

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

**JURACI MOURÃO LOPES FILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

#### **Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçtiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-183-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

#### **Apresentação**

No momento atual em que se atravessam diversas dificuldades decorrentes a contextualizar a pandemia Covid-19 em nível mundial, observa-se a descontinuidade de inúmeras atividades educacionais, industriais, comerciais e de serviços em geral. Mesmo diante do caos instaurado pela necessária redução das atividades humanas, a busca de soluções não pode parar. Este é o pensamento do Conpedi, ao se desdobrar e se reinventar para redesenhar seus tradicionais eventos, notadamente o Congresso Nacional do Conpedi, propondo a inovadora modalidade digital, para os dois eventos deste ano, desta feita, materializado pelo II Encontro Virtual do Conpedi – Direito Pandemia e Transformação Digital. Novos tempos, novos desafios. Com grande honra, o Grupo de Trabalho de Teorias do Direito, da Decisão e do Realismo Jurídico traz a compartilhar com a Comunidade Científica, por meio dos presentes anais, trabalhos de grande indagação a respeito de temas atuais e controversos, como no âmbito das indagações de matriz teórica, enfrentou-se a discussão, tida como questão de princípio, a desafiar a existência efetiva de distinção pela teoria de Ronald Dworkin entre regras e princípios, ou se esse aporte se deu apenas de forma instrumental, sem constituir efetivamente uma posição teórica aplicável à resolução de casos concretos. Nesse mesmo matiz, propôs-se uma incursão na contribuição dada pela abordagem interdisciplinar, notadamente pela psicologia, ao Realismo Jurídico norte-americano. Os direitos de personalidade se viram contemplados em sua efetividade e coerência funcional, a partir de reflexão sobre o positivismo jurídico e em contexto de Estado de exceção. Já no campo da Jurisdição Constitucional, discutiu-se a possibilidade da aplicação da interpretação moral como ponto de convergência entre as teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, assim como se analisou a adequação ou não da aplicação da técnica de Declaração de “Estado de Coisas Inconstitucional” quanto ao exercício da soberania. Some-se ainda texto crítico à qualidade da deliberação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar pela análise de alguns casos, as contradições em matéria de argumento e de categorias jurídicas segundo a posição de cada julgador. A abordagem neo-constitucionalista se viu analisada e questionada em termos da teoria da efetividade das decisões judiciais, no atual contexto pandêmico, face às contradições nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Mantendo a preocupação com a qualidade dos julgamentos pelo Poder Judiciário, pôs-se em discussão a falibilidade das provas judiciais e a potencial construção da verdade, no intuito da busca da verdade real, no atual sistema processual brasileiro, assim como a vigência e eficácia das normas jurídicas em ambiente de garantismo jurídico.

Com grande honra temos o prazer de apresentar a presente coletânea de debates sob a forma de anais do II Encontro Virtual do Conpedi. Desejamos a todos uma agradável leitura e excelente oportunidade de reflexão.

Juraci Mourão Lopes Filho - Organizador do II Encontro Virtual do Conpedi: Direito Pandemia e Transformação Digital. Novos tempos, novos desafios. Coordenador do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS; possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). Concluiu Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará (2002). Obteve Grau de Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2005). Concluiu Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2012). Atualmente é Professor (Graduação e Pós-graduação) do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Atua como Procurador do Município de Fortaleza e advogado. Membro da Academia Cearense de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual Civil e Teoria do Direito.

Rogério Luiz Nery da Silva - Professor-Doutor no Mestrado e Doutorado da UNOESC; graduado pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ - 2000). Especialização: em Direito Empresarial e Tributário (FGV-Rio); em ; Pedagogia da Educação Superior (UFRJ); em Direito Público e Privado (EMERJ-UNESA); em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho (UGF); Mestrado em Direito e Economia (UNIG); Doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA); Pós-Doutorado em Direitos Fundamentais e Ciência Política (Université de Paris X - Nanterre/La Defense); Professor na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor na Fundação Escola Superior da defensoria do Estado do Rio de Janeiro. Professor pelo Programa Erasmus na Cardinal Stefan Wyszyński (Varsóvia - Polônia). Professor convidado na Università degli studi di Roma (La Sapienza) na Facoltà de Scienze Politiche; membro vitalício da Academia Nacional de Economia (ANE-1944) - Cátedra nº 198. Direito Constitucional, Administrativo, Políticas Públicas, Direito internacional, Direitos Humanos, Teoria do Direito e Análise Econômica do Direito.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# APONTAMENTOS SOBRE A QUALIDADE DA DELIBERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## NOTES ABOUT THE QUALITY OF DELIBERATION IN THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

Daniel Britto Freire Araújo <sup>1</sup>

Rafael da Silva Menezes <sup>2</sup>

Wilken Almeida Robert <sup>3</sup>

### Resumo

O presente estudo versa sobre a prática da deliberação no Supremo Tribunal Federal, a partir do ponto de vista proposto por Conrado Hübner Mendes, dentro da perspectiva teórica de realização da democracia deliberativa no interior de cortes constitucionais. Nesse intento, será abordada a relação entre jurisdição constitucional e democracia, a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial, na perspectiva teórica de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Ao final, observa-se que a colegialidade pode contribuir para o aperfeiçoamento da qualidade de deliberação no Supremo Tribunal Federal

