

## 1. Introdução

A superação do paradigma liberal do juiz “boca da lei”, no qual se reservava ao Judiciário a tarefa quase mecânica de subsunção do fato à norma, sem qualquer interferência interpretativa ou axiológica, tem gerado inúmeras controvérsias e um intenso debate em torno da atividade do Judiciário como poder de Estado.

Com efeito, a ideia de “separação de poderes” e *checks and balances*, concebida no contexto político e filosófico do século XVIII, e expressada na sua forma mais perene no livro “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, pressupunha um Judiciário presumidamente neutro e atrelado à letra da lei.

Ocorre que, já a partir do final do século XVIII, mas sobretudo nos séculos XIX e XX, o contexto sócio-político ocidental sofreu alterações profundas, causadas, principalmente, pelos efeitos de três Revoluções (Francesa, Americana e Industrial) e duas Guerras Mundiais, fazendo emergir um novo paradigma de Estado, no qual os direitos do homem, tanto os individuais como os sociais, passam a ser o centro das preocupações e das políticas estatais.

Com a ampliação do cenário de direitos e a necessidade de sua afirmação, cresce também o papel do Judiciário, que é justamente o poder destinado a reconhecer, interpretar, modular e concretizar esses direitos, fazendo observar as disposições legais e constitucionais previamente postas pelos poderes majoritários (Constituinte, Legislativo e Executivo).

A par disso, a doutrina construiu a teoria do controle de constitucionalidade, seja o abstrato, de inspiração europeia kelseniana, seja o difuso, edificado a partir do julgamento, em 1803, pela Suprema Corte norte americana, do já célebre caso *Marbury vs. Madison*, que dispôs sobre a possibilidade de o Judiciário anular atos emanados do poder Legislativo sempre que contrariassem disposições da Carta Constitucional.

Na mesma medida em que, historicamente, o poder e o âmbito de atuação do Judiciário se ampliam, a sua legitimidade passa a ser questionada, no intuito e se evitar o indesejável desequilíbrio de forças entre os poderes do Estado que, nos termos da teoria clássica já aludida, devem funcionar de forma harmônica e equilibrada entre si, sem concentração de poderes em qualquer que seja das esferas.

Assim, desenvolveram-se, no plano teórico, diversas teorias que buscaram justificar a atuação de um poder que, em tese, estaria se sobrepondo aos demais, quando anula provimentos legislativos emanados diretamente dos “representantes do povo” ou quando obriga o Estado a

realizar prestações positivas (e não apenas se omitir para evitar violação das liberdades clássicas) no intuito de concretizar direitos sociais.

Esse debate tem se mostrado especialmente relevante sobretudo quando identificadas posturas “ativistas” dos julgadores, cujos pronunciamentos estariam, em certa medida, “desbordando” os textos legais, a fim de preservar a “Supremacia da Constituição”.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende, inicialmente, traçar um breve panorama do debate teórico em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ao que se segue uma análise da atuação recente do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na reputação institucional da Corte, para concluir que o momento politicamente conturbado recomendaria um certo “recoo estratégico” por parte do Supremo Tribunal Federal, no intuito de preservar sua credibilidade, única arma que possui para garantir a respeitabilidade de seus julgados

2. Notas sobre o debate teórico acerca da legitimidade da Jurisdição Constitucional.

A ampliação da atividade judicial, com uma forte interferência do Poder Judiciário nas escolhas políticas da sociedade, fez com que os estudiosos se debruçassem sobre o tema da legitimidade desta atuação, na tentativa de criar limites e parâmetros e definir com maior clareza o papel do Judiciário no arranjo institucional de um Estado Democrático de Direitos.

Inicialmente, a doutrina americana, na já clássica obra *“The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics”*, de Alexander Bickel, chamou a atenção para o fato de que juízes não eleitos estariam se imiscuindo nas opções políticas da sociedade ao anular atos advindos dos poderes popularmente constituídos, ao que chamou de “dificuldade contramajoritária”.

