de justificação de seus pressupostos, bastando-lhe a “invocação do conceito”.

Investigações nessa direção, por óbvio, não são ideias inteiramente novas. Trabalhos como o de José Rodrigo Rodriguez, acerca do papel da invocação de autoridade ou agregações de opiniões no curso da decisão judicial e seu papel encobridor de um déficit de rationalidade¹⁰, parecem, por exemplo, reportar a um fenômeno inclusive mais amplo. Atentar, no entanto, para o “déficit de rationalidade” do conceito e seu encobrimento pela

⁸ BOURDIEU, Pierre. *A força do direito*. In: BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 236.

⁹ Austin, J.L. *How to do things with Words*. Oxford: Clarendon Press, 1962, p. 2020 *et seq.*

¹⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 80 *et seq.*



enunciação estética parece uma tarefa distintiva na crítica do direito, aí consistindo a utilidade da ideia de “fetichismo do conceito”.

Desnecessário dizer aqui, que, no que se segue, a crítica desenvolvida às ideias de maneira alguma se dirigem à totalidade da obra e das grandes contribuições prestadas pelo grande constitucionalista cujas ideias são aqui criticadas ao pensamento e à prática da jurisdição constitucional deste país, desde a doutrina da efetividade até a contribuição jurisprudencial mais recente em casos importantes como advogado e juiz constitucional. A clareza de suas posições, aliás, é que tornam suas teses “topoi” ideais para lidar com autocompreensões correntes no judiciário brasileiro.

2. A “SOCIOLOGIA DOS PODERES” DO MINISTRO BARROSO E SUAS PRINCIPAIS REFERÊNCIAS

De um modo geral, é possível identificar no argumento do Ministro Barroso que leva à proposição das funções representativa e iluminista uma certa “sociologia dos poderes” que, resumidamente, afirma, por um lado, que o poder Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria¹¹ e que problemas como falhas no sistema eleitoral e partidário, a atuação de minorias parlamentares com poderes de veto e a captura do parlamento por interesses especiais teriam levado a doutrina a voltar atenção para o déficit democrático da representação política¹².

A crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos teria, por outro lado, gerado como consequência, o fortalecimento do Poder Executivo e, mais tarde, a expansão do Poder Judiciário e, notadamente das supremas cortes¹³. O Ministro menciona, em seguida, uma série de características das cortes que fariam com que essas “acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as “instâncias políticas tradicionais”¹⁴. A elas voltaremos na próxima seção. Por ora, interessa a afirmação de que, apesar de não haver “garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor

¹¹ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2201, 2018.

¹² Ibid., p. 2202.

¹³ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2202, 2018.

¹⁴ Ibid., p. 2202.



das posições majoritárias da sociedade”, “é isso mesmo o que acontece”, como mostrariam “décadas de estudos empíricos nos Estados Unidos”¹⁵.

Um dado que chama a atenção de início é que praticamente todas as referências a trabalhos empíricos ou empiricamente informados citados pelo Ministro Barroso como corroboração de sua “sociologia dos poderes” dizem respeito ao sistema norte-americano, o que, por si só, já tornaria problemáticas suas transposições para outros contextos. No entanto, quando se recorre à maior parte dessas referências, é possível encontrar problemas ainda maiores.

Tome-se, de início, os trabalhos citados pelo Ministro para corroborar a tese de que “o legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria”¹⁶. Um deles, “The majoritarian judicial review: the entrenchment problem”, de Michael Klarman, de fato confere sustentação à afirmação de que “o legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria”, o que, aliás, salvo a própria problematização da expressão “sentimento”, constitui uma afirmação que não causaria estranheza a qualquer cientista social interessado no funcionamento dos legislativos atuais¹⁷. Como visto, no entanto, a “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso vai além ao afirmar que, ante a este fato, as cortes acabam “sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais”¹⁸.

Analizando diretamente o texto, no entanto, é possível constatar que o que Klarman propõe por meio de uma “revisão judicial majoritária” é o enfrentamento autocontido do

¹⁵ Ibid., p. 2203.

¹⁶ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2201, 2018.

¹⁷ Isso porque, como mostram alguns estudiosos da democracia, como o próprio Robert Dahl, também citado como suposto fiador da “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso, mesmo do ponto de vista teórico, o domínio da maioria, como regra decisória, acarreta em dilemas decisórios ainda não resolvidos, a exemplo do problema das chamadas “maiorias cílicas”. Esses dilemas teriam levado as diversas experiências democráticas, na prática, a adotarem diferentes respostas a estes problemas, a exemplo do voto proporcional, que, se inclui um número de preferências superior ao da maioria simples na formação da vontade, pode acarretar na prática, em certos casos, em vetos a esta. Além disso, a própria experiência democrática, aplicada ao Estado-Nação, enseja seus próprios dilemas em relação ao domínio da maioria, a exemplo das tensões entre a regra da maioria e as questões federativas. Por fim, cite-se que o próprio demos pode, em certas ocasiões, estabelecer processos decisórios, sem violar o compromisso democrático, que emperem a vontade da maioria, a exemplo do estabelecimento de votações com quórum qualificado para temas sensíveis (cf. Dahl, 2012, p.211 *et seq*). Essas questões, tanto teóricas quanto práticas, exemplificam porque a afirmação de o legislativo “nem sempre representar o sentimento da maioria” não causar estranheza. Isso não significa, é claro, que fenômenos compreendidos como normativamente disfuncionais em relação a certa compreensão de ideal democrático que acometem os poderes políticos não devam ser objeto de crítica e reforma profundas.

¹⁸ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2202, 2018.



entrincheiramento de minorias nas instituições representativas, a exemplo da instituição de distritos que desrespeitam a igualdade do voto, da manipulação partidária na criação de distritos ou o das restrições do direito ao voto¹⁹.

Isso significa, de alguma maneira, que, para Klarman, as cortes estariam legitimadas no limite em que atuassem para restituir a representatividade nas instituições políticas em sentido estrito. Longe de afirmar a capacidade das cortes de interpretar o “sentimento majoritário” ou atuar de forma representativa, Klarman parece cauteloso mesmo com o papel modesto que advoga:

Mesmo que a teoria do anti-entrincheiramento seja uma alternativa coerente, normativamente atraente e judicialmente administrável, como se pode esperar que tribunais politicamente irresponsáveis superem o incentivo quase-entrincheirado de expandir seus próprios poderes, limitando-se ao que é, afinal, uma concepção extremamente estreita da revisão judicial? A resposta, receio, é que há poucos motivos para termos confiança de que as cortes restringirão a si mesmas dessa maneira. A história da revisão judicial nesse país, contada em traços gerais, é a de um insidioso imperialismo judicial²⁰.

Seria difícil, assim, imaginar que um autor relativamente cético em relação à capacidade de autocontenção das cortes, e que defende inclusive a existência de um imperialismo judicial em seu país, corroborasse a “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso.

Ao mencionar que a “doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política”²¹, o Ministro Barroso também menciona como referência o artigo “The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to Constitutional Order”, de Mark Graber.

¹⁹ KLARMAN, Michael. Majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *Geo. LJ*, v. 85, p. 502 et seq, 1996.

²⁰ KLARMAN, Michael. Majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *Geo. LJ*, v. 85, p. 544 et seq, 1996. No original: (...) even if (...) anti-entrenchment theory is a coherent, normatively attractive, and judicially manageable alternative, how can politically unaccountable courts be expected to overcome the quasi-entrenchment incentive to expand their own power by limiting themselves to what is, after all, an extremely narrow conception of judicial review? The answer, I am afraid, is that there is little reason to be confident that courts will constrain themselves in this manner. [...]. The history of judicial review in this country, told in broad-brush strokes, is one of creeping judicial imperialism [...]

²¹ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2202, 2018.



