

**DEMOCRACIA, CRISE POLÍTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O
PROTAGONISMO DA SUPREMA CORTE NO BRASIL.**

Luís Roberto Barroso¹
Aline Osório²

INTRODUÇÃO.

O Brasil se encontra sob poder civil desde 1985 e sob uma Constituição democrática desde 1988. Somos uma das maiores democracias de massas contemporâneas – cerca de 140 milhões de pessoas votaram nas eleições presidenciais de 2014 – e uma das dez maiores economias do mundo. Nos últimos tempos, porém, temos vivido uma aguda crise política, econômica e social, com escândalos de corrupção de largo espectro, recessão econômica e retrocesso social. A crise tem apresentado desafios importantes para as instituições democráticas brasileiras, inclusive para o Supremo Tribunal Federal (STF).

Seguindo uma tendência global³, verificou-se no Brasil, especialmente nas últimas duas décadas, vertiginosa ascensão institucional do Poder Judiciário, notadamente do STF. Esse movimento foi caracterizado pela transferência a Juízes e tribunais da responsabilidade de decidir questões políticas, sociais e morais relevantes, que até então eram resolvidas exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. A sociedade e os atores políticos passaram a bater às portas do Judiciário em busca de providências e soluções para as mais variadas questões. Trata-se do fenômeno da judicialização. A judicialização constitui, em regra, um fato inelutável, decorrente do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos. No caso brasileiro, esse protagonismo é potencializado por três singularidades: (i) a constitucionalização abrangente, que traz para a Constituição matérias que em outras partes do mundo são reguladas pela legislação ordinária; (ii) o sistema de controle de constitucionalidade híbrido, que facilita o acesso à Suprema Corte; e (iii) a competência penal originária do STF para julgar altas autoridades por crimes comuns, que terminou por conferir ao Tribunal grande visibilidade e protagonismo no combate à corrupção.

¹Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. LLM, Yale Law School. Visiting Scholar, Harvard Law School (2011).

²Professora do Centro Universitário de Brasília — UniCEUB. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Mestre em Direito pela UERJ. LLM, Harvard Law School.

³ C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995.

Diferente da judicialização é o ativismo judicial, que não é um fato, mas uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. A postura ativista se manifesta, entre outros, pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas no texto; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos e princípios abstratos; e pela intervenção na definição de políticas públicas e de questões eminentemente políticas. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Ou pela necessidade de certos avanços sociais que não se consigam fazer por via da política majoritária. O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, pela qual o Judiciário busca reduzir sua interferência nas esferas de atuação dos demais Poderes.

Em momentos de crise, com instituições políticas fragilizadas e baixa representatividade, a tendência à judicialização da vida é amplificada, como se tem verificado recentemente no Brasil. A dúvida, porém, é como calibrar o grau de atuação das cortes constitucionais e supremas cortes em tais momentos delicados. O poder da Suprema Corte brasileira e os papéis da jurisdição constitucional constituem o tema do presente artigo, que é dividido em três partes. Na primeira, exponho brevemente alguns elementos institucionais do modelo brasileiro de justiça constitucional que têm potencializado a judicialização no país. Na segunda, apresento, a título exemplificativo, algumas das decisões de maior repercussão política e social na história recente do Supremo Tribunal Federal, que revelam que o Tribunal, demandado por atores sociais e políticos, expandiu sua esfera de atuação. Na terceira, procuro demonstrar que as supremas cortes e cortes constitucionais em geral, e o STF em particular, desempenham três papéis diversos, que podem servir para justificar essa sua atuação mais expansiva.

Parte I. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM SISTEMA SINGULAR.

I. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PERFIL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PÓS-REDEMOCRATIZAÇÃO.

No Brasil, a Constituição de 1988 simbolizou a travessia da ditadura para a democracia e, em uma saudável euforia de recuperação das liberdades públicas, o processo

constituinte contou com ampla e intensa participação popular. O documento que resultou desse processo é analítico (muitas vezes, prolixo mesmo) e ambicioso. Trata-se de um texto extenso – somente as Constituições da Índia e da Nigéria contêm mais palavras que a nossa –, e abrangente – há normas constitucionais que definem políticas públicas e regulam, em maior ou menor detalhamento, diversos ramos do direito. A constitucionalização abrangente retirou da esfera do legislador ordinário matérias que são tipicamente objeto da política majoritária. Ela favoreceu, assim, a judicialização de inúmeras controvérsias relevantes para o país. Como intuitivo, na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma potencialmente em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de uma ação judicial.