Bem por isso, Bickel, em seus ensinamentos, recomendou um exercício moderado da jurisdição, anteendo que uma atuação marcante do judiciário em temas políticos poderia minar a sua legitimidade. A preocupação do autor, no entanto, não era com as prerrogativas do Legislativo ou do Executivo, mas em garantir um papel legítimo para a jurisdição constitucional, “especialmente, diante de seu ‘carácter definitivo e delicado’”(GUEDES, 2012, p.1).

Houve estudiosos que, inclusive, questionaram de forma mais veemente essa tarefa do Poder do Judiciário de julgar a validade de atos emanados de poderes representativos. Neste sentido, destacam-se os estudos de Jeremy Waldron, que vê certa incompatibilidade entre o

*judicial review* e os princípios democráticos, bem como os de Mark Tushnet, para quem a Constituição deveria ser interpretada pelo povo, ou seja, apenas por instâncias majoritárias.

Esse pensamento, todavia, embora útil para o amadurecimento do debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional e para o questionamento de uma “super-autoridade” estatal, ficou esmaecido diante do fato de que o controle judicial de constitucionalidade das leis já estava histórica e tradicionalmente instalado e consolidado no trabalho das Cortes constitucionais dos mais diversos países. Assim, os estudos se voltaram mais aos parâmetros e limites de atuação das cortes, do que à função de renegar uma realidade já instalada.

Seria possível dizer, ainda que de forma bem rudimentar, que trabalhos teóricos que defendem a legitimidade da tarefa das cortes constitucionais acabaram tomando dois rumos contrapostos: o dos pensadores que entendem que a jurisdição constitucional se legitima pela necessidade de defesa dos direitos fundamentais (substantivistas) e o dos que justificaram o *judicial review* pela necessidade de se impor a observância das regras do jogo democrático (procedimentalistas).

A doutrina que mais se destacou dentre as que defendem a jurisdição constitucional como função protetora de direitos fundamentais foi a de Ronald Dworkin, para quem o Poder Judiciário pode anular leis, desde que estas estejam violando os direitos dos cidadãos<sup>1</sup>.

Para Dworkin, “*a jurisdição constitucional é não só compatível com a democracia, como contribui decisivamente para o seu fortalecimento*” (BINEMBOJM,2004, p. 90). O filósofo americano fundamenta, assim, uma posição bem ativista das cortes constitucionais, na medida em que entende que é o seu papel se posicionar em questões substantivas relativas aos direitos fundamentais.

Do outro lado dos analistas da legitimidade das Cortes, seria possível encontrar o doutrinador americano John Hart Ely, que, em sua obra, “*Democracy and distrust: A theory of judicial review*”, defendeu a legitimidade procedimental a jurisdição constitucional.

Para Ely, as cortes constitucionais não deveriam se imiscuir em questões substantivas da vida da sociedade, como a defesa de direitos fundamentais, dentro de parâmetros morais e

---

<sup>1</sup> Em sua visão, direitos seriam trunfos contra as majorias, que não poderiam derogá-los. Nesse sentido, a suprema corte, em razão de seu insulamento da política, teria melhores condições, pois ali o debate seria fundado na correção moral dos argumentos – e não nos interesses das partes, da coletividade e do governo –, transformando-se num verdadeiro fórum de princípios. GALVÃO, Jorge Octávio Levocat. Juízes representativos? A nova face do neoconstitucionalismo. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), p. 3.

princípios do grupo social. Ao contrário, do seu pensamento se extrai que a jurisdição constitucional só atuaria legitimamente quando se limitasse a resguardar as regras do jogo democrático, garantido a presença igualitária dos cidadãos na arena de discussão política de uma nação.

A inspiração para o desenvolvimento dessa teoria veio da nota de rodapé número 4 aposta no caso *United States v. Carolene Products Co.*, da Suprema Corte americana, que dispunha sobre os limites da atuação jurisdicional. Segundo a nota, a Corte só deveria se manifestar em casos de flagrante violação de dispositivo constitucional, quando o ato atinge ou distorce o processo político e quando discrimina minorias, especialmente as que não tem um canal aberto de reivindicações no processo político.