Quando mais uma vez se recorre diretamente ao texto, no entanto, é possível perceber que ao invés de um deslocamento da dificuldade contramajoritária²² dos tribunais para o déficit democrático da representação política, o sentido do argumento de Graber segue um caminho bastante distinto, que, em síntese, está relacionado à tese que análise de “dificuldades” devem mirar o sistema constitucional como um todo:

O majoritarismo é apenas um dos muitos compromissos democráticos. As boas democracias procuram políticas que sejam coerentes, atraentes para a maioria dos cidadãos e que possam ser revistas por aclamação popular. As decisões judiciais que não apresentam dificuldades contramajoritárias clássicas podem apresentar dificuldades de coerência, polarização e responsabilização. A revisão judicial que passa no teste democrático pode, no entanto, ser indesejável se uma prática distinta puder proteger interesses com uma melhor reivindicação à solicitude política e constitucional. Os estudos sobre as dificuldades contramajoritárias, de coerência, polarização, de responsabilização e vieses deveriam se preocupar com o desempenho do sistema constitucional como um todo, abandonando o “partidarismo institucional” que assume “a centralidade de uma instituição (particular) a ser estudada “no drama da política americana”²³

Dessa maneira, percebe-se que Graber não só não deixa de apontar possíveis problemas democráticos advindos de certas decisões das cortes para além da dificuldade contramajoritária, a exemplo de problemas de coerência, polarização, responsividade, como também rejeita a ideia de que se deveria deslocar a atenção “doutrinária”, utilizando a expressão empregada pelo Ministro Barroso, para os déficits democráticos da representação política.

²² Essa expressão, popularizada por Alexander M. Bickel na década de 60, diz respeito à dificuldade de conciliar a jurisdição constitucional com as teorias democráticas em voga à sua época. Segundo Bickel: “But nothing can finally depreciate the central function that is assigned in democratic theory and practice to the electoral process...Judicial review works counter to this characteristic” (Bickel, 1986, p.19). A própria expressão utilizada por Bickel, “dificuldade”, indica que para o autor, contudo, não haveria propriamente uma impossibilidade de reconciliar a jurisdição constitucional com a teoria e a prática da democracia. Ainda que não proponha uma teoria normativa sistemática da jurisdição constitucional, Bickel lançará mão de noções como defesa de questões de “princípio” como papel distintivo das cortes e “virtudes passivas” a serem por estas exercidas que poderiam resultar ao menos em uma acomodação tolerável entre jurisdição constitucional e democracia (Bickel, 1986, p.28).

²³ GRABER, M. A. The countermajoritarian difficulty: From courts to congress to constitutional order. Annual review of law and social science, v. 4, p. 380, 2008, tradução livre. No original: Majoritarianism is only one of many democratic commitments. Good democracies seek policies that are coherent, appeal to most citizens, and are capable of being revised by popular acclaim. Judicial decisions that do not present classic countermajoritarian difficulties may present coherence, polarization, and accountability difficulties...Judicial review that passes democratic muster may nevertheless be undesirable if a different practice would protect interests with a better claim to political or constitutional solicitude [...]. Studies of the countermajoritarian, coherence, polarization, accountability, and bias difficulties should be concerned with the performance of the constitutional system as a whole, abandoning an “institutional partisanship” that assumes “the centrality of the (particular) institution” being studied “in the drama of American politics”.



Como visto, o Ministro Barroso afirma também que décadas de estudos empíricos nos Estados Unidos teriam apontado que as supremas cortes se inclinam em favor das posições majoritárias da sociedade²⁴. Como já dito, trata-se de uma transposição de conclusões gerais a partir da análise de apenas uma instituição, a Suprema Corte Norte-Americana. E, ainda assim, analisando algumas das referências citadas pelo Ministro para corroborar essa afirmação, é possível visualizar uma realidade bem mais complexa sobre o que representaria, afinal, esta suposta inclinação.

Isso porque o Ministro Barroso atribui a esta, como se verá mais detidamente na próxima seção, o fato de as cortes constitucionais não estarem sujeitas a “certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes”²⁵. Alguns estudos que cita, no entanto, mais uma vez vão na direção contrária à sua “sociologia dos poderes”.

Um exemplo disso é o texto de Robert Dahl, “Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker”²⁶, citado como um dos estudos que mostrariam a inclinação majoritária das cortes. Trata-se, na verdade, de um artigo publicado pela primeira vez em 1957, cuja metodologia para a análise da inclinação majoritária da Suprema Corte Norte-Americana consiste justamente em pressupor a equivalência entre a “maioria nacional” e a “maioria legislativa” e, a partir daí, verificar a consonância entre esta última e a Corte Constitucional para inferir a inclinação majoritária da jurisdição constitucional²⁷. Esse método, por si só, afastaria a pretensão do Ministro Barroso de utilizar este texto para corroborar a inclinação majoritária das cortes por oposição às “vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos poderes”, uma vez que maioria nacional e maioria legislativa, neste trabalho, seriam indistintas.

Em segundo lugar, de modo ainda mais relevante, algumas das próprias conclusões gerais de Dahl vão no sentido contrário ao pretendido pela sociologia do Ministro Barroso. Segundo o cientista político, de maneira geral:

A Suprema Corte faz inevitavelmente parte da aliança nacional dominante. Como um elemento na liderança política da aliança dominante, a Corte evidentemente apoia as principais políticas da aliança. [...].

²⁴ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2203, 2018.

²⁵ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2203, 2018.

²⁶ DAHL, Robert. *Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. *Journal Public of Law*, 1957, p. 279 a 295.

²⁷ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 569 *et seq.*



É concebível que os casos das últimas três décadas envolvendo a Liberdade das pessoas negras, culminando na agora famosa decisão sobre a integração escolar, são exceções a esta generalização²⁸.

Assim, Dahl não só parte do pressuposto que a maioria nacional equivale à maioria legislativa, como afirma que só excepcionalmente a Corte Constitucional se afasta em demasia desta última, contrariando, dessa maneira, a sociologia do Ministro Barroso²⁹.

Outra obra citada, dessa vez o livro “The most democratic Branch: how courts serve America”, de Jeffrey Rosen, também vai no sentido exatamente oposto à “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso e do que este entenderia por uma possível inclinação “majoritária” das cortes. Dessa vez, o próprio intuito do livro, expresso pelo seu autor, não poderia ser mais claro:

Ao longo do livro, gostaria de defender uma tradição que costumava obter um apoio generalizado entre os principais liberais e conservadores, mas que está cada vez mais fora de moda: nomeadamente, a tradição da contenção judicial bipartidária. Esta tradição, notoriamente associada a juízes como Oliver Wendell Holmes, Felix Frankfurter e Learned Hand, defende que os tribunais devem desempenhar um papel extremamente modesto na democracia americana. Deveriam hesitar em derrubar leis, a menos que os argumentos constitucionais para questionar as decisões de uma maioria política sejam tão poderosos que pessoas de diferentes convicções políticas possam aceitá-los prontamente. “Se meus concidadãos quiserem ir para o inferno, eu os ajudarei”, disse Holmes. “É o meu trabalho”³⁰

Como visto, o que Rosen procura exaltar como a inclinação majoritária da Suprema Corte Norte-Americana, na verdade, não é uma atuação representativa de anseios

²⁸ Ibid., p. 580, tradução livre. No original: “The Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance. As an element in the political leadership of the dominant alliance, the Court of course supports the major policies of the alliance[...]Conceivably, the cases of the last three decades involving the freedom of black people, culminating in the now famous decision on school integration, are exceptions to this generalization.”

²⁹ Em textos posteriores, Dahl se notabilizaria, inclusive, por críticas mais severas ao papel histórico da Suprema Corte na democracia norte-americana. Em “A democracia e seus críticos”, publicado pela primeira vez em 1989, Dahl chega a afirmar que “os guardiões judiciais não oferecem, na verdade, muita proteção para os direitos fundamentais perante as transgressões contínuas por parte do demos nacional e seus representantes”, afirmando, mais adiante que, historicamente, na jurisprudência da Corte, salvo honrosas exceções que conferiram alguma reputação à jurisdição constitucional, “os vitoriosos foram, principalmente, os proprietários de escravos às custas dos escravos, os brancos às custas dos não brancos e os proprietários às custas dos assalariados e outros grupos” (Dahl, 2012, p. 301-302). Mais uma vez, seria difícil ver neste autor uma corroboração, ainda que mínima, da “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso.