**Palavras-chave:** Democracia, Deliberação, Cortes constitucionais

### Abstract/Resumen/Résumé

This study deals with the practice of deliberation in the Supreme Federal Court, from the point of view proposed by Conrado Hübner Mendes, within the theoretical perspective of realizing deliberative democracy within constitutional courts. In this attempt, the relationship between constitutional jurisdiction and democracy, the question of the “last word” and some parameters of judicial self-containment will be addressed, in the theoretical perspective of Cláudio Pereira de Souza Neto and Daniel Sarmento. At the end, it is observed that collegiality can contribute to improving the quality of deliberation in the Supreme Federal Court.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Democracy, Deliberation, Constitutional courts

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado (Especialista) em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Defensor Público do Estado do Amazonas

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (Universidade de Coimbra – Ius Gentium Conimbrigae). Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFAM.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado (Especialista) em Direito Público pela Universidade Federal do Amazonas. Consultor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Amazonas

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho versa sobre a qualidade da deliberação do Supremo Tribunal Federal, a partir do ponto de vista de Conrado Hübner Mendes, dentro da perspectiva teórica de realização da democracia deliberativa no interior de cortes constitucionais.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário no Brasil, notadamente o Supremo Tribunal Federal, passou a ocupar um lugar de destaque no cenário político e institucional da sociedade brasileira. Com efeito, o exercício mais frequente do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos provenientes do Poder Legislativo e Executivo, traz consigo inevitáveis questionamentos acerca da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.

Além da necessidade de serem observados alguns parâmetros de autocontenção judicial no exercício do controle de constitucionalidade, também deve ser aperfeiçoada a qualidade da deliberação da Corte, de modo que seus juízes sejam participantes ativos, apresentando suas reinvidicações, argumentos e, submetendo a decisão final a um escrutínio rigoroso.

Tendo em vista a dificuldade que o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado para se tornar uma Corte efetivamente deliberativa, pretende-se, com o presente estudo, identificar os obstáculos e sugerir meios para a consecução desse fim.

## **2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: A QUESTÃO DA ÚLTIMA PALAVRA E ALGUNS PARÂMETROS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL**

A expansão do Poder Judiciário e o avanço da jurisdição constitucional é um fenômeno que ocorre praticamente em todo mundo. Em razão disso, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões tomadas pelos legisladores eleitos pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade (SARMENTO; NETO, 2013).

Todavia, de modo a minimizar essa dificuldade contramajoritária, os mencionados autores sugerem duas medidas: (i) a adoção de uma teoria de diálogos constitucionais, que negue tanto à Corte Constitucional como aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a última palavra sobre o significado das normas constitucionais; (ii) a definição de diferentes *standards* de deferência do Poder Judiciário no exercício do controle de

constitucionalidade, em face de atos e omissões dos outros poderes (SARMENTO; NETO, 2013).

No tocante à ideia de diálogos constitucionais, é importante destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui alguma abertura para revisão dos seus posicionamentos anteriores, sobretudo quando postos em xeque por atos legislativos subsequentes (efeito *backlash*), a exemplo do que ocorreu com a superação da Súmula 726 pela L.11.301/2006.

Neste caso específico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia se consolidado no sentido de que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”, conforme redação do referido verbete sumular. Todavia, o Congresso Nacional produziu norma jurídica em sentido contrário a esse entendimento, qual seja, a Lei nº. 11.301/2006<sup>1</sup>, que determinou que também deveriam ser computados para tal fim as atividades de direção escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas em estabelecimento de educação básica.

Contra tal lei foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3772/DF), tendo a Corte, por ocasião do julgamento, acatado a mudança legislativa da sua interpretação constitucional em caso previdenciário, o que implicou em revisão de seu próprio posicionamento anterior na matéria<sup>2</sup>.

Essa mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal serve para ilustrar como suas decisões podem ser temporárias, na medida em que o diálogo entre as instituições é contínuo e sempre existe a possibilidade de deliberação posterior a respeito do acerto ou desacerto de determinada decisão. Neste contexto, Amy Gutmann e Dennis Thompson (2004)

---

<sup>1</sup> A Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006, alterou o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Nos seguintes termos: “Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.”

<sup>2</sup> No Brasil, também não é incomum que o Congresso Nacional aprove emenda constitucional com conteúdo normativo totalmente contrário ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Tal situação ocorreu, por exemplo, por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4983, julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei Estadual 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural. Posteriormente, contudo, foi aprovada pelo Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 96/2017, acrescentando o parágrafo sétimo ao art.225 da Constituição da República, com a seguinte redação: “Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

apontam que a deliberação pressupõe, necessariamente, o respeito mútuo entre aqueles envolvidos na argumentação, o que, por sua vez, possibilita a correção de erros políticos e realça a dinamicidade inerente às democracias deliberativas<sup>3</sup>.

E arremata, neste mesmo diapasão, Rafael da Silva Menezes:

Assim, mediante o amadurecimento argumentativo, os novos embates de razões públicas, mediante a apresentação de outros argumentos ou o refinamento de um argumento anterior, influenciam decisões futuras e, até mesmo, podem fundamentar a exigência de correção de rumos (MENEZES, 2019, p.34)

Essa abertura ao diálogo entre as instituições é salutar, na medida em que permite o controle recíproco entre os poderes do Estado, viabilizando a correção de erros na interpretação constitucional. Até mesmo porque nenhuma instituição é infalível na tarefa de interpretação das normas constitucionais, ou seja, todas estão sujeitas a equívocos hermenêuticos, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional, pelo simples fato de que não há última palavra em muitos casos. As decisões do STF podem, por exemplo, provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes, levando a própria Corte a rever a sua posição inicial sobre um determinado assunto. Há diversos mecanismos de reação contra decisões dos Tribunais Constitucionais, que vão da aprovação de emenda constitucional em sentido contrário, à mobilização social em favor da nomeação de novos ministros com visão diferente sobre o tema (SARMENTO; NETO, 2013, p.136).