Nesse sentido, Ely defende uma atuação mais contida por parte do por parte do Judiciário, o que é, justamente, o oposto da visão “ativista” de Dworkin. A doutrina, entretanto, viu na posição de Ely uma falha, pois observaram que seria possível que a jurisdição constitucional se posicionasse puramente acerca dos procedimentos do “jogo democrático” porque, ao fazê-lo, estaria, necessariamente, manifestando-se sobre questões substantivas, como a liberdade de expressão, por exemplo, que, ao mesmo tempo que é um direito fundamental, é uma condição para a lisura do processo democrático.

Perceberam os críticos, então, que as questões procedimentais não estão separadas ontologicamente das substantivas, a ponto de permitir que a sua observância prescindisse de uma análise dos direitos fundamentais e padrões morais da sociedade.

O filósofo alemão Jürgen Habermas também é citado neste cânone de doutrinadores que se preocuparam em desvendar as fundações democráticas do controle de constitucionalidade das leis feito pelo Poder Judiciário.

Habermas milita na linha de pensamento de Ely quando vê o processo democrático como o foco democratizante da atuação da jurisdição constitucional. Para ele, a jurisdição deve servir para garantir a efetiva participação dos jurisdicionados no processo de deliberação dos destinos da sociedade.

Para descrever rudimentarmente, o autor entende o cidadão como destinatário e produtor das normas, cabendo ao Poder Judiciário garantir a participação no processo de

formulação das políticas na sociedade e, inclusive, no processo de decisão judicial, que deve ser posto ao escrutínio da sociedade<sup>2</sup>.

Assim, em termos teóricos, apesar de algumas vozes dissonantes, como as de Waldron e Tushnet, que defendem o constitucionalismo popular, a jurisdição constitucional tem fundamentos sólidos e legítimos, seja como voz consagradora dos direitos fundamentais (legitimidade na via substantiva), seja como guardiã da observância das regras do jogo democrático, com participação efetiva de todos (legitimidade na via procedimental).

Uma Corte Constitucional, quando está anulando atos das instâncias majoritárias em nome da defesa de direitos fundamentais e da proteção das regras do jogo democrático, está exercendo, segundo Luís Roberto Barroso, o primeiro de seus três papéis, o “contramajoritário” (2017, p. 6) que, por tudo o que foi dito, parece não sofrer mais grandes questionamentos e está intrinsecamente ligado às funções precípua da jurisdição constitucional.

Ocorre que Barroso aponta, ainda, outros dois papéis das cortes constitucionais, o “papel representativo” e o “papel iluminista” (2017, p. 6); o primeiro estaria ligado a uma função da corte de ser tradutora dos anseios sociais e o segundo, à adoção de uma posição de vanguarda na defesa de questões humanísticas.

Esse trabalho não pretende abordar a função “iluminista”, que tem um caráter pontual e extraordinário, mas vai seguir fazendo uma análise da função “representativa” que vem sendo fortemente exercida pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil e as consequências dessa atuação para a sua reputação, à luz da teoria da separação e equilíbrio entre os poderes.

### 3. Os efeitos do papel representativo ativista para a reputação institucional do Supremo Tribunal Federal

Na lição de Luiz Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel “representativo” quando atua “*para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo*” e quando age “*para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador*” (2017, p. 6).

---

<sup>2</sup> Para que o Tribunal Constitucional não se converta em uma instância autoritária de poder, Habermas resgata a ideia da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional. (BINENBOJM, Gustavo. Tensões entre democracia e constitucionalismo: a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. In: A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 115).

É nesse ponto que se instalam importantes controvérsias em torno da legitimidade da jurisdição constitucional. É onde a política e o direito se misturam, ao mesmo tempo em que a balança da separação de poderes passa a pesar mais para o lado do Judiciário, às vezes de forma desejável, em outros momentos de modo preocupante.

Não por acaso, a doutrina vem exaustivamente estudando esse fenômeno do avanço do direito em detrimento da política, chamado por alguns de “juristocracia” ou, mais especificamente, apelidado por Oscar Vilhena Vieira, de “Supremocracia” (2008, p. 441).

O jurista alemão Robert Alexy acredita que o Judiciário tem, de fato, um papel representativo, que está ligado ao argumento, em contraposição à representação parlamentar, que é livre em suas escolhas, tendo inspirado estudos no sentido de emprestar “representatividade” ao Poder Judiciário, apesar de seus membros não serem diretamente escolhidos pela população (PEREIRA, 2014, p. 2).