³⁰ ROSEN, Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*. New York: Oxford Academic, 2006. No original: “Throughout the book, I’d like to defend a tradition that used to command widespread support among mainstream liberals and conservatives but is increasingly out of fashion: namely, the tradition of bipartisan judicial restraint. This tradition, famously associated with judges like Oliver Wendell Holmes, Felix Frankfurter, and Learned Hand, holds that courts should play an extremely modest role in American democracy. They should hesitate to strike down laws unless the constitutional arguments for second-guessing the decisions of a political majority are so powerful that people of different political persuasions can readily accept them. “If my fellow citizens want to go to hell, I will help them,” Holmes said. “It’s my job”.



represados, contrária às “vicissitudes que acometem os poderes políticos”, no sentido empregado pelo Ministro Barroso, mas, ao contrário, um exercício de autocontenção em nome do “senso comum” constitucional, que requereria, justamente, a assunção de um papel bem mais modesto à jurisdição constitucional.

Diante de todos esses exemplos, não parece que a maioria das referências utilizadas pelo Ministro Barroso corroborem sua “sociologia dos poderes”, para a qual, como visto, haveria um crescente questionamento do déficit democrático dos poderes políticos em comparação a um crescente reconhecimento das virtudes representativas das cortes constitucionais.

Há, contudo, uma exceção. O Ministro Barroso ancora-se, por fim, no texto “Upside-down judicial review” de Corinna Barret Lain. Nesse texto, que, mais uma vez, trata da Suprema Corte Norte-Americana, há de fato uma defesa, por parte da autora, de que esta, por vezes, seria mais representativa que as instâncias políticas tradicionais. Seu argumento é bastante similar ao do Ministro Barroso, ao afirmar, nesse sentido, que por vezes a Suprema Corte pode vocalizar demandas majoritárias que não encontraram acolhida nos corpos políticos em sentido estrito.

É preciso apontar, entretanto, alguns limites à utilização de Lain pelo Ministro Barroso. Em primeiro lugar, a autora norte-americana se baseia em apenas três casos emblemáticos da Suprema Corte Norte-Americana³¹. Ademais, Lain afirma que a Corte, de fato, desempenhou um papel majoritário nos casos coligidos, mas é bastante clara ao afirmar que sua teoria da revisão judicial é antes descritiva que normativa³², chegando mesmo a duvidar se sua constatação seria uma coisa boa ou ruim do ponto de vista normativo³³.

De todo o modo, há aqui algum amparo à tese, pelo menos em um nível mais superficial da leitura de Lain, que, em alguns momentos, há uma vocalização de “demandas majoritárias” pelas Cortes. Concedendo que, ao menos uma das evidências trazidas ao debate sustenta a “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso no que diz respeito às cortes (ainda que sejam poucos casos, referidos apenas a uma corte), restaria analisar o cotejo dessa possibilidade com os supostos problemas atribuídos aos poderes políticos, em sentido estrito.

³¹ LAIN, Corinna Barret. *Upside-down judicial review*. **Geo. LJ**, v. 101, p. 120 *et seq.*, 2012.

³² Ibid., p. 170.

³³ Ibid., p. 178.



3. O JUDICIÁRIO COMO INTÉRPRETE PRIVILEGIADO DO “SENTIDO MAJORITÁRIO”

Nesse ponto, adentra-se mais especificamente na tese de as cortes serem, não apenas, por vezes, representativas, mas, por vezes, “mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais”³⁴³⁵.

A este respeito, o Ministro Barroso defende as seguintes características distintivas que favoreceriam a representatividade das cortes: a seleção por concurso público dos juízes, o que reforçaria suas qualificações técnicas, sem influência política; a vitaliciedade, que faz com que os juízes não estejam sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral; a passividade, já que dependem de provocação das partes e não podem decidir além do que foi pedido, e a necessidade de motivação das decisões judiciais, que os obrigariam a apresentar razões³⁶

Em resumo, para o Ministro Barroso, as cortes seriam compostas por técnicos isentos e preparados, não sujeitos às vicissitudes políticas, circunscritos aos pedidos das partes e obrigados a oferecer razões para suas decisões. Tudo isso as faria particularmente representativas em certas circunstâncias. A questão das razões será enfrentada mais adiante. Por ora convém questionar se as outras vantagens citadas pelo Ministro possuem alguma plausibilidade.

O primeiro argumento do Ministro Barroso, que recorre a uma espécie de caráter ao mesmo tempo meritocrático e tecnocrático das cortes, parece padecer, de início, de uma superestimação das competências técnicas jurídicas para a solução de uma miríade de problemas humanos emergentes. Nesse sentido, para se utilizar uma expressão do já citado Robert Dahl em sua crítica à “guardiania” platônica como alternativa à democracia, não parece que o direito constitua uma “ciência régia”³⁷ superior a outros saberes, como o econômico ou o sociológico, por exemplo, para encaminhar todos os problemas humanos que emergem na esfera pública.

³⁴ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2202, 2018.

³⁵ Nesta seção, na esteira do Ministro Barroso, ainda tomarei expressões como “demandas”, “anseios” e “sentimentos” como autoevidentes, o que será posto em questão mais adiante.

³⁶ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2202, 2018.

³⁷ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 85 *et seq.*



Talvez esta resposta ao argumento do Ministro Barroso soe menos abstrata uma vez que se recorra a algumas decisões apontadas pelo próprio Ministro como “representativas dos anseios da maioria”. No caso da fidelidade partidária, por exemplo, apontada pelo Ministro como um “anseio social que não obteve resposta do Congresso”³⁸³⁹, o STF, tribunal composto apenas por juristas e, ao menos nesse caso, não assistido por outros profissionais, como cientistas políticos, acabou por contribuir de sobremaneira para a fragmentação e desorganização do sistema partidário.

Isso porque, na ementa do julgamento do MS 26.603 e outros dois processos o STF determinou ao TSE a incumbência de “editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação”⁴⁰ no que diz respeito à perda de mandato. Como se sabe, a incumbência foi exercida por meio da Resolução Nº 22.610/2007, instaurando-se entre as hipóteses de justa causa para troca de partido a “criação de novo partido” (Art.1º, §1º, II). Esse dispositivo, que de certo não foi o único fator implicado, consistiu, não obstante, em incentivo portentoso para a criação de novos partidos, aumentando a fragmentação partidária e dificultando a governabilidade do sistema político⁴¹.

Esse exemplo, além de apontar para os limites da racionalidade jurídica para lidar com certos problemas, aponta também para a já conhecida crítica acerca das capacidades institucionais das cortes para lidar com questões complexas ou mesmo os efeitos dinâmicos das decisões sobre uma miríade de atores⁴². O Ministro Barroso, é verdade, chega a mencionar essa crítica ao afirmar que a regra geral deveria ser a deferência às escolhas legítimas do legislador⁴³, mas não parece engajar de maneira dialética essa consideração no seu argumento geral.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol.5, Número Especial, p. 41-42, 2015.

³⁹ Um fator curioso, explorado por Backes e Pontes (2018, p. 73 *et seq*) é que a omissão do Congresso Nacional, requisito estabelecido por Barroso para o exercício da função representativa, não estava presente, uma vez que, em relação à fidelidade partidária o Congresso havia adotado medidas como a Resolução da Câmara dos Deputados nº 34/2005, que estabelecia desde a sua ementa que “o número de vagas dos Partidos e Blocos Parlamentares na Mesa e nas Comissões” seria “calculado com base no número de representantes eleitos por cada agremiação no último pleito”. Esse mecanismo consistia em um desincentivo portentoso às mudanças de partido na medida em que os parlamentares “infiéis” perderiam direito de acesso à Mesa e às Comissões. O STF, no entanto, sequer esperou que essa norma surtisse efeitos para agir.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26603. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJ N.241, 19/12/2008,

⁴¹ BACKES, Ana Luiza; PONTES, Roberto Carlos Martins. Empurrando a história: mas para onde? Uma análise das regras partidárias criadas pelo STF. In: SILVA, Rafael Silva e (org.). 30 Anos da Constituição: desafios e perspectivas para o futuro. Brasília: Senado Federal, 2018.

⁴² Cf. SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. *Mich. L. Rev.*, v. 101, p. 886, 2002.

⁴³ BARROSO, *op. cit.*, 2018, p. 2020.