Ademais, o controle de constitucionalidade deve ser realizado com moderação, de modo a não subtrair do legislador o seu espaço de livre conformação, fundado na democracia e na separação de poderes. Em outras palavras, é recomendável que os juízes se abstenham de se intrometer de maneira intensa e frequente na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da aplicação da doutrina da autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário, fortemente praticada nos Estados Unidos da América<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Os mencionados autores afirmam que essa dinamicidade inerente às democracias deliberativas pode conduzir ao que eles denominam *principle of the economy of moral disagreement*, que seria capaz de reduzir eventuais riscos de polarização e fragmentação da sociedade: *giving reasons for their decisions, citizens and their representatives should try to find justifications that minimize their differences with their opponents [...] By economizing on their disagreements, citizens and their representatives can continue to work together to find common ground, if not on the policies that produced the disagreement, then on related policies about which they stand a greater chance of finding agreement* (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p.7).

<sup>4</sup> Convém registrar a seguinte passagem de Dimitri Dimoulis acerca da aplicação da doutrina de autocontenção nos Estados Unidos da América: “Nos EUA, a autolimitação judicial se manifesta, em primeiro lugar, em relação ao objeto de controle. Os tribunais não fiscalizam as Emendas constitucionais, nem questões políticas e se abstêm



Neste contexto, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013), sustentam que o Poder Judiciário deve observar os seguintes *standards* ou parâmetros de autocontenção judicial: (i) Grau de legitimidade democrática do ato normativo; (ii) Deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia (direitos políticos, liberdade de expressão, acesso à informação e prerrogativas políticas da oposição), bem como das minorias estigmatizadas; (iii) Normas que restrinjam direitos fundamentais básicos, liberdades públicas e existenciais merecem um escrutínio mais rigoroso; (iv) Respeito à capacidade institucional e técnica dos outros poderes para decidir a respeito de matérias muito específicas fora do direito, a exemplo da economia; (v) Verificação da época em que foi editado o ato normativo impugnado.

Frise-se que a observância de tais parâmetros de autocontenção por parte do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público não podem, de maneira alguma, afastá-lo de sua mais importante missão num Estado democrático de direito, a saber: a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e o zelo pelos pressupostos da democracia.

No contexto brasileiro, o papel da jurisdição constitucional é de importância central na busca de concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil<sup>5</sup>, bem como pela efetivação das promessas do constitucionalismo democrático, estampados no Preâmbulo<sup>6</sup> da Constituição da República de 1988. Neste sentido, confira-se:

A jurisdição constitucional é peça importante nas engrenagens do constitucionalismo democrático. No Brasil, o seu exercício tem contribuído para avanços significativos em campos fundamentais, como a proteção de minorias estigmatizadas, o respeito a valores republicanos e a preservação das regras do jogo democrático. Porém, não há solução para os problemas nacionais que não passe pelo resgate da política, seja na esfera institucional da atividade parlamentar, seja no campo informal das mobilizações da cidadania.

---

do controle em certos casos (limites de justiciabilidade). A autocontenção se manifesta, em segundo lugar, nos resultados do controle de constitucionalidade. Em mais de 200 anos de atuação fiscalizadora, a Suprema Corte dos EUA só declarou a inconstitucionalidade de aproximadamente 150 leis federais” (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 468).

<sup>5</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>6</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

No cumprimento desse importante mister, o Supremo Tribunal Federal, desde o advento da Constituição da República em 1988, possui diversos julgados com forte teor de promoção dos direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo: (i) Possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510); (ii) Impossibilidade da prisão civil do depositário (Súmula Vinculante 25); (iii) Proibição do uso abusivo de algemas (Súmula Vinculante 11); (iv) Possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4.277 e ADPF 132); (v) A constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas e vagas ofertadas em concursos públicos (ADPF 186 e ADC 41); (vi) A possibilidade de publicação de biografias independentemente de autorização da pessoa biografada (ADI 4.815), entre outras importantes decisões.<sup>7</sup>

É oportuno sublinhar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar os casos acima mencionados, a depender do conteúdo de cada decisão, acabou por desempenhar as funções ou papéis principais dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, que, conforme destaca Luís Roberto Barroso (2017) são três, a saber: (i) Contramajoritário; (ii) Representativo e (iii) Iluminista.

O papel contramajoritário se dá nas hipóteses em que o tribunal invalida atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo por considerá-los contrários à Constituição, seja para assegurar o respeito às regras do jogo democrático, seja para assegurar o respeito aos direitos fundamentais.

Típicas decisões contramajoritárias na experiência brasileira tem sido a declaração de inconstitucionalidade da criação de tributos, da cobrança de contribuição previdenciária em certos casos e da proibição de progressão de regime prisional nos crimes hediondos, conforme exemplifica Luis Roberto Barroso (2017).