Para muitos autores, dentre eles Luís Roberto Barroso, Eduardo Cambi e Eduardo Mendonça, essa função representativa se justifica especialmente se considerada a “crise de representatividade”, sobretudo do Legislativo. Segundo eles, haveria uma desilusão da população em relação às instâncias majoritárias, sendo transferido ao Judiciário as expectativas de promoção de justiça social.

Jane Reis (2014, p. 3) lembra que essa aproximação teórica do Judiciário do conceito de representação é uma *“tentativa de traduzir conceitualmente uma série de processos que se iniciaram na segunda metade do século XX e estão atingindo o ápice, fornecendo um ambiente favorável ao esfumaçamento das fronteiras que outrora separavam a noção ortodoxa de representação política dos agentes eleitos da missão judicial de aplicar decisões por ele adotadas”*.

De fato, Eduardo Cambi (2009, p. 194) chama o fenômeno de *“desneutralização política do Judiciário”*<sup>3</sup> e Barroso fala na *“fluidez nas fronteiras entre o jurídico e o político”*, acrescentando que a *“Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico (...) Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico vigente”*.

A questão que se levanta neste trabalho é justamente sobre esses “limites” da atuação do judiciário nessa função representativa. Isso porque, no Brasil, como é consabido, a

---

Constituição é ampla, extensa, analítica e regula praticamente todas as esferas de inserção do indivíduo no meio social, tendo sobrado pouco espaço para a política. Como lembra Oscar Vilhena (2008, p. 447): “a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno”.

Além de ubíqua<sup>4</sup>, a Constituição brasileira é recheada de cláusulas abertas, princípios gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que são portas de entrada para uma interpretação alargada e criativa por parte do Judiciário, sobretudo se considerada a corrente neoconstitucionalista<sup>5</sup>, que vê a interpretação constitucional como forma de promover transformação social.

Essa concepção neoconstitucionalista, aliada ao papel representativo das cortes constitucionais, tem alimentado posições bem ativistas do Supremo Tribunal Federal, o que, na opinião de alguns doutrinadores mais críticos, tem aprofundado um desequilíbrio entre os poderes.

O Supremo Tribunal Federal tem atuado no sentido de “fazer ouvir a voz das ruas” e emitido julgamentos conectados com o sentimento geral da sociedade, como nos seguintes casos, citados por Patrícia Perrone Campos Mello (2015, p.17): (a) a limitação do foro especial por prerrogativa de função, com o cancelamento do enunciado n. 394 da Súmula do STF; (b) a questão da fidelidade partidária, em que o Supremo entendeu que a troca de partido durante o mandato levaria à perda do mandato do parlamentar; (c) o reconhecimento do direito de greve do servidor público, apesar da ausência de regulamentação expressa; (d) a regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional, que acabou impulsionando a resolução da omissão pelo próprio legislativo; e (e) a proibição do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas.

Poderia ser, ainda, acrescida a esta lista a decisão que entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, que teria sido tomada justamente para atender os anseios da população em relação ao clima de impunidade instalado no País.

---

<sup>4</sup>Ubiquidade constitucional é um conceito de Daniel Sarmiento desenvolvido no artigo Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda, justamente para designar essa amplitude da Constituição Federal na previsão de temas nos mais variados setores da sociedade.

<sup>5</sup>PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: “a expressão neoconstitucionalismo designa um grupo de teorias sobre o Direito que emergiu na filosofia jurídica a partir da segunda metade do século XX, como consequência da disseminação do controle de constitucionalidade e da valorização dos direitos fundamentais. Essas teorias têm em comum o fato de conceberem a Constituição como ordem aberta de princípios e de atribuírem ao Judiciário um papel protagonista e criativo na sua efetivação”.