No entanto, embora a Carta de 1988 tenha possibilitado a judicialização, as condições para uma atuação mais expressiva do STF levaram mais de uma década para se materializar. É que a Constituição foi substituída, mas mantiveram-se no Supremo os ministros nomeados pelo antigo regime, que adotaram uma interpretação “retrospectiva” do texto constitucional, de modo a adiar a efetivação de seus preceitos. Somente no início dos anos 2000, o STF, integrado por novos ministros que já não deviam seu título de investidura ao regime militar, passou a ocupar um lugar de destaque na vida nacional.

II. O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Além de uma constituição abrangente, o modelo brasileiro de jurisdição constitucional é também responsável por um certo protagonismo do Supremo Tribunal Federal. O Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade *híbrido* ou *misto*, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu. Do sistema americano, colhemos o controle incidental e concreto: todo juiz ou tribunal interpreta a Constituição ao julgar os casos que lhe são submetidos, podendo inclusive deixar de aplicar norma que considere inconstitucional. As matérias constitucionais decididas pelos juízes e tribunais do país podem, em última instância, ser levadas à apreciação do STF por meio do recurso extraordinário.

Do sistema europeu, derivamos a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte, nas quais a constitucionalidade de uma lei é discutida em tese (isto é, independentemente de um caso ou controvérsia). Há diversos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade

(ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). É amplíssimo o elenco de órgãos, agentes públicos e entidades privadas que têm legitimidade para propor ações diretas perante a Corte: esse direito de propositura pode ser exercido, por exemplo, pelo Presidente da República, pelo Procurador-Geral da República, pelos Governadores dos Estados, pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas, e, ainda, por qualquer partido político, pela Ordem dos Advogados e por entidades de classe de âmbito nacional. Como resultado desse modelo, toda e qualquer questão de algum relevo pode ser levada à discussão no Supremo.

O acesso facilitado ao STF é, ainda, complementado por dois instrumentos voltados à democratização e à abertura do controle de constitucionalidade aos influxos da sociedade civil. O primeiro deles é a possibilidade de o relator do caso convocar uma audiência pública, destinada a colher depoimentos de especialistas com experiência e autoridade no tema em discussão, antes do julgamento. O segundo deles é a admissão no processo de *amici curiae*, de entidades ou órgãos representativos, que se manifestam sobre matérias constitucionais relevantes no processo, embora não sejam formalmente partes. Ambos instrumentos permitem que o Tribunal possa ampliar o diálogo com a sociedade, abrindo-se para os variados pontos de vista sobre as questões em discussão e possibilitando a obtenção de subsídios para o equacionamento da controvérsia constitucional⁴.

Outra peculiaridade do sistema de justiça constitucional no Brasil é a transmissão ao vivo, em TV aberta e no *Youtube*, da íntegra dos julgamentos, incluindo as sustentações orais (*hearings*), os debates, os votos dos Ministros e a proclamação do resultado. Há muitos críticos desse modelo, que argumentam que ele dificulta a construção de consensos e traz o risco de populismo judicial, na medida em que os ministros se tornam personalidades públicas e tendem a ser mais fortemente influenciados pela opinião pública. Na prática, um dos maiores problemas causados pelo televisionamento foi o aumento da extensão dos votos, constatado em pesquisa empírica⁵. Penso, porém, que os ganhos democráticos desse modelo são maiores do que suas perdas. O Brasil é um país no qual o imaginário social supõe que por trás de cada porta fechada estão ocorrendo tenebrosas transações. Nesse contexto, a possibilidade de a população assistir 11 juízes debatendo de forma intensa para produzir uma solução traz transparência para o processo decisório, além de potencializar o caráter didático dos julgamentos e permitir maior

⁴ Para uma discussão crítica sobre o tema, v. Carina Leite, “Os Diálogos Sociais no STF: as audiências públicas, o *amicus curiae*, e a democratização da jurisdição constitucional brasileira”. Mimeografado. Dissertação de mestrado defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2014.

⁵ Felipe de Melo Fonte, “A sociedade aberta de telespectadores: televisionamento, opinião pública e legitimidade da jurisdição constitucional”. Tese defendida no Doutorado em Direito Público da UERJ, 2016.

controle social sobre as decisões da mais alta corte do país, que passam a ser discutidas diariamente nos meios de comunicação, nas redes sociais e até nas mesas de bar.

III. A COMPETÊNCIA PENAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CRISE POLÍTICA E CORRUPÇÃO.

Finalmente, uma terceira singularidade do modelo brasileiro que tem conferido ao Supremo Tribunal Federal o papel de protagonista da vida nacional é sua competência penal originária. A Constituição de 1988 prevê que um conjunto de altas autoridades responda por crimes comuns diretamente perante o STF. O constituinte originário certamente não anteviu que essa competência viria a ocupar tanto tempo da pauta do Supremo, nem que teria tanto impacto na condução política do país.