E, no entanto, mesmo em decisões cujo mérito, ressalvadas controvérsias importantes que não serão aqui tratadas, é passível de ser elogiado, como o caso da proibição da doação empresarial para campanhas eleitorais na ADI 4650⁴⁴, também citada pelo Ministro Barroso como resposta a um anseio popular⁴⁵, parece haver um alheamento da racionalidade jurídica da decisão em relação às suas consequências institucionais quase-lógicas e à responsabilidade em relação aos seus próprios argumentos no debate público.

Se se considera que a renda domiciliar per capita média no Brasil é de cerca de 1400 reais, o que torna proibitiva doações massivas de pessoas físicas, era de se esperar que a alternativa à proibição total do financiamento empresarial seria a constituição de um fundo público, cujo o ônus da criação coube ao Poder Legislativo. Menos de dois anos depois do julgamento, no entanto, o Ministro Relator da ADI 4650, Luiz Fux, que liderou a posição majoritária da Corte, chegando a afirmar que “a participação de pessoas jurídicas tão só encarece o processo eleitoral, sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate”⁴⁶, afirmou em entrevista ao jornal O Globo que a criação de um fundo público seria “incompatível com o momento de crise econômica nacional” e que o melhor seria “permitir a volta do financiamento eleitoral por parte de empresas que tenham a mesma bandeira ideológica do candidato”⁴⁷.

Assim, mesmo nos “melhores casos”, citados pelo Ministro Barroso como respostas aos “anseios majoritários”, a racionalidade jurídica, supostamente promotora de uma capacidade de representação, mostrou-se não somente limitada, como alheia às consequências de suas decisões, além de errática no debate público, contrariando as próprias “razões” apresentadas no julgamento dos casos⁴⁸.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJ N.34, 24/02/2016.

⁴⁵ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, v. 9, n. 4, p. 2205, 2018.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJ N.34, 24/02/2016, p. 49.

⁴⁷ BRÍGIDO, Carolina; FUX, Luiz. Luiz Fux acusa o Congresso de tentar enfraquecer o Judiciário em reação à Lava-Jato. O Globo, 2017. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/politica/luz-fux-acusa-congresso-de-tentar-enfraquecer-judiciario-em-reacao-lava-jato-21754511>>. Acesso em 19 mar. 2024.

⁴⁸ Isso não significa, é claro, que não existam formas de engajar a jurisdição constitucional em um diálogo mais produtivo sobre as formas institucionais de concretização ou implementação de certos direitos (cf. Sabel; Simon, 2003). Essa possibilidade, no entanto, teria que ser precedida de debates, análises e reformas no que diz respeito às capacidades institucionais dos tribunais, de maneira geral, e do STF, de maneira particular.



Isso porque, nos casos citados, o Supremo recorreu a grandes princípios ou valores lapidares como a “fidelidade partidária” e ou o “princípio republicano” tomando-os por suficientes para a modificação da realidade político-institucional, permanecendo alheio, contudo, tanto à ausência de uma justificação ou especificação de suas condições de aplicação, a exemplo da necessidade de reformulação das instituições, como em relação às consequências institucionais de termos que, em abstrato, poucos seriam capazes de discordar.

Aí restaria, portanto, tanto o fator criticado por Unger como análise jurídica racionalizadora⁴⁹, quanto o que chamei, também na introdução, de “fetichismo do conceito”, uma vez que, nos casos mencionados, os conceitos são “invocados” para a resolução de problemas, sem que seus conteúdos, pressupostos ou aderência aos casos concretos sejam suficientemente justificados, tomando a mera “invocação” como própria solução dos casos em questão. Em ambos os casos, o fetiche em torno do conceito, de sua invocação, inflou suas capacidades de fato dar conta dos problemas envolvidos e suas complexidades.

Em outra frente, o Ministro Barroso também atribui ao poder judiciário e às cortes a “vantagem” do insulamento político. Esta por sua vez, não parece ser crível tanto no sentido de um insulamento em relação à política quanto da prevenção da jurisdição em relação aos vieses políticos dos próprios juízes constitucionais.

No que diz respeito ao insulamento dos Ministros do STF em relação à política, por exemplo, um estudo empírico realizado pelo cientista político Frederico de Almeida apontou que, entre 1985 e 2008, 20% dos indicados para Ministros do STF exerceram atividades políticas em sentido estrito e 55% ocuparam cargos administrativos do Estado⁵⁰. Em outra pesquisa realizada por Fernando Fontainha, Thiago Jorge e Leonardo Sato, concluiu-se que entre os 33 ministros do STF atuantes entre 1988 e 2013, 20 desenvolveram ao menos alguma atividade ligada à política⁵¹. Dados como estes, apontando para graus variados de proximidade com o poder político, mostram ao menos um constante reposicionamento entre direito e política nas carreiras de muitos dos ministros do STF.

De modo ainda mais relevante, trabalhos jornalísticos, a exemplo do realizado recentemente por Felipe Recondo e Luiz Weber, mostram ainda que o processo de

⁴⁹ UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia*. [s.l.] Boitempo Editorial, 2004, p. 53-54.

⁵⁰ Cf. DE ALMEIDA, F. *Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos*. Lua Nova, n. 97, p. 213-252, 2016.

⁵¹ FONTAINHA, F.; JORGE, T. F. S.; SATO, L. S. S. *Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político-partidária dos ministros do STF (1988-2013)*. Revista de Ciências Sociais: RCS, v. 49, n. 2, p. 105, 2018.



indicação de um Ministro do STF pode envolver visitas a gabinetes dos poderes Legislativo e Executivo, a interferência de grandes empresas e a recorrência a padrinhos políticos poderosos, que teriam inclusive uma alcunha famosa nos mundos jurídico e político, sendo chamado de “jóqueis”⁵².

Nesse ponto, a favor do Ministro Barroso, poderia se argumentar que, ainda assim, uma vez nomeado, o Ministro estaria livre de quaisquer interferências políticas e, como mostram algumas evidências, as maiores divergências entre Ministros não estariam ligadas à origem política de suas indicações⁵³.

Admitindo meandros e matizações neste aspecto, a realidade é que o insulamento como tal, ainda assim, parece pouco crível, ainda que as pressões ou interferências sobre os Ministros do STF não tenham cunho partidário, em sentido estrito. Um caso emblemático, nesse sentido, foi o julgamento da ADI 5526, na qual o Tribunal assentou que a “decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas a Casa respectiva, nos termos do §2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que resolva sobre a prisão ou a medida cautelar”⁵⁴.

Como o próprio Ministro Barroso afirma em seu voto, existiu um “caso concreto específico que motivou o debate”⁵⁵. Tratava-se, como se sabe, do caso do Senador Aécio Neves, acusado pelo Procurador-Geral da República de corrupção passiva e embaraçar investigação penal envolvendo organização criminosa. No contexto da ação referente ao caso, a Ação Cautelar 4.327, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu, contrariamente ao pedido de prisão preventiva do PGR, caber em substituição a este, medidas cautelares contra o Senador.

Em seu próprio voto, o Ministro Barroso citou, além da decisão cautelar na própria ação julgada, outro precedente do Tribunal, desta vez na Ação Cautelar nº 4.070, quando houve decisão unânime do Plenário pelo afastamento do Deputado Eduardo Cunha, sem a

⁵² RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, loc. 682.

⁵³ Cf. SILVA, J. M. MAPEANDO O SUPREMO: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017) 1. Novos Estudos, n. 110, p. 52, 2018.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5526. Relator p/ acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. DJ N.59, 07/08/2018.

⁵⁵ Ibid., p. 72.



necessidade de que esta fosse referendada pela Casa Legislativa. Segundo o Ministro Barroso “Pelo prevalecimento da opinião do voto dissidente, o Presidente da Câmara, Deputado Eduardo Cunha, não poderia ter sido afastado naquelas circunstâncias, apesar de o Tribunal ter se convencido de que ele atuava para embaraçar as investigações. Simples assim”. O argumento de Barroso, no entanto, foi derrotado, tendo o tribunal contrariado seus próprios precedentes.