A doutrina<sup>6</sup> explica que decisões majoritárias emprestam à Corte um “apoio popular difuso”, que lhe garante uma “reserva de respeitabilidade”, que permite que, em questões pontuais, ela possa decidir contra a vontade da maioria, sem que tenha perdas em relação à sua imagem institucional:

É, portanto, esse “prestígio institucional” que, como lembra Marcelo Novelino (2015, p. 259), vai, não só garantir o “acatamento” as decisões, mas reduzir “*as chances de reversão de suas decisões por meio de leis ou de emendas constitucionais*” e impedir “*retaliações ou reações contrárias por parte de outros poderes*”, num fenômeno, chamado pelos estudiosos, de *backlash*.

O *backlash* seria, portanto, o movimento de rebate conservador despertado por decisões progressistas da corte dirigido à manutenção do *status quo* e se configuraria numa “ameaça” às decisões de caráter progressista.

Embora haja quem aponte uma faceta positiva no *backlash* como, por exemplo, o movimento americano do “constitucionalismo democrático” (POST; SIEGEL, 2007, p. 373-433), para quem a oposição e o debate provocados por uma decisão judicial só demonstram que os cidadãos estão ativos politicamente e tomam parte de um debate útil e saudável para a democracia, o ideal seria, em nome da respeitabilidade da instituição e da preservação de seu “capital político” que as decisões fossem acatadas, ainda que tomadas no âmbito de temas moralmente controversos.

---

<sup>6</sup> O apoio popular específico refere-se à aprovação de uma decisão determinada de uma corte constitucional pelo público. O apoio popular difuso diz respeito à credibilidade de que dispõe tal corte perante a comunidade como um todo. Ela é produto de sua história, do acerto das decisões tomadas no passado, da confiança conquistada junto à população.

Uma corte constitucional profere, ao longo do tempo, muitas decisões populares e algumas impopulares. As decisões populares geram uma espécie de “reserva de credibilidade”, de “apoio difuso”, que constituirá seu “capital político”. Quanto maior for tal “reserva”, maior será a sua liberdade para tomar decisões contramajoritárias, que não gozarão de apoio específico da população. Por outro lado, nenhuma instituição política é capaz de se manter sistematicamente em confronto com as opiniões dominantes da sociedade. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Entre o Congresso e a Opinião Pública: a Missão do Supremo Tribunal Federal Revisitada. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPSTISTA, Patrícia (org.). Direito Público. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 8, 2015, p. 17).

O que garante a sobrevivência e o sucesso de um tribunal constitucional, no médio e longo prazo, é a sua habilidade em gerar um apoio difuso à sua própria autoridade. Quando um tribunal constitucional consegue esse tipo de ambientação, cria-se um consenso de segundo grau em torno do valor intrínseco da instituição e do tipo de compromisso democrático que ele representa. Essa percepção social favorável é capaz de garantir a eficácia de seus pronunciamentos, mesmo quando sejam impopulares ou inconvenientes para os agentes eleitos. É isso que explica, e.g., a postura de indignação contida e respeitosa com que os líderes democratas receberam a polêmica decisão da Suprema Corte americana em *Bush vs. Gore*. MENDONÇA, Eduardo. A Jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. (SARMENTO, Daniel. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 149-150).

No Brasil, no entanto, o que se tem observado é que decisões de cunho mais ativista, tomadas na linhagem desse papel representativo da corte, que busca atender os anseios da população, tem recebido críticas, como a de Glauco Ramos, que evoca um “ativismo judicial deslegitimante”<sup>7</sup>.

Para Ramos (2017, p. 149), o ativismo judicial, seja de qual lado e postura ideológica esteja, “*atenta contra os alicerces republicanos e democráticos que dão sustentação à ordem jurídica*”, pois “*os caminhos percorridos para se chegar a tais resultados não se submetem a critérios de racionalidade jurídica que legitimam a tomada de decisões*”.

Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira (2014, p. 16) alertam para os mesmos problemas. Citam decisões que “*estão operando uma transformação em nossa engenharia constitucional; modificando as engrenagens que movimentam nossa divisão de poderes*”.

Segundo eles, “*uma análise mais rigorosa do problema de nossa atual separação de poderes deve ficar atenta não apenas a questões nominais, ligadas àquilo que classicamente representa as funções do poder estatal, mas, sim, se há, em algum grau, violação ao ideal de limitação do poder por força da ação de uma dessas instituições*” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014, p. 26-27).