Do ponto de vista quantitativo, os recentes e graves esquemas de corrupção desvendados pelo Ministério Público e pela polícia federal, especialmente no “Mensalão” e na “Lava Jato”, impuseram um enorme crescimento do volume de investigações e ações penais que tramitam perante o STF. A operação Lava Jato, ainda em andamento, revelou uma gigantesca rede de corrupção em ação. Descortinou-se um sofisticado esquema de concessão de vantagens indevidas a empresas privadas (principalmente empreiteiras) em troca do pagamento de propina a diretores e funcionários de empresas estatais, bem como a partidos e a políticos especialmente pela via do financiamento de campanha. O alvo inicial da investigação foi a Petrobras, mas as colaborações premiadas celebradas a partir dessa operação demonstraram a dimensão sistêmica da corrupção no Brasil. A suspeita de que a relação entre certos setores empresariais e o mundo da política baseava-se em trocas espúrias de vantagens parece ter sido confirmada pelo avanço dessas grandes apurações criminais. Como parte de seus desdobramentos, há atualmente mais de uma centena de agentes políticos sob investigação no Tribunal, incluindo o Presidente da República, Ministros de Estado, deputados e senadores.

Do ponto de vista qualitativo, com o envolvimento de políticos sujeitos à competência originária do STF nos ilícitos investigados, criou-se uma nova forma de intervenção do STF no funcionamento dos demais poderes. A *simples* condução ordinária das investigações e ações penais pelo Supremo passa a produzir impacto imediato no equilíbrio de forças no parlamento e nos rumos da vida política nacional. A abertura de inquéritos, o recebimento de denúncias, a decretação de medidas cautelares – como a prisão ou o afastamento do mandato – e as condenações aumentaram a visibilidade do Tribunal, favoreceram uma

atuação mais proativa e efetiva no combate à corrupção, mas também aumentaram os riscos de politização indevida, de seletividade dos julgamentos e de intervenção desmedida no jogo político. O fato inelutável é que no cenário de crise e do esvaziamento da legitimidade dos representantes eleitos, o destino do país nunca esteve tão relacionado ao desfecho de processos criminais e, portanto, à atuação do Supremo Tribunal Federal nesses casos.

Parte II ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DECISÕES EMBLEMÁTICAS.

Não há como compreender a real dimensão da atuação do Supremo Tribunal Federal sem analisar, ainda que brevemente, as decisões de maior repercussão na história recente da Corte. Os casos selecionados foram organizados em dois grupos em função do seu objeto principal – a afirmação e concretização de direitos fundamentais, de um lado, e a atuação relacionada ao quadro atual de crise política, de outro.

I. STF E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Em 29 de março de 2008, o STF declarou a constitucionalidade da lei que autorizou *pesquisas com células-tronco embrionárias* (ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto). Este foi um dos primeiros casos em que se confrontaram a visão secular e a visão religiosa da vida. O Plenário do STF, por 6 votos a 5, considerou constitucional o dispositivo da Lei de Biossegurança que autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. O Tribunal entendeu que a destruição de embriões nesta hipótese – embriões que seriam, de todo modo, descartados em algum momento – não violava o direito à vida nem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pouco mais de um ano depois, em 30 de abril de 2009, o Tribunal declarou a incompatibilidade entre a *Lei de Imprensa do regime militar* e a Constituição de 1988 (ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto). No caso, o Plenário, por maioria, considerou que a Lei 5.250, de 1967, instituída para “regular a liberdade de manifestação do pensamento e da informação”, durante a ditadura militar, era incompatível, na sua integralidade, com os valores e princípios da Constituição de 1988. De acordo com este entendimento, o espírito autoritário

da lei não poderia conviver com os padrões de liberdade de expressão e de liberdade de imprensa exigidos em um regime democrático.

Já em julgamento concluído em 5 de maio de 2011, o STF ajudou a derrotar séculos de preconceito e assegurou às *uniões homoafetivas* os mesmos direitos garantidos aos casais heterossexuais que viviam em união estável (ADPF 132 e ADI 4277, Rel. Min. Carlos Ayres Britto). Segundo o entendimento adotado pela Corte, a exclusão baseada na orientação sexual seria incompatível com o direito à busca da felicidade, com o princípio da igualdade, com a proibição do preconceito, com a cláusula geral de liberdade – da qual decorre a proteção à autonomia privada – e com a própria dignidade da pessoa humana, que impede o Estado de negar a autodeterminação individual e de impor determinada visão do que seja a vida boa. Pouco mais à frente, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, em desdobramento desta decisão, assegurou o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 26 de abril de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento pelo qual considerou constitucional o sistema de *reserva de vagas para ingresso em universidades públicas*, com base em critério étnico-racial (ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). O Tribunal entendeu que a política de ação afirmativa instituída em favor de grupos sociais historicamente discriminados não viola – antes prestigia – o princípio da igualdade. Em outra decisão, mais recente, proferida em 8 de junho 2017, o STF também considerou legítima a *reserva para candidatos negros de 20% das vagas em concursos públicos para o preenchimento de cargos na Administração Pública* (ADC 41, Rel. Min. Luís Roberto Barroso), como resultado da igualdade e também do dever de combate ao racismo estrutural existente na sociedade brasileira