Além da própria incoerência do Tribunal, que não deixou assentada uma distinção ou superação das decisões anteriores, fato salientado pelo próprio Ministro Barroso, chamou a atenção o fato de a ADI ser pautada após uma reunião entre a então presidente do Tribunal e o presidente do Senado Federal e este último ter suspenso a sessão que analisaria o caso do Senador Aécio Neves para depois do julgamento da ADI⁵⁶. O exemplo deste caso, como em outros nos quais as decisões do tribunal variaram ou, ao menos, pareceram variar em função do réu ou do contexto político, mereceram uma série de análises nos últimos anos, tendo sido o comportamento do Supremo Tribunal alcunhado de constitucionalismo seletivo⁵⁷ ou mesmo de promotor de uma “catimba” constitucional⁵⁸, em referência ao uso estratégico de ferramentas do jogo jurídico em oposição aos valores do próprio jogo.

Há neste último ponto, aliás, uma intersecção entre as injunções políticas nas quais o Supremo está imerso e o próprio comportamento estratégico, influenciado ou não pelo contexto, de seus membros. Saliente-se, por exemplo uma agenda de pesquisa ainda em curso que vem questionando o uso dos pedidos de vista pelos Ministros. Os dados que se tem por ora não são consistentes com a ideia de que esses pedidos estejam sempre relacionados à necessidade de estudar o caso, à sua complexidade ou à quantidade de trabalho dos Ministros⁵⁹.

Outro ponto, bastante discutido tanto na academia quanto na imprensa, é o poder de pauta do Presidente da Corte. Cite-se aqui, como exemplo, o próprio caso da possibilidade de prisão após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda

⁵⁶ LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 128 *et seq.*

⁵⁷ Ibid., p. 125 *et seq.*

⁵⁸ GLEZER, Rubens. Catimba Constitucional: O STF, do antijogo à crise constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 17.

⁵⁹ ARGUELHES, D. W.; HARTMANN, I. A. Timing control without docket control: How individual justices shape the Brazilian supreme court's agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 127, 2017.



instância, mais uma vez, um caso elencado por Barroso como exemplo da função representativa do Supremo⁶⁰. Ao invés de pautar as Ações Diretas de Constitucionalidade que tratavam do tema antes da apreciação do Habeas Corpus 152.752, de caráter preventivo, que tinha como paciente o ex-Presidente Lula, a então presidente da Corte, Ministra Cármem Lúcia, decidiu por impor a pauta deste, apesar de consistir, pelo paciente implicado, em um processo de apelo midiático e polarizador da opinião pública, com claro potencial de interferir no julgamento posterior das ações abstratas.

Qualquer que tenha sido a intenção da presidente, que diz ter pautado primeiramente o habeas corpus por tratar-se de um caso “subjetivo”, “dotado de preferência constitucional”⁶¹, houve questionamento de alguns ministros sobre o possível uso estratégico da pauta para favorecer determinado resultado. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio afirmou sobre o resultado do julgamento que vencera “a estratégia, o fato de Vossa Excelência [a então presidente do Tribunal] não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade”⁶².

O caso da prisão em segunda instância também é ilustrativo para dar conta da seletividade do Supremo Tribunal Federal, desta vez não por alguma injunção política ou uso estratégico das regras do jogo, mas pela própria estrutura do Tribunal, que favorece com que a maioria das decisões do tribunal sejam monocráticas e, consequentemente, reflitam os pontos de vista de um único juiz constitucional. Nesse sentido, um levantamento jornalístico mostrou que mesmo quando vigente o precedente sobre a prisão em segunda instância, tal qual estabelecido no julgamento do Habeas Corpus 126292, 23% dos réus condenados em segunda instância tiveram seus Habeas Corpus deferidos pelo STF⁶³.

Como mostraram, aliás, recentemente Ivar Hartmann e Daniel Chada em uma crítica a ideia de uma função representativa do STF, cerca de 95% das decisões do Tribunal na última década foram tomadas de maneira monocrática⁶⁴. Dessa maneira, a suposta

⁶⁰ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2205, 2018.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.152752. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJ N.127, 27/06/2018a, p. 103.

⁶² Ibid., p. 219.

⁶³ TORRANO, Bruno. Condenados em segundo grau conseguem HC no Supremo em 23% dos casos. *Conjur*, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-04/condenados-grau-hc-stf-23-casos/>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

⁶⁴ HARTMANN, Ivar; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 189.



vantagem representativa ou intervenção iluminista estariam calcados, precipuamente, no juízo de um único funcionário público, não necessariamente vinculado aos precedentes do Tribunal e com o poder de decidir quando representar ou não seus supostos constituintes. Trata-se, como há de convir, de uma representação e um iluminismo bastante *sui generis*⁶⁵.

Dessa forma, seja por estar sujeito às interferências do contexto político, seja pelo uso estratégico de regras jurídicas ou mesmo por sua estrutura favorecer a prevalência dos entendimentos, ou preferências, pessoais de seus membros, não parece que o STF esteja insulado da política ou mesmo “das políticas” de seus membros. E, nesse sentido, a vitaliciedade opera também como uma desvantagem, uma vez que os juízes não estão sujeitos aos mesmos mecanismos de *accountability* que os políticos, dentre os quais o voto.

Por fim, é difícil vislumbrar como a passividade pode ser considerada uma “vantagem representativa”. A estrutura do processo judicial de fato faz, em princípio, com que o juiz precise analisar os pedidos das partes e confira uma resposta a eles. O mérito desse tipo de comunicação, no entanto, parece consistir muito mais em analisar questões factuais ou de direito trazidas por litigantes adversários do que resolver questões sociais controversas ou conflitos policênicos, que envolvam uma miríade de visões, fatos sociais ou questões técnicas imbricadas⁶⁶.

Nesse sentido, o judiciário seria um “representante de anseios” bastante restrito, atendendo, na maior parte do tempo, litigantes com mais recursos e, portanto, maior capacidade de ocupar a agenda que outros atores destituídos dos mesmos ativos. Alguns exemplos empíricos, já bem documentados, como o caso da chamada “judicialização da saúde”, mostram como as capacidades assimétricas de litigância podem acabar funcionando como um mecanismo de concentração de renda, na qual um volume considerável de recursos, que poderiam ter sido aplicados e favor de programas coletivos,

⁶⁵ A resposta do Ministro Barroso à crítica de Hartmann e Chada consiste em assumir as limitações institucionais do STF e afirmar que “os que professam essa crítica podem se juntar a mim no esforço de transformar o Tribunal” (Barroso, 2017, p.568). Nesse sentido, seria justo replicar, dentre outras coisas que, uma vez o Tribunal transformado, pode-se voltar a pensar então em sua função representativa, mas não antes disso.

⁶⁶ Cf. ELHAUGE, E. R. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? The Yale Law Journal, v. 101, n. 1, p. 77-79, out. 1991.



acabam apropriados por uma pequena minoria litigante para o custeio de tratamentos pessoais⁶⁷⁶⁸.

Querer, no entanto, que os argumentos ou evidências trazidas ao debate nesta seção bastassem para refutar as teses do Ministro Barroso seria um duplo equívoco e isso por dois motivos. Além de se ter apenas contraposto as razões do Ministro com evidências em desfavor do judiciário, o que constituiria, como tese comprehensiva, recair na falácia da evidência incompleta, o próprio autor aqui criticado afirma, afinal que “quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador”⁶⁹.

Em relação ao primeiro ponto, as razões aqui levantadas parecem cumprir, no entanto, um papel parcial, um papel de “estranhamento”. De afirmar que para aceitar, enfim, as supostas vantagens representativas das cortes seriam necessárias mais e melhores razões que contornem, tudo o mais considerado, as contrarrazões aqui expostas, cabendo o ônus a quem apresenta a tese de que as cortes constitucionais em geral, e o STF, em particular possuem vantagens intrínsecas para atuar como representante de anseios majoritários.

A segunda questão, mais importante para o intento desta discussão, no entanto, passa por reconhecer que o Ministro Barroso, de fato, não defende que as cortes sejam sempre “representativas” ou “iluministas”, mas apenas em “ocasiões específicas”. Apesar dessa condicionalidade parecer contrariar a “sociologia dos poderes” do Ministro, que vê uma série de virtudes representativas nas cortes e uma série de desvantagens nas instâncias políticas tradicionais, essa incongruência não seria suficiente para encerrar a questão, que passa a ser tratada, por outras razões, na próxima seção.