Dentre os julgados analisados por Abboud e Tomás de Oliveira, está o que discutiu os efeitos das decisões de inconstitucionalidade tomadas em controle difuso, principalmente a leitura feita do inciso X, do art. 52, da Constituição Federal, que determina que compete privativamente ao Senado Federal, “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

Houve dois votos no Plenário do Supremo que entenderam, no corpo da Reclamação 4.335/AC, promovendo o que a teoria denomina de “mutação constitucional”, que tal atribuição serve apenas para dar publicidade às decisões do Supremo, mas que a declaração de invalidade, mesmo no controle difuso, valeria por si só<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> “A jurisdição constitucional ultrapassa os limites da vocação orgânico-institucional do Poder Judiciário para ditar soluções descompassadas com o sistema jurídico de regência”. Nessas horas, diz o autor, “o discurso decisório acaba sendo legitimado mais no ‘grito’ do Poder e menos na racionalidade do Direito, revelando inesgotável e arbitrária criatividade ‘transformadora’ da vida social por meio da tomada de decisão que se mostra ‘justificada’ nos ‘preceitos éticos’ que ‘devem’ reger o mundo em sociedade” (RAMOS, Glauco Gumerato. O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional. In: RBDPro, Ano 25, n. 100, out/dez, pp. 146 e 148.)

<sup>8</sup> Essa decisão é gravíssima do ponto de vista jurídico. Além de desrespeitar texto constitucional expresso, o inc. X do art. 52 da CF, o que já é gravíssimo em qualquer democracia do mundo, ela também demole as bases de nossa engenharia constitucional.

E essa opinião foi compartilhada por Jane Reis (2009, p.23), para quem a mutação operada pelo Supremo “*subverte o texto da Constituição, dando-lhe um sentido completamente diverso do que deflui do texto*”.

Embora a tese da mutação constitucional não tenha prevalecido ao final do julgamento, é de se ter em conta a preocupação de Abboud e Oliveira, que alertam para os riscos de o STF ampliar o seu poder justamente pela sua própria jurisprudência, implodindo freios que foram impostos pela própria Carta, em nome do equilíbrio entre os poderes, além de denunciar uma tendência “autocrática” que estaria prevalecendo na Corte, que revolve “*a engrenagem que movimenta o governo em uma democracia*”, podendo levar “*a um lugar equivalente a um Poder Absoluto*” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014, p.37-38).

A literatura mostra, entretanto, que há outras vozes que não veem séria ameaça à ordem instituída de equilíbrio de poderes e que não acreditam em uma “juristocracia”<sup>9</sup>.

Na opinião de Eduardo Mendonça (2015, p. 158), por exemplo, há certo “*exagero retórico na afirmação de que a jurisdição constitucional seria capaz de proferir a palavra final em toda e qualquer controvérsia, ainda mais que de forma sistemática*”. Segundo ele, “*a jurisdição se manifesta por último até que fatores externos consigam influenciá-la na outra direção ou o sistema político reúna condições para falar mais alto*”.

Talvez o exemplo mais recente dessa mobilização do sistema político-majoritário para reverter uma decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido o da Emenda Constitucional n. 96, promulgada em 2017, que passou a autorizar a realização do festejo denominado “Vaquejada” depois que o Tribunal tinha considerado inconstitucional uma lei estadual que regulava o festival, por considerar procedimento de maus tratos a animais. Houve um grande *lobby* da sociedade civil para que o Congresso retomasse a liberdade para a realização dos rodeios, posição que acabou vitoriosa em razão da emenda à constituição.

Nessa linha de pensamento mais moderado, o judiciário não está ocupando o centro das decisões políticas na sociedade, nem tomando espaços destinados aos outros foros de poder.

---

*O inc. X do art. 52 da CF é claramente uma atribuição conferida ao Senado para equilibrar a invasão que a judicial review das leis promove em seu campo de atuação. Ou seja, esse dispositivo pode ser vislumbrado como verdadeiro freio do Legislativo em face do Judiciário. Ocorre que o julgamento da Rcl 4.335 o próprio STF retirou a limitação constitucionalmente imposta a sua própria atividade.* (ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. IN: RePro, v. 39, n. 233, jul. 2014, p. 31.)