O papel representativo, por sua vez, consiste na função de atender demandas sociais que não foram atendidas pelo processo político majoritário. No Brasil temos alguns exemplos importantes desse modo de atuação: (i) Proibição do nepotismo nos três poderes (Súmula Vinculante n. 13); (ii) Fidelidade partidária: o STF entendeu que a mudança de partido por candidato eleito em eleições proporcionais acarreta a perda de mandato; (iii) Proibição de financiamento eleitoral por empresas (BARROSO, 2017).

---

<sup>7</sup> Para a análise destas e de outras importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, conferir a obra “30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF”, de Lenio Luiz Streck. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Por fim, o papel iluminista<sup>8</sup>, no qual a corte constitucional atua para empurrar a história, promovendo avanços civilizatórios, por exemplo, na proteção de direitos fundamentais de minorias estigmatizadas. Exemplos de decisões iluministas no Brasil: a) decisão que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo; b) Interrupção da gestação de fetos anencefálicos (BARROSO, 2017).

### 3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: BREVE HISTÓRICO E PANORAMA ATUAL

Criado no ano de 1828, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal é o mais antigo órgão judicial brasileiro. Atualmente desempenha a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, destacando-se, notadamente, por exercer o controle concentrado de constitucionalidade, entre outras competências (MENDES; BRANCO, 2018).

Do ponto de vista histórico<sup>9</sup>, vale frisar que a denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada pela primeira vez na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal (MENDES; BRANCO, 2018)

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, que se destaca por ter sido a primeira a instituir o controle da constitucionalidade das leis no Brasil, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59. À época, o Tribunal era composto por quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado. A

---

<sup>8</sup> O entendimento de que os juízes de uma corte constitucional devem desempenhar o papel de “vanguarda iluminista” da sociedade, conforme defendido por Luís Roberto Barroso, é alvo de severas críticas por parte de setores da doutrina, a qual afirma ser tal ideia impregnada de forte viés autoritário. Neste sentido, a título ilustrativo, conferir a crítica contundente feita por João Paulo K. Forster e Mártin Haeblerlin: “Não se pode, pois, confundir decisões de vanguarda (e, nesse sentido, ativistas) de Tribunais Constitucionais estabelecidas dentro da multiplicidade de significados extraíveis naturalmente dos textos, com decisões cuja vanguarda advém de verdadeira ginástica hermenêutica desses textos, para deles fazer extrair aquilo que, ainda que politicamente desejável, é juridicamente inaceitável, a considerar a autolimitação. Há, assim, uma ética inerente à autolimitação judicial, pois parte ela de uma declaração de humildade do juiz: aquela de dizer que o texto, que constitui sua jurisdição, há de ser maior que ele em sua jurisdição. Iluminar o texto, seguramente, é papel dos juristas ao menos desde que o direito passou a ser estudado nas universidades [...]. Tal iluminismo passa, como ensinou Kant, pelo uso público da razão, o que se identifica, em direito, com o dever de fundamentação adequada. Mas, ao iluminar os textos, fundamentando-os, devem os juristas, notadamente aqueles que exercem a função de guarda da Constituição, ter no seu texto o limite de sua liberdade. Não podem acreditar, nem por um momento, que são mais iluminados que os constituintes, porque isso equivaleria a dizer que se arvoram no papel de iluminar o próprio povo, na escuridão da qual ele mesmo seria culpado, quiçá por não pensar como o juiz iluminista. Um déspota esclarecido, afinal, não deixa de ser um déspota (FORSTER; HAEBERLIN, 2019, p. 639)

<sup>9</sup> Para uma leitura aprofundada sobre a história do Supremo Tribunal Federal v. Curso de Direito Constitucional, 13ª ed., Ed. SaraivaJur, de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, págs. 1.062 a 1.084.

instalação ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, nos termos do Decreto n.º 1, do dia 26 do mesmo mês.

Após a Revolução de 1930, a qual encerrou a Primeira República, o Governo Provisório decidiu, através do Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de ministros para onze. A Constituição de 1934, por sua vez, mudou a denominação do órgão para “Corte Suprema” e manteve o número de onze Ministros, dele tratando nos artigos 73 a 77. A Constituição “Polaca” de novembro de 1937, por sua vez, restaurou a denominação “Supremo Tribunal Federal”, lhe dedicando os artigos 97 a 102.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 dedicou ao Tribunal os artigos 98 a 102, tendo sido mantido o número de onze ministros, assegurando-se a possibilidade desse número ser elevado mediante proposta do próprio Tribunal. Ainda sob a égide da Carta de 1946, em 21 de abril de 1960, em decorrência da mudança da capital federal, o Supremo Tribunal Federal foi transferido para Brasília, onde está sediado na Praça dos Três Poderes, depois de ter funcionado por quase sete décadas na cidade do Rio de Janeiro.

No período do regime militar, instaurado pelo golpe militar de 1964, foi editado o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, o qual aumentou o número de Ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com base no Ato Institucional n.º 5, de dezembro de 1968, foram aposentados, em janeiro de 1969, três Ministros<sup>10</sup>. Posteriormente, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu o número de onze Ministros, o qual foi mantido pela Constituição da República de 1988.