⁶⁷ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from brazil. *Texas Law Review*, Vol.89, N.1643, 2010

⁶⁸ Essa não é, por óbvio a única possibilidade e nem o único deslinde possível da litigância no âmbito do direito à saúde. Coloca-se aqui, no entanto, essa possibilidade, fundamentada empiricamente, como um recorte da realidade, como efeito de contraposição às teses do Ministro Barroso, a quem cabe o ônus de sustentar a sua “sociologia dos poderes”.

⁶⁹ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2186, 2018.



4. AS FUNÇÕES MAJORITÁRIA E ILUMINISTA SE SUSTENTAM EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS?

Nas seções anteriores, discutiu-se a “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso e seus fundamentos e, em seguida, as supostas vantagens intrínsecas ao poder judiciário e às cortes constitucionais para “representar o sentimento da maioria”. Ainda que pudéssemos descartar ambas as etapas de argumentação, seria possível ainda assumir as funções majoritária e iluminista em seus próprios termos. No entanto, uma análise mais acurada da apresentação dessas teses indica não haver razões suficientes para isso.

O ponto inicial da argumentação do Ministro Barroso, como visto, remonta à suposta evidência de que as cortes constitucionais possuiriam um histórico de inclinação aos “anseios das maiorias”, sendo, portanto, representativas⁷⁰. Para o Ministro, essa evidência desconstruiria o argumento da “dificuldade contramajoritária” das cortes constitucionais⁷¹.

Esse ponto de partida, no entanto, revela alguns problemas que contaminam o restante da tese. Descontados os estudos que simplesmente não afirmam o pretendido, algumas referências como o artigo de Corinna Barret Lain⁷², já citado, ou mesmo o caso brasileiro do fim do financiamento empresarial das campanhas, que teria o apoio de 3/4 da população brasileira⁷³, indicam que, para o Ministro Barroso, a “maioria” seria aquela aferida por pesquisas de opinião.

Se esse é mesmo o caso, no entanto, o argumento do Ministro parte de uma falácia lógica, de um *non sequitur*. Concedido o ponto de que as decisões das cortes constitucionais coincidem por vezes, ou mesmo na maioria das vezes, com a opinião da maioria, tal qual aferida por pesquisas de opinião, não se segue daí que as cortes deveriam perseguir essa coincidência como uma finalidade institucional ou internalizar a “representação da maioria” como parâmetro hermenêutico de suas decisões.

Intimamente ligada a este ponto resta a questão se, de fato, as funções propostas acrescentam algum ganho epistêmico para o estudo ou o exercício da jurisdição em questão. Utilizando como exemplo casos “modelo” empregados pelo Ministro Barroso, a

⁷⁰Aqui já se teria, contudo, um conceito bastante restrito de “representatividade”. Este ponto, no entanto, não poderá ser aqui aprofundado.

⁷¹ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2203, 2018.

⁷² LAIN, Corinna Barret. *Upside-down judicial review*. *Geo. LJ*, v. 101, p. 113, 2012

⁷³ BARROSO, *op. cit.*, p. 2205.



ementa do julgamento da ADC 12, sobre o nepotismo, afirma, por exemplo, que a prática em questão é vedada por ofensa aos princípios constitucionais “da imparcialidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade”⁷⁴. De forma similar, a ementa do julgamento da ADI 4650, afirma que o financiamento empresarial constitui afronta aos “princípios democrático e da igualdade”⁷⁵. Adequadas ou não, as razões de decidir do Supremo nestes casos basearam-se na inadequação de práticas ou normas à Constituição Federal. Não parece que a “representação da maioria”, como finalidade institucional ou parâmetro hermenêutico tenha feito qualquer falta nesses casos, assim como não resta claro qual a vantagem de empregar este parâmetro em casos futuros. Há, contudo, evidentes perigos de fazê-lo, que serão melhor tratados ao final do artigo⁷⁶.

O Ministro Barroso, no entanto, parece empregar por vezes uma outra acepção de maioria, identificando-a também com um “sentimento social” a ser interpretado pela corte constitucional⁷⁷. Como exemplo de uma decisão que interpretou o “sentimento social”, o Ministro utiliza o exemplo do caso *Griswold v. Connecticut*, da Suprema Corte Norte-Americana, que considerou inconstitucional uma lei do estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Segundo o Ministro, seria possível “intuir” que a lei não expressava o sentimento majoritário em meados da década de 60 – “cenário da revolução sexual e do movimento feminista”.

Mais uma vez, enquanto teoria normativa, não parece que a “função representativa”, neste caso, traria ganhos hermenêuticos ou de autocompreensão à Suprema Corte no exercício mesmo de suas funções, que parece ter passado bem sem adjudicar para si uma “função representativa” no caso. Mas além de expressar a falta de clareza do que o Ministro Barroso entende por maioria, essa acepção revela novos problemas.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJ N.237, 18/12/2009, p. 2.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJ N.34, 24/02/2016, p. 2.

⁷⁶ Apenas a título de exemplo em sem juízo de valor, nesta mesma Revista de Direitos Fundamentais e Democracia houve uma discussão recente acerca do chamado “constitucionalismo garantista”, como resposta constitucionalmente adequada a decisões que Barroso chamaria, sob outro prisma de “iluministas”. A este respeito, ver SANTIAGO, Nestor; SOBRINHO, Luis Lima Verde. Supremo Tribunal e a Criminalização da Homotransfobia. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Vol. 27, n. 2, 2022.

⁷⁷ Cf. BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, v. 9, n. 4, p. 2201, 2018.



Isso porque o Ministro parece referir-se a uma “entidade” ou “fato social” a ser apreendido, ou, para utilizar as palavras do Ministro, “intuído” pelos juízes constitucionais. O mesmo se dá, aliás, com a função chamada de “iluminista”, quando o Ministro Barroso afirma que o caráter iluminista da decisão, de empurrar a história em uma “direção civilizatória”, é certificado, dentre outras coisas, pela captação do “espírito do tempo (Zeitgeist)”⁷⁸.

Em ambas as situações, o Ministro Barroso parece entender que o “sentimento” ou o “espírito” devem ser convertidos em razões pelo tribunal constitucional, que emerge como demiurgo de clamores difusos. O problema central, além de outros, é que interpretar sentimentos ou fatos sociais de alta abstração como o “espírito do tempo” levam, em uma análise preliminar, o Ministro a duas opções: tratar o “sentimento” ou o “espírito” como verdades autoevidentes ou entidades a serem apreendidas de maneira “estética”⁷⁹, por uma ressonância de expressões tais quais manifestadas aos juízes e por eles processadas, tornando a interpretação jurídica como fruto “de um estado mental misterioso”⁸⁰. No primeiro caso, o Ministro Barroso sucumbiria em uma espécie de intuicionismo jurídico⁸¹ e, no segundo, em uma espécie de romantismo filosófico⁸². Em ambos os casos, se afastaria do iluminismo ou do “espaço de razões” anunciado como propósito e espírito das novas funções à jurisdição constitucional, em primeiro lugar.

Seria possível, talvez, reivindicar mais uma opção, uma vez que uma “filiação racionalista” é recorrentemente invocada pelo Ministro Barroso na apresentação de suas teses. Nesse sentido, o sentimento da maioria ou o espírito do tempo poderiam ser apreciados como uma espécie de adesão a uma modalidade de realismo de valores alcançável pela cognição solipsista ou pela troca dialógica de razões. Se este fosse o caso, no entanto, se estaria diante de um novo problema: quais os parâmetros racionais para o conhecimento do sentimento da maioria ou do espírito do tempo e para a decisão de quando e como aplicar as funções majoritária e iluminista?

⁷⁸ Ibid., p. 2211.

⁷⁹ Não confundir com a “hipótese estética” de Dworkin, segundo a qual os intérpretes devem tentar apresentar o direito em sua “melhor luz”, ou da melhor forma que o direito, enquanto prática, possa ser.

⁸⁰ BUSTAMANTE, Thomas. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. In: Ommati, José Emílio Medauar (org.). Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro. Vol.2. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021, p. 8.

⁸¹ Cf. ALEYX, R. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. [s.l.] Landy Ed., 2001, p. 48-49.

⁸² RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.