<sup>9</sup> Nesse sentido, ver também: PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Ed. Jus Podium, 2011.

Ao contrário, é apenas mais um dos atores no debate público e democrático da sociedade promovido pelas instituições, que dialogam entre si.

Esse entendimento prega uma visão mais equilibrada das interações entre as instituições, que seria decorrência natural de uma sociedade plural e múltipla, em que não há hierarquia ou uma única resposta correta para as controvérsias sociais. Seria um jogo de ações e reações e um debate contínuo, no qual o poder judiciário daria respostas “provisoriamente finais” (MENDONÇA, 2015, p. 161).

Desse modo, em que pese, de um lado, as posições mais alarmistas e pessimistas, que denunciam uma ingerência exacerbada do Poder Judiciário nas questões políticas da sociedade e uma tendência de centralização de poder, e, de outro, posições mais moderadas, que não veem o Judiciário como um protagonista, mas apenas como mais um elemento na arena plural de condução dos destinos da sociedade, o que importa é que o Supremo, no Brasil de hoje, seja capaz de manter em alta sua respeitabilidade e reputação institucional.

#### 4. Conclusão

A polêmica em torno da legitimidade da Corte constitucional brasileira foi, recentemente, alimentada por um artigo publicado em jornal de grande circulação, no qual o professor da Universidade de São Paulo, Conrado Hübner Mendes, criticou duramente a postura “politizada” do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

Oscar Vilhena (2008, p. 453), muito antes, já alertava para esse risco de o Supremo não ser capaz de exercer esse papel representativo: *Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades e lembra que, ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas consequências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.*

---

<sup>10</sup> “A crise política e a erosão de direitos dos últimos anos trouxeram ao Supremo a oportunidade (e o ônus) de atender a suas promessas. A resposta, porém, foi um choque de realidade. O desarranjo procedimental cobrou seu preço. Despreparado para a magnitude de seu desafio, o tribunal reagiu da forma lotérica e volátil de sempre. A prática do STF ridiculariza aquele autorretrato heroico, frustra as mais modestas expectativas e corrói sua pretensão de legitimidade. Por não conseguir encarnar o papel de árbitro, o tribunal tornou-se partícipe da crise. Já não é mais visto como aplicador equidistante do direito, mas como adversário ou parceiro de atores políticos diversos. Desse caminho é difícil voltar. [...] O argumento constitucional do Supremo já não vale o quanto pesa e tornou-se embrulho opaco para escolhas de ocasião”. (MENDES, Conrado Hübner. STF, vanguarda ilusionista. In: Folha de S. Paulo, 28/01/2018, p. 4.)

Há um temor, portanto, que esse cenário de cobranças e insatisfações atinjam justamente o “capital político” da Corte, pois a ninguém interessa um judiciário fraco e incapaz de impor as suas próprias decisões. O excesso de ativismo e de decisões politicamente formatadas, ao mesmo tempo que empodera o STF, o expõe excessivamente, retirando-lhe a característica de sobriedade e equidistância importantes à imagem de julgador.

Na célebre frase de Hamilton, nos *Papéis Federalistas*, espécie de tratado fundacional do federalismo e do constitucionalismo americanos, o Judiciário é o poder que não possui nem o cofre (orçamento), nem as armas, de modo que depende, unicamente, da legitimidade e da respeitabilidade que detém, não só junto à população, como também junto às demais instâncias de poder.

É nesse sentido que seria recomendável, no Brasil, neste momento, a atenção, por parte do Supremo Tribunal Federal, a seus limites de atuação. Como ensina Eduardo Mendonça (2015, p. 150), as cortes constitucionais, no seu contínuo processo de construção de credibilidade e legitimidade, alternam períodos de maior contenção e deferência ao legislador, com outros de maior força ativista, “*num impulso básico de autopreservação*”.

Talvez, o momento atual, de conturbado cenário político e de crise econômica, recomendaria ao Supremo Tribunal Federal uma postura cautelosa, de pouca influência em questões polêmicas e “politizadas”, mas, por outro lado, ciente de sua importância para a manutenção da estabilidade e do equilíbrio das instituições democráticas, assim como do seu papel garantidor de direitos e liberdades duramente conquistados ao longo da história.