Em 13 de agosto de 2015, o STF decidiu, por unanimidade, que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize *obras emergenciais em estabelecimentos prisionais*, de modo a assegurar a dignidade e o respeito à integridade física e moral dos presos (RE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Na sequência, a Corte concluiu o julgamento de medida cautelar, no qual reconheceu o *sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”* e determinou a adoção de providências preliminares para sanar as gravíssimas lesões a direitos básicos dos detentos (ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio).

Em 29 de novembro de 2016, por maioria, a Primeira Turma do STF entendeu ser incompatível com a Constituição a criminalização da *interrupção da gestação* durante o primeiro trimestre (HC 124.306, Rel. Min. Luís Roberto Barroso). A punição do aborto nesta situação viola direitos fundamentais da mulher, como os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia, a integridade física e psíquica e a igualdade. Também se afirmou que a

criminalização produz impacto desproporcionalmente grave sobre as mulheres pobres, que ficam impedidas de utilizar o sistema público de saúde. Enfatizou-se, por fim, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo criminaliza a interrupção da gestação no primeiro trimestre.

Além destes, há outros julgamentos relacionados à proteção de direitos fundamentais já iniciados no Tribunal, porém não concluídos, tais como: (i) a inconstitucionalidade da *criminalização do porte de drogas para consumo pessoal* (ADI 4.815, Rel. Min. Gilmar Mendes); (ii) o *direito de transexuais* a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros públicos (RE 845.779, Rel. Min. Luís Roberto Barroso); e (iii) a inconstitucionalidade do *ensino religioso* de caráter confessional em escolas públicas (ADI 4.439, Rel. Min. Luís Roberto Barroso)⁶.

II. O STF, CRISE POLÍTICA E DIREITO PENAL.

O Supremo Tribunal Federal começou a apreciar questões mais diretamente relacionadas à crise política e à corrupção no julgamento do denominado *escândalo do Mensalão*, que teve início em 2 de agosto de 2012 e foi concluído apenas em 13 de março de 2014, após quase 70 sessões plenárias (AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa). No caso, o Tribunal entendeu comprovada a existência de um esquema de compra de votos no Congresso, com recursos provenientes de desvios de dinheiro público e empréstimos fraudulentos. Vinte réus foram condenados à pena de prisão pelos crimes de corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira. A condenação de duas dezenas de empresários e políticos rompeu com o paradigma de impunidade que sempre vigorara no Brasil em relação à criminalidade do colarinho branco, sobretudo quando associada ao universo político.

Posteriormente, em julgamento concluído em 17 de setembro de 2015, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade das normas que regulavam o *financiamento de campanhas por empresas* (ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux). Não ficou totalmente claro se a maioria do Tribunal considerava as doações eleitorais de pessoas jurídicas ilegítimas em

⁶ Este julgamento veio a ser concluído em 27 de setembro de 2017, com decisão ainda não publicada. Por 6 votos a 5, o Tribunal admitiu o ensino religioso confessional em escolas públicas, contra o voto do relator e coautor deste trabalho. A Igreja Católica no Brasil ainda constitui um “fator real do poder”, no sentido empregado por Ferdinand Lassale em *A essência da Constituição*, 1985 (1ª edição alemã de 1863).

qualquer caso ou apenas naquele modelo existente, que permitia que empresas injetassem milhões de reais nas campanhas e adotassem condutas moralmente inaceitáveis. Tais práticas incluíam, por exemplo, a possibilidade de: (i) tomar empréstimos em bancos públicos de fomento e utilizar o dinheiro para financiar candidatos; (ii) doar para todos os candidatos com chance de vitória, revelando que a empresa estava comprando favores futuros ou sendo achacada; e (iii) a empresa doadora ser contratada pelo Poder Público após as eleições, permitindo que o favor privado fosse pago com dinheiro público. Os desdobramentos da Operação Lava Jato confirmaram, de maneira inequívoca, que boa parte da corrupção no país estava associada ao financiamento eleitoral por empresas que contratavam com a Administração Pública.

Meses depois, em 25 de novembro, o STF determinou, pela primeira vez sob a Constituição de 1988, a *prisão de um senador no exercício do mandato* (AC 4.039, Rel. Min. Teori Zavascki). O requerimento de prisão apontava que o senador estaria atuando concretamente para fraudar investigação em curso no âmbito da operação Lava Jato e atentar contra a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, entre outros, por meio de promessa de influência junto a Ministros da Corte.