Com a redemocratização do Brasil, a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, deu especial destaque ao Supremo Tribunal Federal, a quem atribuiu a função precípua de guarda da Constituição, dedicando-lhe os artigos 101 a 103. Sobre o papel atribuído ao Tribunal pela Constituição de 1988, Oscar Vilhena Vieira escreve o seguinte:

A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel central no sistema político brasileiro. Nos últimos anos, raros foram os dias em que decisões do Supremo Tribunal Federal não se tornaram manchete dos principais jornais brasileiros, seja nos cadernos de política, economia, legislação, polícia, seja mesmo de ciência, educação ou cultura. Todas as questões mais relevantes discutidas na sociedade brasileira parecem, mais dia menos dia, reclamar uma decisão do STF, tornando a sua presença uma constante na nossa vida pública (VIEIRA, 2018, p.161).

---

<sup>10</sup> Foram aposentados compulsoriamente pelo regime militar brasileiro os seguintes Ministros do Supremo Tribunal Federal: Victor Nunes, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

O mesmo autor esclarece que essa expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal decorre da sobreposição das funções atribuídas ao Tribunal, as quais podem ser subdivididas em três: (i) Tribunal constitucional; (ii) Tribunal de recursos e (iii) Tribunal de primeira e última instância para julgamento de altas autoridades (VIEIRA, 2018).

Como Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal desempenha a função de realizar o controle de constitucionalidade das leis atos normativos, através do julgamento das diferentes ações de controle de constitucionalidade existentes (ADI, ADC, ADPF etc). Já na função de tribunal de recursos, o Supremo tem a incumbência de revisar milhares<sup>11</sup> de casos originários de tribunais inferiores, através, por exemplo, da análise de recursos extraordinários.

Por fim, como foro especializado de julgamento de altas autoridades, compete também ao Supremo Tribunal Federal servir como juízo de primeira e última instância criminal, como nos casos da Ação Penal 470 (Mensalão) e da Operação Lava Jato (VIEIRA, 2018).

A fenômeno de ascensão institucional do Supremo Tribunal Federal e o crescente impacto de suas decisões na sociedade brasileira foi denominado por Oscar Vilhena Vieira de Supremocracia. Confira-se:

Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. Sua arquitetura está baseada na concentração de três funções jurisdicionais nas mãos de uma única corte, assim como na criação de canais de acesso direto aos atores políticos para provocar a jurisdição do Tribunal (VIEIRA, 2018, p.162).

Desta forma, nas últimas três décadas, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, no exercício da supracitada supremocracia, o STF vem decidindo sobre temas fundamentais da sociedade brasileira, que vão desde a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e/ou pesquisas científicas, passando pelas cotas raciais em universidades públicas, até a publicação de biografias não autorizadas, entre diversos outros casos<sup>12</sup>, o que, por sua vez, desperta o interesse sobre a qualidade (ou não) do

---

<sup>11</sup> No ano de 2019 foram proferidas 64.898 decisões finais apenas em sede de recursos extraordinários (RE), recursos extraordinários com agravo (ARE) e agravos de instrumento (AI). Fonte: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competenciarecursal>

<sup>12</sup> Atualmente a temática do ativismo judicial tem recebido atenção por parte da comunidade acadêmica, a qual se divide a respeito da sua compatibilidade, ou não, com os parâmetros democráticos e com a separação dos poderes. A respeito do assunto, conferir a obra do Professor Elival da Silva Ramos: *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2ª ed. Ed. Saraiva.

processo decisório do STF, ou seja, sobre como se dá o processo deliberativo nesta Corte Constitucional, conforme será abordado no próximo tópico.

#### **4. CORTES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA DELIBERATIVA: A PERSPECTIVA DE CONRADO HÜBNER MENDES**

No Brasil, depois de um hiato autoritário que durou mais de 20 anos, conhecido como período da ditadura militar (1964-1985), a Constituição da República, promulgada em 1988, edificou um Estado Democrático de Direito, isto é, uma ordem de domínio legitimada pelo povo, na qual o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos (CANOTILHO, 2002).

Sobre a democracia imaginada pelo constituinte de 1988, José Afonso da Silva esclarece o seguinte:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2005, p.119-120).

Por seu turno, Rafael da Silva Menezes aprofunda a análise da democracia brasileira, ao explicar que a Constituição de 1988 articula a prática democrática em três pilares. Confira-se:

A Constituição Federal de 1988 articulou a prática democrática brasileira sob três pilares: (i) participação; (ii) representação; (iii) deliberação e, para tanto, previu expressamente 25 possibilidades de intervenção democrática, cujos raios de atuação variam desde o direito ao voto, participação em plebiscitos e referendos, propositura de leis de iniciativa popular, perpassando pela propositura de ação popular e gestão compartilhada do ensino e da previdência (MENEZES, 2019, p. 246).

Desperta maior interesse, para os fins do presente artigo, a análise da democracia na perspectiva deliberativa, sobretudo a forma como se dá a prática da deliberação no âmbito do Supremo Tribunal Federal do Brasil, de acordo com a visão de Conrado Hübner Mendes, contida em seu livro *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*.

De acordo com a definição do dicionário, a palavra *deliberação* possui diversos significados, a saber: (i) Ação ou efeito de deliberar; (ii) Debate oral de um assunto entre muitas pessoas para tomar uma decisão, resolver um problema etc.; (iii) Resolução que se toma após uma discussão ou reflexão; (iv) Ação baseada em consulta e/ou reflexão.

Portanto, deliberação é um termo plurívoco, e remete necessariamente à ideia de diálogo e conversa, debate e justificativa, publicidade e racionalidade, mutualidade e auto-modéstia, consenso e bem comum.