Como notou recentemente Thomas Bustamante, não há, no Ministro Barroso, como geralmente se encontra em teses mais ambiciosas em relação ao papel das cortes constitucionais em uma democracia, a exemplo da de Ronald Dworkin, uma preocupação em oferecer uma disciplina do argumento ou um tipo especial de justificação como garantias pela responsabilidade reivindicada⁸³.

Em outras palavras, o Ministro Barroso não apresenta passos, condições ou calibrações entre valores que fariam as funções majoritária e iluminista serem legitimamente exercidas. Ao mesmo tempo, pelas próprias definições das funções, que contém adágios como “interpretar o sentimento da maioria” ou “empurrar a história na direção correta” o Ministro parece presumir portentosas “erudição, conhecimento de fatos relevantes e maturidade ética dos juízes”⁸⁴, sem, no entanto, esclarecer em que condições eles estariam certos ou errados.

A este respeito, o Ministro Barroso oferece apenas indicações genéricas de que as funções da Suprema Corte não seriam fungíveis, afirmando que ela não deveria ser representativa quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social e que não deveria ser iluminista, fora das “situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história”⁸⁵. Como não há, no entanto, uma disciplina do argumento, não há como saber em que consiste uma demanda social, se determinado momento é o momento de agir na história e, se reconhecidas essas “entidades” a decisão do juiz constitucional atendeu a parâmetros representativos e iluministas. Resta a confiança desmedida na capacidade dos juízes e, portanto, o problema do que fazer em relação às suas falibilidades, como já apontado por outros críticos⁸⁶.

Não obstante, o Ministro Barroso recorre à ideia de Robert Alexy de que as cortes constitucionais deveriam ser “representantes argumentativos da sociedade”. Segundo o autor em comento, Alexy afirmaria que “a única maneira de reconciliar a

⁸³ BUSTAMANTE, Thomas. O Iluminismo do senso comum. Palestra proferida no Colóquio Direito, Desacordo e Valor: o debate entre Waldron e Dworkin, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=brL0hxlvEZ4&t=1154s>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

⁸⁴ TORRANO, Bruno. Supremo não pode ter papel iluminista. *Conjur*, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

⁸⁵ BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2216, 2018.

⁸⁶ ARGUELHES, D.W. *O Supremo que não erra*. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 81 *et seq.*



jurisdição constitucional com a democracia seria concebê-la também como uma representação popular"⁸⁷.

O primeiro problema, no entanto, é que, como observaram alguns críticos, a tese de Alexy não parece ser suficiente para a afirmação positiva de uma modalidade particular de jurisdição constitucional⁸⁸, atestando tão somente a compatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia sob certas condições. Ademais, indo mais uma vez diretamente ao texto citado pelo Ministro Barroso, não há nada em Alexy que indique que as cortes devam interpretar sentimentos ou demandas da sociedade.

Na verdade, Alexy estabelece uma identificação com o que o “povo realmente pensa” em um sentido deliberativo, como uma condição de legitimação democrática das decisões da Suprema Corte. Isso no sentido de que a corte, ao decidir, deveria submeter-se, para fins de legitimidade, ao escrutínio de sujeitos racionais que assintam acerca da correção ou solidez de suas decisões⁸⁹. De modo inverso, a tese de Alexy parece inclusive inviabilizar aspectos das funções representativa e iluminista, uma vez que, segundo o esquema formulado por este jusfilósofo, as cortes não possuiriam uma legitimação volitiva, não podendo orientar, portanto, a vontade da sociedade em uma determinada direção, seja no sentido de converter anseios em provimentos, seja no sentido de “empurrar a história”.

Além disso, apesar de, neste ponto, a proposta do Ministro Barroso figurar como hiper-racionalista, como interpretada por alguns críticos⁹⁰, como já analisado, ela não parece dialogar com as condições, bastante demandantes, impostas por Alexy para o exercício da representação argumentativa, que segundo o filósofo alemão seriam 1) a existência de argumentos sólidos ou corretos e 2) a existência de pessoas racionais, aptas e dispostas a reconhecer esses argumentos como sendo sólidos e corretos⁹¹.

Em relação a essas condições, é preciso lembrar, em primeiro lugar, que, no bojo da teoria discursiva de Alexy, argumentos sólidos ou corretos adviriam da correção

⁸⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 2203.

⁸⁸ Cf. KUMM, Mattias. Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012, p. 202.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 572, p. 578 *et seq.*, 2005, p. 579.

⁹⁰ Cf. LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 108 *et seq.*

⁹¹ Não haverá espaço neste artigo para a crítica interna das teses de Alexy sobre a jurisdição constitucional que, no entanto, parecem também padecer de problemas relevantes.



propiciada pelo procedimento do discurso, cujas regras expressariam as condições do argumentar prático racional⁹². Nesse sentido, o discurso jurídico, como caso especial do discurso prático geral, também exige regras de correção, ainda que sob limitações próprias ao direito⁹³.

O Ministro Barroso, no entanto, não parece incorporar as regras discursivas de Alexy⁹⁴, utilizando a ideia de “representação argumentativa”, ao modo do que venho chamando de “fetichismo do conceito”. Isso porque, perceba-se, mais uma vez, o termo é invocado, mas suas propriedades, condições de uso, ficam para trás. Há uma “cartada” para a resolução do problema colocado, que não se coaduna, neste caso, nem com as propriedades do conceito na origem e nem com a complexidade do problema que se pretende resolver.

Assim, tais quais a “sociologia dos poderes” e a “visão do judiciário”, os pressupostos e as propriedades internas que dão sustentação às teses das funções majoritária e iluminista não parecem prosperar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste texto, procurei desenvolver uma crítica às ideias das funções majoritária e iluminista do Supremo Tribunal Federal, tais quais formuladas pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Partiu-se, em primeiro lugar do seguinte problema: haveria sustentação conceitual, normativa e institucional para tais funções? Em uma investigação de caráter teórico, dogmático-crítico, o objetivo geral foi desenvolver uma análise crítica das funções mencionadas. Defendeu-se, de maneira geral, que essas funções, tais quais

⁹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 26.

⁹³ Nesse sentido, Alexy levanta regras de justificação, como a necessidade de apresentação de ao menos uma norma universal para justificação de um julgamento jurídico, a obrigação do julgamento jurídico seguir logicamente de ao menos uma norma universal juntamente com outras afirmações, a prioridade dos argumentos que exprimem uma ligação com o teor literal da lei ou com a vontade do legislador e a consideração de todos os argumentos que for possível propor. Também estabelece regras da argumentação dogmática, como a necessidade de fundamentar todo o enunciado dogmático mediante o emprego de pelo menos um argumento prático de tipo geral, a obrigação de que todo o enunciado dogmático deva poder ser bem-sucedido em uma comprovação sistemática e a obrigação de se usar argumentos dogmáticos se estes podem ser usados. Estabelece também regras sobre o uso de precedentes, como a obrigação de citar um precedente a favor ou contra uma decisão, se isso puder ser feito ou arcar com o ônus da argumentação toda a vez que se queira afastar um precedente (cf. Alexy, 2001, p. 218 *et seq.*).

⁹⁴ Recepções de Alexy no Brasil que desconsideram os procedimentos formais estabelecidos por este autor já foram discutidas em outro contexto por Lenio Luiz Streck em STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v.10, n. 10, 2011.



apresentadas, carecem de pressupostos coerentes e propriedades internas robustas, representando um exemplo do que foi chamado de “fetichismo do conceito”.

Em síntese, foi criticada primeiramente “sociologia dos poderes” do Ministro Barroso, que atribuiria uma série de problemas aos poderes políticos em sentido estrito e poucos ao judiciário, em uma leitura muito parcial da própria bibliografia que coligiu ao debate. Em segundo lugar, procurou-se contrastar sua ideia de que o judiciário seria, de alguma maneira, intérprete privilegiado dos anseios das maiorias.

Mais importante, contudo, foi examinar os próprios pressupostos e propriedades internas das funções majoritária e iluminista. Em síntese, defendeu-se que elas partem de um *non sequitur*: em nome de certas características que encontra no judiciário ou mesmo em certas decisões judiciais, o Ministro Barroso deseja dar um salto. Extrair de um suposto ser, um dever ser.