A crise política ampla e a articulação de parlamentares envolvidos na Operação Lava Jato também influenciaram a abertura de processo de *impeachment da Presidente Dilma Rousseff*. Diversas dúvidas sobre a legitimidade do rito do processo, iniciado pelo então Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, demandaram a intervenção do STF. Em sessão realizada em 18 de dezembro de 2015, o Plenário concluiu o julgamento em que invalidou atos praticados na Câmara dos Deputados no processamento do *impeachment*, determinando que fosse seguido o mesmo rito adotado em 1992, quando do afastamento do Presidente Collor, que havia sido delineado pelo próprio STF e aprovado pelo Senado (ADPF 378, Rel. Min. Luís Roberto Barroso). A maioria considerou que a destituição de um Presidente da República por crime de responsabilidade era um procedimento extremamente grave, que deveria ter regras pré-definidas, e não uma condução errática, ao sabor de conveniências e objetivos imediatos do Presidente da Câmara.

Em 5 de maio de 2016, o Plenário do STF confirmou, por unanimidade, liminar concedida pelo relator que determinou a *suspensão do Deputado Federal Eduardo Cunha do mandato parlamentar e da presidência da Câmara dos Deputados* (AC 4.070, Rel. Min. Teori Zavascki). O parlamentar, que virou réu no Supremo Tribunal Federal após o recebimento de denúncia por corrupção passiva, foi afastado sob a acusação de que utilizava o cargo e o mandato para atrapalhar as investigações, bem como para ameaçar e intimidar pessoas que

interferissem com seus interesses. A gravidade dos fatos imputados ao parlamentar e os fortes indícios de autoria e materialidade justificaram esta drástica intervenção do Judiciário em outro Poder.

Em três julgamentos concluídos ao longo do ano de 2016 – em 17 de fevereiro, 5 de outubro e 11 de novembro –, a maioria do Plenário decidiu que a Constituição admite a *prisão de réu condenado após a decisão de segundo grau* (*i.e.*, por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal), independentemente do trânsito em julgado da decisão (*i.e.*, quando ainda pendentes recurso especial e extraordinário) (HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio; ARE 964.246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki). O Tribunal entendeu que após a condenação em segundo grau, o peso do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade é superado pela necessidade de efetividade da persecução penal, que protege bens jurídicos valiosos para o ordenamento constitucional, como a vida, a propriedade, a integridade física das pessoas e a probidade administrativa. Foi realçado pela corrente majoritária, igualmente, a circunstância de que, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. O novo entendimento afetou os interesses de pessoas e políticos influentes, muitos acusados de corrupção e outros crimes de colarinho branco.

Como se vê a partir dessa seleção de decisões emblemáticas, ao longo dos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal decidiu questões altamente relevantes e controvertidas do ponto de vista moral, social e político, desde o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas até a inconstitucionalidade da criminalização do aborto; desde a proibição de financiamento empresarial de campanhas até o rito do processo de *impeachment* do Presidente da República. Mais do que isso, é possível notar que o Tribunal, às vezes voluntariamente, outras por circunstâncias inevitáveis, tornou-se protagonista tanto na tarefa de assegurar direitos fundamentais, em especial de minorias, quanto no arbitramento das disputas e tensões derivadas da crise política e das investigações de corrupção nos altos escalões do poder.

Parte III. OS PAPÉIS DESEMPENHADOS PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO BRASIL E NO MUNDO.

A missão institucional das supremas cortes e tribunais constitucionais é fazer valer a Constituição diante de ameaças oferecidas pelos outros Poderes ou mesmo por particulares. Na rotina da vida, a situação mais corriqueira se dá quando determinada lei, isto é, um ato do

Poder Legislativo, é questionado em face do texto constitucional. Na grande maioria dos casos, ao exercer o controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais mantêm a legislação impugnada, julgando improcedente o pedido. Isto se deve à primazia que a Constituição deu ao Legislativo para a tomada de decisões políticas e à deferência que os tribunais devem aos atos dos outros ramos do governo, em nome do princípio da separação de Poderes. No entanto, os casos em que há a declaração de inconstitucionalidade das leis e atos do poder público são normalmente aqueles que recebem maior atenção e destaque. A minha teoria é a de que as supremas cortes e tribunais constitucionais, quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo, desempenham, basicamente, três papéis: o papel *contramajoritário*, o papel *representativo* e o papel que denomino *iluminista*.

I. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO.

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”⁷.

A despeito de resistências teóricas pontuais⁸, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política⁹, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de

⁷ A expressão se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962.

⁸ V. Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal* 115:1346, 2006; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 2000; e Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 2004.

⁹ A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. V., e.g., *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.

participação política de todos¹⁰. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias¹¹. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Entre os casos listados acima, foram contramajoritárias, no sentido convencional, as decisões do STF que declararam a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição de 1988, bem como a inconstitucionalidade da lei que permitia doações de empresas para campanhas eleitorais.