Para Conrado Hübner Mendes, a deliberação, no contexto da teoria democrática, é um componente valioso na tomada de decisões coletivas e deve ser compreendida como “uma prática respeitosa e inclusiva de raciocinar juntos, enquanto busca continuamente soluções para demandas decisórias, de formar sua posição através da troca de razões, na busca de consenso sobre assuntos relacionados ao bem comum” (2013, p.19).

Em complemento a essa ideia, Amy Gutmann e Dennis Thompson (2004) entendem que a deliberação é uma prática que consiste em um debate acessível a todos os interessados, na qual os participantes expõem suas razões e que serve, numa democracia, para a tomada de decisões por cidadãos livres ou seus representantes, de modo que seja possível se obter a aceitação mútua sobre a questão deliberada entre todos os presentes<sup>13</sup>.

No âmbito das cortes constitucionais, a prática da deliberação se afigura de suma importância, na medida em que ajuda a responder uma das perguntas mais frequentes elaboradas pelos estudiosos do direito constitucional nas últimas décadas: o controle judicial de constitucionalidade, por meio do qual juízes não eleitos controlam os atos do legislador eleito, seria compatível com a democracia?

Na perspectiva de Conrado Hübner Mendes (2013), o controle de constitucionalidade seria desejável porque cortes constitucionais configurariam ‘fóruns deliberativos singulares’, ou seja, espaços que privilegiam o argumento à contagem de votos e que se esforçam para persuadir e/ou ser persuadido por meio de razões imparciais.

É dado, portanto, um especial enfoque à ideia de diálogo institucional, na linha defendida por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional,

---

<sup>13</sup> Ainda de acordo com Amy Gutmann e Dennis Thompson (2004), para que a deliberação ocorra são necessárias a observância, por parte dos envolvidos, de algumas exigências, a saber: (i) Reciprocidade: as razões expostas nos debates devem ser ouvidas por todos com consideração, de maneira a se buscar por uma cooperação justa; (ii) Publicidade: as razões precisam ser acessíveis para todos os cidadãos envolvidos, ou seja, deve ser feito um debate aberto e as justificativas devem ser capazes de alcançar a todos, de modo que todos possam absorver tal discurso; (iii) Prestação de contas (*accountability* 9868).

pelo simples fato de que não há última palavra em muitos casos<sup>14</sup>” (2013, p.136). Conforme explicita Conrado Hübner Mendes:

Não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas (MENDES, 2008, p.15).

Dentre as várias imagens que são evocadas quando se fala em cortes constitucionais, umas das que merecem destaque é a de deliberador (*the deliberator*). Tal imagem decorre do fato de tais cortes serem compostas de um grupo pequeno de juízes que interagem entre si por meio do argumento e da persuasão até alcançar a decisão final. Desta forma, as cortes constitucionais se beneficiam da deliberação colegiada e têm maior probabilidade de alcançar boas respostas constitucionais (MENDES, 2013).

Uma corte constitucional, para que seja efetivamente considerada como deliberativa, molda três espaços de deliberação, que também podem ser chamadas de fases deliberativas: (i) Pré-decisional, (ii) Decisional e (iii) Pós-decisional. Tais fases se interpenetram e não podem ser compreendidas como uma sequência linear, na medida em que, no funcionamento de cortes constitucionais reais, nem sempre existem fronteiras claras entre o começo e o término de cada uma (MENDES, 2013).

A fase pré-decisional começa com a existência de um caso formal, ou seja, é iniciada por um litígio concreto, a ser julgado pela corte. A fase decisional, por sua vez, consiste no momento em que os juízes interagem entre si em busca da decisão. A fase pós-decisional, por fim, abrange, primeiramente, a redação da decisão colegiada, e também toda sorte de debates que ocorrem na esfera pública informal em reação à decisão.

É importante abrir um parêntese para diferenciar os dois atores que participam da deliberação: Decisores (juízes) e interlocutores. Os interlocutores são todos aqueles que fornecem argumentos à decisão da corte ou expressam posições públicas em relação ao caso judicial respectivo. Eles podem influenciar ou persuadir, mas não decidir. Os interlocutores

---

<sup>14</sup> Sobre a equivocada compreensão do Supremo Tribunal Federal como detentor da “última palavra” em matéria de interpretação constitucional, os autores ponderam que “as decisões do STF podem, por exemplo, provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes, levando a própria Corte a rever a sua posição inicial sobre um determinado assunto. Há diversos mecanismos de reação contra decisões dos tribunais constitucionais, que vão da aprovação de emenda constitucional em sentido contrário, à mobilização social em favor da nomeação de novos ministros com visão diferente sobre o tema” (SARMENTO; NETO, 2013, p.136).



formais são aqueles que estão legitimados para participar do caso constitucional específico (litigantes, *amicus curiae* etc.), ao passo que os interlocutores informais se engajam em debates através de outros veículos comunicativos (jornais, revistas acadêmicas etc.) (MENDES, 2013).

Portanto, uma corte constitucional que pretenda ser deliberativa manifesta-se em três momentos consecutivos. Nas fases pré e pós-decisionais, a instituição interage com a esfera pública<sup>15</sup>. Em tais fases, espera-se que os interlocutores sejam participantes ativos, apresentando suas reivindicações, argumentos e, submetendo a decisão final a um escrutínio rigoroso. Na fase decisional, por sua vez, há uma deliberação intramuros entre os juízes, e interlocutores tornam-se espectadores (MENDES, 2013).