#### Bibliografia

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. In: *RePro*, v. 39, n. 233, jul. 2014.

ALMEIDA, Eloisa Machado de. Judiciário tenta impor agenda à revelia da lei. In: *Folha de S. Paulo*, 10/01/2018.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ARANTES, Paulo Henrique. O ministro Barroso está certo: o STF é um tribunal de cada um por si. Disponível em: [www.diariodocentrodomundo.com.br](http://www.diariodocentrodomundo.com.br). Acesso: 28/02/2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Uma corte para chamar de sua. In: *Folha de S. Paulo*, 05/03/2017.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de e outros. STF é ator relevante da disfuncionalidade institucional brasileira. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 09/10/2017.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 21/11/2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br)

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752).

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 16/03/2018.

BARROSO, Luís Roberto. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 21/11/2017.

BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF. In: *Folha de S. Paulo*, 23/2/2018.

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismo de Diálogos Constitucionais os EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351-390.

BICKEL, Alexander. *The Least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.

BINENBOJON, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 60, abr./jun 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (coords). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodium, 2013.

CHEMIM, Vera. O Poder Judiciário está em ascensão – e está sendo julgado. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 23/02/2018.

COUTINHO, Filipe. Joaquim Falcão: “Supremo e Senado quiseram ser maiores do que são”. In: *Folha de S. Paulo*, 13/12/2016.

FERNANDES, Talita. Supremo Desafio. In: *Revista Época*, 20/02/2017.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Juízes representativos? A nova face do neoconstitucionalismo. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 08/03/2018.

GASPARI, Elio. O “faço-porque-posso” dos juízes. In: *Folha de S. Paulo*, 07/03/2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Alexander Bickel e a metáfora do Judiciário como o mais fraco dos poderes. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 23/02/2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Thomas Jefferson temia o controle de constitucionalidade e o despotismo judicial. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 13/03/2018.

GUEDES, Néviton. “Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal”. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 23/03/2018.

HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist – the famous papers on the principles of American government*. New York: Barnes and Noble, 2004.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista “Procedimental” da Constituição*. Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo e as crises da República. In: *Folha de S. Paulo*, 05/03/2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. A judicialização da vida na visão do ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 13/03/2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Entre o Congresso e a Opinião Pública: a Missão do Supremo Tribunal Federal Revisitada. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPSTISTA, Patrícia (org.). *Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 8, 2015, p. 411-434.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo das cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (orgs.). *Direito, interpretação, racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-361.

MENDES, Conrado Hübner. O STF diante do espelho. In: *Quatro cinco um – a revista dos livros*. Ano 2, N. 9, Março/2018.

MENDES, Conrado Hübner. STF, vanguarda ilusionista. In: *Folha de S. Paulo*, 28/01/2018.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Disponível em: [www.osconstitucionalistas.com.br](http://www.osconstitucionalistas.com.br). Acesso: 28/02/2018.

MENDONÇA, Eduardo. A Jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 133-177.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Ed. Jus Podium, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. Disponível em: [www.osconstitucionalistas.com.br](http://www.osconstitucionalistas.com.br). Acesso: 28/02/2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação Democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Disponível em: [www.academia.edu](http://www.academia.edu)

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009. Disponível em: <http://works.bepress.com/janereis/2/>.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Faculty Scholarship Series. Paper 169*, 2007, p. 373-433. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers).

RAMOS, Glauco Gumerato. O deslegitimante ativismo judicial do juiz constitucional. In: *RBDPro*, Ano 25, n. 100, out/dez.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Disponível em: [www.fabioshecaria.wikispaces.com](http://www.fabioshecaria.wikispaces.com).

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia – Um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso? Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 08/03/2018.

STRECK, Lenio Luiz. E se a opinião pública fosse contra a prisão após a segunda instância? Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 09/03/2018

STRECK, Lenio Luiz. O perigo da simplista crítica de que “tudo é culpa do STF”. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso: 05/02/2018.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, José Ribas. Onze ilhas supremas ou ministros invisíveis: o que o STF reserva para 2018? Disponível em: [www.jota.com.br](http://www.jota.com.br). Acesso: 28/02/2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.