II. O PAPEL REPRESENTATIVO.

A doutrina da dificuldade contramajoritária, estudada anteriormente, assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. E que, ao revés, as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais o seriam. Qualquer estudo empírico desacreditaria as duas proposições. Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria¹². De fato, há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia às Américas, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Há problemas associados (i) a falhas do sistema eleitoral e partidário, (ii) às minorias partidárias que funcionam como *veto players*¹³, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar e (iii) à captura eventual por interesses especiais.

O ponto aqui enfatizado é que, em certos contextos, por paradoxal que pareça, cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. Várias razões contribuem para isso: o modo de indicação de juízes, que enfatiza sua qualificação técnica; a vitaliciedade, que faz com que juízes não estejam sujeitos

¹⁰ Sobre a visão processualista do papel da jurisdição constitucional, v. John H. Ely, *Democracy and distrust*, 1980.

¹¹ A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, p. 13: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida (...)”.

¹² Sobre o tema, v. Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review, *The Georgetown Law Review* 101:113, 2012-2103. V. tb. Michael J. Klarman, The majoritarian judicial review: the entrenchment problem, *The Georgetown Law Journal* 85:49, 1996-1997.

¹³ *Veto players* são atores individuais ou coletivos com capacidade de parar o jogo ou impedir o avanço de uma agenda. Para um estudo aprofundado do tema, v. George Tsebelis, *Veto players: how political institutions work*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002. Em língua portuguesa, v. Pedro Abramovay, *Separação de Poderes e medidas provisórias*, 2012, p. 44 e s.

eas circunstâncias de curto prazo da política eleitoral; e, especialmente, a exigência de motivação das decisões judiciais, que exige o oferecimento de razões para as decisões.

A democracia contemporânea é feita de votos e direitos, mas também de razões, o que dá a ela três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. A *democracia representativa* tem como elemento essencial o *voto popular*. A *democracia constitucional* tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas. Por fim, a *democracia deliberativa*¹⁴, que se funda em uma *legitimação discursiva*: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as *razões* das opções feitas. Um *insight* importante é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como *representante argumentativo da sociedade*¹⁵. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular.

O fato é que cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo do sentimento majoritário da sociedade, sobretudo em situações em que há conflito de interesses entre os representantes legislativos e a população ou em que os canais de participação democrática não estão funcionando bem. Assim, se admitirmos a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, em verdade, a decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser necessariamente contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é contra-legislativa, ou contra-congressual ou contra-parlamentar.

No Brasil, coube à jurisdição constitucional uma série de decisões apoiadas pela maioria da população que não tiveram acolhida na política majoritária. Esse foi o caso da decisão do STF que reconheceu a constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário (nepotismo)¹⁶, proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo¹⁷. Na mesma linha, a Corte

¹⁴ A ideia de democracia deliberativa tem como precursores autores como John Rawls, com sua ênfase na razão, e Jürgen Habermas, com sua ênfase na comunicação humana. Sobre democracia deliberativa, v., entre muitos, em língua inglesa, Amy Gutmann e Dennis Thompson, *Why deliberative democracy?*, 2004; em português, Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006.

¹⁵ V. Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law* 3:572, 2005, p. 578 e s

¹⁶ STF, Pleno, ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 18.12.2009.

¹⁷ STF, Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais, por ter verificado que, como estava estruturado, tal financiamento reforçava a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições e distorcia o sistema representativo¹⁸. Em outro caso importante, afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores¹⁹. Os três julgados contaram com amplo apoio popular, mas não foram promovidas no âmbito da política majoritária por estarem em tensão com os interesses dos representantes.

A função representativa das cortes pode ser constatada também em outras ordens constitucionais. Um exemplo de atuação representativa da Suprema Corte dos Estados Unidos foi a decisão em *Griswold v. Connecticut*,²⁰ proferida em 1965, que considerou inconstitucional lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Ao reconhecer um *direito de privacidade* que não vinha expresso na Constituição, mas podia ser extraído das “emanações” de outros direitos constitucionais, a Corte parece ter atuado em linha com o sentimento majoritário da época. Assim, embora a terminologia tradicional rotule esta decisão como contramajoritária – na medida em que invalidou uma lei estadual (o Connecticut Comstock Act de 1879), ela era *contra-legislativa*, mas provavelmente não contramajoritária. Embora não haja dados totalmente seguros nem pesquisas de opinião do período, é possível intuir que a lei não expressava o sentimento majoritário em meados da década de 60²¹ – cenário da revolução sexual e do movimento feminista. No Canadá, a Suprema Corte reconheceu, em 1988, o direito fundamental ao aborto, invalidando dispositivo do Código Penal que criminalizava o procedimento²². Seu caráter representativo é evidenciado por pesquisas de opinião que apontavam que, já em 1982 (*i.e.*, 6 anos antes da decisão), mais de 75% da população canadense entendia que o aborto era uma questão de escolha pessoal da mulher²³.

Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

¹⁸ STF, Pleno, ADI 4650, rel. Min. Luiz Fux, Pleno, *DJe*, 24 fev. 2016.

¹⁹ STF, Pleno, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.10.2016.

²⁰ 381 U.S. 479 (1965)

²¹ V. Jill Lepore, To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution. *The New Yorker Magazine*, 25 mai. 2015: “Banir contraceptivos numa época em que a esmagadora maioria dos americanos os utilizava era, evidentemente, ridículo”. (“*Banning contraception at a time when the overwhelming majority of Americans used it was, of course, ridiculous*”).

²² Suprema Corte do Canadá, *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen*, [1988] 1 S.C.R. 30. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1053/index.do>>.

²³ Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1982/12/13/world/canadian-doctor-campaigns-for-national->

III. O PAPEL ILUMINISTA.

Por fim, cortes constitucionais desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista. Vale dizer: cortes promovem, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios, que não correspondem à vontade do Congresso, nem expressam o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessários para a proteção de direitos fundamentais, para a superação de discriminações e preconceitos e para assegurar que cada pessoa possa viver de acordo com o seu próprio conceito de vida boa, sem prejudicar os demais. Trata-se, assim, de um papel progressista, de antecipar conquistas e ideias “cujo tempo ainda está por vir”, mas que são corretas, justas e legítimas, como a garantia de direitos iguais a mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas.

Uma breve justificativa do emprego do termo *iluminista* no contexto aqui retratado. Iluminismo designa um abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII²⁴. As *Lumières*, na França, o *Enlightment*, na Inglaterra, o *Illuminismo* na Itália ou *Aufklärung*, na Alemanha, foi o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica. A *razão* passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. Historicamente, o Iluminismo é uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas. É nesse sentido que o termo é empregado: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao *despotismo esclarecido* ou aos *reis filósofos* de Platão.²⁵ A analogia

abortion-clinics.html>

²⁴ Além da *Encyclopédie*, com seus 35 volumes, coordenada por Diderot e D’Alambert e publicada entre 1751 a 1772, foram autores e obras marcantes do Iluminismo: Montesquieu, *O espírito das leis* (1748), Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre a desigualdade* (1754) e *O contrato social* (1762); Voltaire, *Dicionário filosófico* (1764); Immanuel Kant, *O que é Iluminismo* (1784); John Locke, *Dois tratados de governo*, (1689); David Hume, *Tratado sobre a natureza humana* (1739); Adam Smith, *A riqueza das nações* (1776) e Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), em meio a outros.

²⁵ V. Platão, *A República*, 2015 (a edição original é de cerca de 380 a.C), Livro VI. Na sociedade ideal e justa, cujo delineamento procurou traçar nesta obra, Platão defendeu a ideia de que o governo deveria ser conduzido por reis-

mais próxima, eventualmente, seria com uma tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana²⁶. A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos.

Houve tempos, no processo de evolução social, em que a escravidão era natural; mulheres eram propriedade dos maridos; negros não eram cidadãos; judeus eram hereges; deficientes eram sacrificados; e homossexuais eram mortos. Mas a história da humanidade é a história da superação dos preconceitos, do obscurantismo, das superstições, das visões primitivas que excluem o outro, o estrangeiro, o diferente. Vez por outra, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história. Não é uma missão fácil nem de sucesso garantido, e, assim, deve ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas.

Esse papel tem sido efetivamente desempenhado em casos paradigmáticos decididos por cortes em todo o mundo. No Brasil, o STF proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas. Como exposto acima, a Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas; e declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade²⁷. No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador²⁸.

filósofos, escolhidos com base na virtude e no conhecimento. No comentário de Fredeick Copleston, *A history of Philosophy*, v. I, 1993, p. 230: “The democratic principle of government is, according to Plato, absurd: the ruler must govern in virtue of knowledge, and that knowledge must be knoweledge of the truth”.

²⁶ Sobre o ponto, v. o notável artigo de Paulo Barrozo, *The great alliance: history, reason, and will in modern law*, *Law and Contemporary Problems* 78:235, 2015, p. 257-258.

²⁷ STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 29.11.2016.

²⁸ Quanto às uniões homoafetivas, pesquisa do IBOPE indicou que 55% da população eram contra seu reconhecimento (Ibope: 55% da população é contra união civil gay. *Revista Época*, 28 jul. 2011). A declaração de inconstitucionalidade da criminalização do aborto motivou protestos de parlamentares e provocou a constituição de comissão na Câmara dos Deputados para buscar reverter a decisão do STF (V: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html>, acesso em: 27 mar. 2017).