Além de não se poder atribuir novas funções a partir de decisões anteriores, não há justificativas robustas nos textos do Ministro de que reconhecer tais funções como parâmetros normativos agregaria algo nas próprias decisões citadas ou elogiadas, que passaram bem sem suas existências.

Como visto, no entanto, o Ministro Barroso vai além, demandando de se confie aos juízes, de maneira geral, e ao STF, de maneira particular, a capacidade de “captar sentimentos” e transformá-los em provimentos, sem com isso oferecer garantias em termos de disciplina do argumento ou parâmetros discursivos que, de alguma forma, estabelecessem alguma forma de controle público sobre as funções representativa ou iluminista. Nesse ponto, curiosamente, sua tese oscila entre uma espécie de intuicionismo e hiperracionalismo, romantismo e iluminismo, oscilando na própria direção do argumento.

Essa oscilação também ocorre no recurso à Alexy, já que a tese da “representação argumentativa”, advogada pelo jusfilósofo alemão, pressupõe uma visão deliberativa de democracia que é, em última instância, incompatível com a função iluminista advogada pelo Ministro Barroso, uma vez que, dentre outras coisas, sacrificaria procedimentos em nome de determinado resultado ou avanço em certa direção.

Como dito no início deste trabalho, não se descarta todas as possibilidades ou acepções a partir das quais o Poder Judiciário exerça algum “papel representativo”. Ao menos no nível atual de formulação, no entanto, há poucos motivos para defender que este



seja o caso das teses do Ministro Barroso. Menos ainda quando se trata de uma proposição inusual, para dizer o mínimo, de uma função alcunhada de “iluminista”.

O Ministro Barroso, no entanto, ao advogar essas funções, parece reproduzir uma certa autocompreensão de membros do sistema de justiça, crentes em uma certa “razão judicial” ou mesmo na capacidade de “conduzir” ou “reformar” a sociedade a partir dos “tribunais”. Tendo sido mapeada pelas ciências sociais e não sendo, muito provavelmente, fenômeno passageiro, é importante que a academia contribua para a crítica e a reforma dos “reformadores”⁹⁵.

A este respeito procurei também apontar que ao propor as funções majoritária e iluminista da forma que o fez, o Ministro Barroso incorreu em uma forma de “fetichismo do conceito”. Em resumo, o encobrimento de um portentoso déficit de racionalidade e complexidade institucional, obnubilado pelo apelo estético da enunciação. Ocorre, no entanto, que os efeitos no campo jurídico são bastante concretos, gerando, por exemplo, resolução de casos, adjudicação de poderes e outros com base em “cartadas” jurídicas por meras invocações de princípios ou termos, como no caso das funções representativa e iluminista.

Assim, além da crítica das funções apresentadas em si mesmas, criticar também o modo pela qual foram propostas, pode configurar empresa importante para a compreensão do direito e do judiciário brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. [s.l.] Landy Ed., 2001.

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

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ARGUELHES, D.W. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

⁹⁵ Cf. LYNCH, Christian Edward Cyril. **Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciarista”**. *Insight Inteligência*, v. XX, n. 79, 2017.



ARGUELHES, D. W.; HARTMANN, I. A. Timing control without docket control: How individual justices shape the brazilian supreme court's agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 105–140, 2017.

BACKES, Ana Luiza; PONTES, Roberto Carlos Martins. Empurrando a história: mas para onde? Uma análise das regras partidárias criadas pelo STF. In: SILVA, Rafael Silva e (org.). *30 Anos da Constituição: desafios e perspectivas para o futuro*. Brasília: Senado Federal, 2018.

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

BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018.

BICKEL, A. M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. [s.l.] Yale University Press, 1986.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. In: BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJ N.237, 18/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4650. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJ N.34, 24/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5526. Relator p/ acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. DJ N.59, 07/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.152752. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJ N.127, 27/06/2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.26603. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJ N.241, 19/12/2008.

BRÍGIDO, Carolina; FUX, Luiz. Luiz Fux acusa o Congresso de tentar enfraquecer o Judiciário em reação à Lava-Jato. *O Globo*, 2017. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/luiz-fux-acusa-congresso-de-tentar-enfraquecer-judiciario-em-reacao-lava-jato-21754511>, acesso em 19 de março de 2024.

BUSTAMANTE, Thomas. O Iluminismo do senso comum. Palestra proferida no Colóquio Direito, Desacordo e Valor: o debate entre Waldron e Dworkin, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=brL0hxlvEZ4&t=1154s>>. Acesso em: 21 nov. 2019.



BUSTAMANTE, Thomas. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. In: Ommati, José Emílio Medauar (org.). Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro Vol.2. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021.

DAHL, Robert. A democracia e seus críticos. São Paulo: WMF Martins fontes, 2012.
DE ALMEIDA, F. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. Lua Nova, n. 97, p. 213–252, 2016.

ELHAUGE, E. R. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? The Yale Law Journal, v. 101, n. 1, p. 31, out. 1991.

FELIPPE, Marcio Sotelo. O gato preto do ministro Barroso e as ilusões juridicistas. Revista Cult. 2019. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/luis-roberto-barroso-stf/>, acesso em 21/11/2019.

BACKES, Ana Luiza; PONTES, Roberto Carlos Martins. Empurrando a história: mas para onde? Uma análise das regras partidárias criadas pelo STF. In: SILVA, Rafael Silva e (org.). 30 Anos da Constituição: desafios e perspectivas para o futuro. Brasília: Senado Federal, 2018.

DAHL, Robert. Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. Journal Public of Law, 1957, p. 279 a 295.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from brazil. Texas Law Review, Vol.89, N.1643, 2010.

FONTAINHA, F.; JORGE, T. F. S.; SATO, L. S. S. Os três poderes da elite jurídica: a trajetória político-partidária dos ministros do STF (1988-2013). Revista de Ciências Sociais: RCS, v. 49, n. 2, p. 93–131, 2018.

GERHARDT, M. J. Attitudes About Attitudes. Mich. L. Rev., v. 101, p. 1733, 2002.

GLEZER, Rubens. Catimba Constitucional: O STF, do antijogo à crise constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

GRABER, M. A. The countermajoritarian difficulty: From courts to congress to constitutional order. Annual review of law and social science, v. 4, p. 361–384, 2008.

GROSS, Clarissa Piterman. Como responder cientificamente a uma questão jurídica controvérsia. In: MAFEI, Rafael; FEFERBAUM, Marina. Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2021.

GUSMÃO, L. DE. O fetichismo do conceito: limites do conhecimento teórico na investigação social. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade: Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da modernidade. São Paulo: Editora Unesp, 2020.



HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HARTMANN, Ivar; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017

KLARMAN, Michael. Majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *Geo. LJ*, v. 85, p. 491, 1996.

KUMM, Mattias. Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012.

LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. *Geo. LJ*, v. 101, p. 113, 2012.

LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciarista”. *Insight Inteligência*, v. XX, n. 79, 2017.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

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

SANTIAGO, Nestor; SOBRINHO, Luis Lima Verde. Supremo Tribunal e a Criminalização da Homotransfobia. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Vol. 27, n. 2, 2022
SEGAL, J. A.; SPAETH, H. J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. [s.l.] Cambridge University Press, 2002.

SILVA, J. M. *MAPEANDO O SUPREMO: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017)* 1. *Novos Estudos*, n. 110, p. 34–54, 2018.

SILVA, V. A. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasiliis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v.10, n. 10, 2011

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *Interpretation and institutions*. *Mich. L. Rev.*, v. 101, p. 885, 2002.



TEIXEIRA, João Paulo Fernandes; LOBO, Júlio Cesar Matias; DEOCLECIANO, Pedro Rafael. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. V 27, n. 3, 2022.

TORRANO, Bruno. Supremo não pode ter papel iluminista. *Conjur*, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-nao-papel-iluminista>>. Acesso em: 6 nov. 2019.

TORRANO, Bruno. Condenados em segundo grau conseguem HC no Supremo em 23% dos casos. *Conjur*, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-04/condenados-grau-hc-stf-23-casos/>> Acesso em: 6 nov. 2019.

UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia*. [s.l.] Boitempo Editorial, 2004.
Austin, J.L. *How to do things with Words*. Oxford: Clarendon Press, 1962.