É importante ressaltar que a colegialidade, na visão de Conrado Hübner Mendes, é a virtude mais importante em um julgamento de constitucionalidade. Confira-se:

A colegialidade força os deliberadores a encontrar um compromisso fundado em princípios quando o acordo espontâneo se demonstra inviável. Um órgão colegiado induz um espírito de acomodação, uma preferência ordinária por compromissos ao invés de opiniões concorrentes ou divergentes, uma disposição para localizar pontos de conflito e dissolvê-los. Isso implica uma pressão por ceder “em deferência aos colegas” (2013, p.131)

A colegialidade, assim, é apresentada como uma virtude que deve existir entre aqueles envolvidos num dado julgamento, de modo a se obter uma convergência pragmática quando o consenso espontâneo não for obtido<sup>16</sup>.

As cortes constitucionais, portanto, podem e devem ser uma arena de deliberação especial, ou seja, podem e devem desenvolver qualidades deliberativas significativas, na ausência das quais as democracias constitucionais ficam empobrecidas. Para tanto, Conrado Hübner Mendes desenvolve um modelo trifásico, que decompõe a deliberação em três práticas: contestação pública, interação colegiada e decisão escrita deliberativa.

---

<sup>15</sup> No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade realizado no Brasil, serve de exemplo de abertura para a esfera pública e de diálogo com a sociedade, a previsão legal do *amicus curiae*, conforme art.7º, § 2º, da Lei Federal 9.868/99, nos seguintes termos: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

<sup>16</sup> Essa concepção de colegialidade, todavia, é criticada por Thomas Bustamante, nos seguintes termos: “Não estou convencido, entretanto, do valor dessa concepção de colegialidade no contexto específico da jurisdição constitucional, por razões que são semelhantes às que fazem Waldron suspeitar da ideia de se substituir uma decisão majoritária dos representantes do povo por uma decisão majoritária dos juízes em uma corte constitucional. A pretensão que a corte pode erigir para participar do processo político, com vistas a ditar a solução para um desacordo moral em um caso difícil, é meramente instrumental, e não uma questão de ‘titularidade’ pois a corte não está decidindo o seu próprio destino, mas ao invés disso realizando juízos em nome de toda a sociedade” (BUSTAMANTE, 2018, p.236).

A contestação pública é inaugurada quando algum legitimado provoca a atuação da jurisdição constitucional da Corte, por exemplo, no cenário brasileiro, quando um dos legitimados do art. 103 da Constituição da República de 1988 propõe uma ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. Tal fase se encerra quando se esgotam as oportunidades formais para que os interlocutores argumentem (MENDES, 2013).

A interação colegiada, por sua vez, se dá na fase decisional e consiste no momento em que os juízes interagem entre si para tomar uma decisão. É importante destacar que a deliberação, por definição, requer que os juízes escutem e incorporem as razões de seus pares, seja para aderir ou para dissentir, estando, portanto, comprometidos com uma argumentação franca em busca da melhor resposta.

Desta forma, a interação colegiada apresenta três facetas: o esforço de levar em conta todas as posições que a corte foi capaz de coletar; a busca pela melhor resposta jurídica; a busca do consenso, ou, caso este não seja obtido, do mínimo dissenso (MENDES, 2013).

Por fim, na fase da decisão escrita deliberativa, a corte se esforça para entregar à sociedade, a quem serve, uma decisão bem argumentada, responsiva e inteligível para o público em geral. Tal decisão, portanto, é o produto de um esforço sincero de lidar com todos os pontos de vista da maneira mais rigorosa e empática possível (MENDES, 2013).

Em síntese, provocar a contestação pública, promover a interação colegiada e redigir uma decisão deliberativa são as três tarefas básicas de uma corte constitucional deliberativa.

## **5. DEBATE PÚBLICO ENTRE CONRADO HÜBNER MENDES E LUÍS ROBERTO BARROSO: ACERTOS E DESACERTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Entre os meses de janeiro e fevereiro de 2018, no Caderno *ilustríssima* do jornal *Folha de São Paulo*<sup>17</sup>, o Professor da Universidade de São Paulo, Conrado Hübner Mendes, e o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso travaram um debate público. Em artigo intitulado “Em espiral de autodegradação, STF virou poder tensionador”, Hübner Mendes faz duras críticas ao STF, as quais, por sua vez, foram respondidas pelo Ministro posteriormente.

---

<sup>17</sup>Informações obtidas do site do Jornal *Folha de São Paulo* e Consultor Jurídico, através dos seguintes endereços eletrônicos: < <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml> >; < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf> > Acesso em: 5 fev 2020.

As críticas de Conrado Hübner Mendes a respeito do Supremo Tribunal Federal abrangem seis aspectos: (i) excesso de processos, (ii) excesso de decisões monocráticas<sup>18</sup>, (iii) oscilação da jurisprudência, (iv) inobservância da orientação já firmada por outro ministro, (v) pedidos de vista de caráter obstrutivo e (vi) poder que o relator e o presidente têm para atrasar indefinidamente qualquer julgamento.

O Supremo Tribunal Federal, nessa ótica, passou de poder moderador a poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos. Explicações para isso se encontram na atuação dos ministros (suas inclinações políticas, fidelidades corporativistas, afinidades afetivas e autointeresse) e no desarranjo de ritos e procedimentos.