Nos Estados Unidos, *Brown v. Board of Education*²⁹, julgado pela Suprema Corte em 1954, é o exemplo paradigmático de decisão iluminista, pelo enfrentamento aberto do racismo então dominante no Congresso e na sociedade. Em decisão unânime articulada pelo novo *Chief Justice*, Earl Warren, nomeado por Eisenhower, a Corte considerou que “havia uma intrínseca desigualdade na imposição de escolas separadas para negros e brancos” (“*separate educational facilities are inherently unequal*”), em violação à 14ª Emenda à Constituição americana, que impõe a igualdade perante a lei. A decisão enfatizou a importância da educação nas sociedades modernas e afirmou que a segregação trazia para as crianças negras “um sentimento de inferioridade quanto ao seu *status* na comunidade”. O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário – que escondia o preconceito por trás da doutrina do “separados, mas iguais”³⁰ – e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um catalisador do moderno movimento pelos direitos civis³¹. Outro exemplo no cenário norte-americano seria *Roe v. Wade*³², julgado em 1973, em que a Suprema Corte afirmou o direito de uma mulher praticar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Na África do Sul, em 1995, a recém criada Suprema Corte, em sua primeira grande decisão, e ainda sob a Constituição interina que regeu a transição no país, aboliu a pena de morte, pondo fim a uma prática de décadas de execução de criminosos condenados por crimes graves, em sua grande maioria negros.³³ Diferentemente do que se possa imaginar, a decisão foi contrária a boa parte da população, havendo, ainda hoje, partidos e grupos organizados formados por brancos e negros em favor do retorno da pena capital.

CONCLUSÃO.

O presente ensaio procurou analisar a atuação da Suprema Corte brasileira e os papéis que são desempenhados pela jurisdição constitucional no Brasil e no mundo. A título de conclusão, gostaria de destacar três pontos específicos desenvolvidos ao longo do texto.

O primeiro deles é que judicialização e ativismo judicial não são a mesma coisa. Judicialização significa que algumas das grandes questões políticas, morais e sociais do nosso tempo têm alguns dos seus capítulos decisivos perante os tribunais. Já o ativismo judicial é uma

²⁹ 347 U.S. 483 (1954).

³⁰ Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (1896).

³¹ V. Brown v. Board of Education, *Leadership Conference on Civil and Human Rights*: “The *Brown* case served as a catalyst for the modern civil rights movement, inspiring education reform everywhere and forming the legal means of challenging segregation in all areas of society”. In <http://www.civilrights.org/education/brown/>, acesso em 17 jan. 2017.

³² 410 U.S. 113 (1973).

³³ *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995].

atitude, uma atuação expansiva do Judiciário, ocupando espaços tradicionalmente percebidos como sendo do Legislativo. Apesar da conotação negativa que o termo assumiu ao longo do tempo, esta intervenção mais abrangente dos tribunais não é necessariamente ruim. Pelo contrário, alguns dos momentos mais importantes do constitucionalismo mundial se deram por uma postura mais ativista das cortes constitucionais.

Em segundo lugar, o grau de judicialização é determinado por desenhos institucionais, mas também por situações circunstanciais, como crises políticas. No Brasil, três singularidades do modelo de jurisdição constitucional adotado têm potencializado a judicialização da vida no país: (i) a constitucionalização abrangente, (ii) o sistema de controle de constitucionalidade híbrido, que facilita o acesso à Suprema Corte mediante ações diretas, fazendo com que, muitas vezes, ela tenha de se pronunciar ainda no calor dos acontecimentos, e (iii) a competência penal originária do STF para julgar altas autoridades por crimes comuns. Nos últimos anos, esses elementos, somados à perda de legitimidade dos poderes eleitos e às operações de combate à corrupção, têm favorecido a expansão da atuação do Supremo Tribunal Federal.

O terceiro ponto é que as democracias contemporâneas não são feitas apenas de votos, mas também de direitos e razões. Juízes e tribunais, como regra, não dependem de votos, mas vivem da proteção de direitos e do oferecimento de razões. Nesse ambiente, as Supremas Cortes e Cortes Constitucionais desempenham três grandes papéis: *contramajoritário*, quando invalidam atos dos Poderes eleitos; *representativo*, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e *iluminista*, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais. Esta última competência, como intuitivo, deve ser exercida em momentos excepcionais e com grande cautela, pelo risco autoritário que envolve. Mas ela tem sido efetivamente exercida com grande destaque e relevância pelo Supremo Tribunal Federal e por outras cortes ao redor do mundo com o objetivo de garantir a proteção de negros, mulheres, homossexuais e minorias em geral.