Em resposta, Luís Roberto Barroso concordou com as críticas e para cada uma deu um diagnóstico para solucionar ou um relato do que está sendo feito. Em seu artigo, ele critica fortemente a competência criminal do Supremo Tribunal Federal (a Constituição da República de 1988 atribuiu à Corte a competência para processar e julgar criminalmente todos os membros do Congresso Nacional – Art.102, I, “b”), atribuição esta que suscita inúmeros problemas.

Tal competência criminal, no seu entender, acarreta a politização indevida do tribunal, gera tensões com o Congresso Nacional e um acúmulo excessivos de processos num órgão que não possui a estrutura necessária para desempenhar tal função.

O papel do Supremo Tribunal Federal na promoção de direitos fundamentais e na proteção de minorias, foi definido por Luís Roberto Barroso como admirável, citando, entre outros exemplos, a garantia de plenos direitos aos casais homoafetivos, o direito de aborto de fetos anencéfalos, a interpretação protetiva da Lei Maria da Penha, a garantia do sistema de cotas nas universidades, a proteção das comunidades quilombolas e o fim da exigência de autorização para publicação de biografias.

Por fim, defendeu a chamado “papel iluminista” que deve ser desempenhado pelas cortes constitucionais. Em alguns momentos cruciais da história e do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário, e um órgão não eleito,

---

<sup>18</sup> Para ilustrar o excesso de decisões democráticas proferidas e a falta de diálogo entre seus membros, Sepúlveda Pertence, à época Ministro da Corte, criou a expressão “11 ilhas”. A metáfora das ilhas pode ser demonstrada por uma rápida pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, a qual mostrará os seguintes números referentes ao ano de 2019: foram proferidas um total de 115.876 decisões, das quais 98.143 são decisões monocráticas. É importante ressaltar que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal já aprovou o Projeto de Lei da Câmara nº 79/2018 para restringir a atuação individual dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em medidas cautelares relacionadas a ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Atualmente, o mencionado Projeto de lei aguarda apreciação do plenário do Senado Federal.

Fonte: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>

como um tribunal constitucional, deve colaborar no salto histórico necessário. Tal papel, acrescenta ele, deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Demonstrou-se, no decorrer do presente artigo, que a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário efetivamente existe, e que a mesma decorre do fato de seus integrantes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões tomadas pelos legisladores eleitos pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade.

Foi abordado, ainda que brevemente, as funções contramajoritária, representativa e iluminista, desempenhadas pelas cortes constitucionais nas sociedades democráticas contemporâneas, sob a ótica de Luís Roberto Barroso, com as ressalvas que a última concepção deve ser encarada.

É importante recordar, nesse passo, o problema central do tema desenvolvido, qual seja, a qualidade da deliberação no Supremo Tribunal Federal: A colegialidade é um princípio que deve ser cultivado e preservado na prática deliberativa. Isso significa que não basta a mera previsão e respeito a certas normas e procedimentos de deliberação, exige-se, ainda, o empenho e a participação efetiva de todos os integrantes nos momentos deliberativos do tribunal.

Pressupõe, da mesma forma, a consideração por parte de cada julgador de que as decisões são tomadas pelo colegiado como um todo, e não por cada um deles individualmente. Em outras palavras, quem deve decidir é o Tribunal e não cada Ministro por si só. É a Instituição Supremo Tribunal Federal que deve estar em primeiro plano.

A colegialidade, portanto, é contrária às posturas individualistas dos Ministros, pressupondo, assim, a existência de normas e procedimentos que inibam comportamentos que visem fazer sobressair sua figura ou seus atos individuais em relação ao grupo.

O Supremo Tribunal Federal atualmente é regido por um regimento interno que pouco favorece essa noção de colegialidade. Cultiva-se abertamente naquela Corte uma cultura de individualismo e de atuação monocrática por parte de cada ministro, em face, sobretudo, da previsão de amplos poderes concedidos aos seus juizes de solucionar definitivamente os processos e recursos por meio de decisões monocráticas, bem como da prática de cada ministro de contatos diretos com os meios de comunicação e veículos de mídia, possibilitando que o tribunal acabe se tornando institucionalmente fragmentado em suas relações político-institucionais com a imprensa.

A prática da colegialidade em suas diversas dimensões apontadas neste artigo, deve servir como bússola para as reformas institucionais urgentes e necessárias em todos esses aspectos da prática deliberativa do STF, sob pena deste tribunal, paulatinamente, ter sua legitimidade decisória cada vez mais questionada pelos setores da sociedade que tiverem seus interesses e pretensões atingidos pelas decisões do Tribunal, com grave prejuízos à democracia no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX**. 1ª ed. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 55-66.

BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/norma/584054/publicacao/15793301> >. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm) >. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-06-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm) >. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Lei n. 11.301, de 10 de maio de 2006. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm) >. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm) >. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) >. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm) >. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134043>>. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>>. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 fev 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/437446/publicacao/15694129>>. Acesso em: 18 fev 2020.

BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da legalidade: temas de direito constitucional e filosofia política**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 236.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 98.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª Tiragem. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 468.

FORSTER, João Paulo K.; HAEBERLIN, Martín. **A Atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial**. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol.24, n.2, 2019, p.639.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004, p.3-7.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.1.062-1.072.

MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1ª ed. OUP Oxford, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.15.

MENEZES, Rafael da Silva. **Democracia Brasileira: discurso, possibilidades e responsabilidades na Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.246.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. Revista Quaestio Iuris, vol.06, nº 02. ISSN 1516-0351, 2013, p.119-161.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.119-120.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.161-168.