

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ

GISELLE ALMEIDA DO ESPÍRITO SANTO

O STF COMO PALCO DE UMA NOVA ARENA POLÍTICA

Rio de Janeiro

2022

GISELLE ALMEIDA DO ESPÍRITO SANTO

O STF COMO PALCO DE UMA NOVA ARENA POLÍTICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Ana Paula Sciammarella

Rio de Janeiro

2022

AGRADECIMENTOS

A gratidão é um sentimento de preciosidade inestimável e é com ela que aprendi a pagar por tudo que a vida tem me proporcionado. Neste momento uma jornada se encerra com este trabalho e eu não poderia deixar de agradecer a todos que me forneceram subsídios para que eu chegasse até o seu fim.

A Deus, pela certeza do seu amor.

À querida orientadora e exemplar professora que me permitiu escolhê-la, obrigada pela generosidade. Nessa oportunidade, presto homenagens aos professores do curso e agradeço por todo ensinamento.

Aos amigos, família que se escolhe. Ana Raquel e Jaques, pelas conversas à mesa e pela segurança de se ter sempre com quem contar. Bruna, Yuri, Lucas, Matheus e Miguel, pelos momentos de riso e desespero que compartilhamos e pela imprevisibilidade da vida que nos uniu. Dra. Patrícia Verone e Mayla Melo, solícitas em todo momento. À minha querida amiga Lais, porque você está comigo em todos os momentos.

À família, principalmente, fonte da minha motivação. Gostaria que todos se sentissem amados através desse esforço. Em especial a todas as mulheres exemplares que coleciono nesse laço, minha avó Linda, minha mãe Ivone, minhas tias Cristina, Elena e Ivone e minha irmã Isabelle.

Obrigada!

Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também, como já dissemos, falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade.

(BOBBIO, 2000, p. 380)

RESUMO

A intervenção judicial, aclamada através de mecanismos constitucionais de controle, nas questões da agenda política brasileira é assunto de ordem do dia no nosso cenário sociopolítico atual. Nesse quadro, mister verificar qual o seu impacto frente ao princípio democrático de tripartição do poder sustentado pela Constituição de 1988, por isso o presente trabalho tem por escopo identificar a relação entre a Constituição de 1988 e a judicialização da política, verificando através de sua lupa ideológica a natureza e função do Supremo Tribunal Federal, ao traçar o contorno de sua legitimidade. Ainda, investigar a atuação do instituto *amicus curiae* como possível incorporação popular na produção de norma com repercussão social em juízo e os princípios limitadores desse poder.

Palavra-chave: Intervenção judicial. Judicialização da política. STF. Amicus Curiae. Processo democrático. Princípios republicano e democrático. Estado de direito.

ABSTRACT

Judicial intervention, acclaimed through constitutional mechanisms of control, in the issues of the Brazilian political agenda is a subject of the order of the day in our current socio-political scenario. In this context, it is necessary to verify its impact on the democratic principle of tripartition of power underpinned by the 1988 Constitution, so the present work aims to identify the relationship between the 1988 Constitution and the judicialization of politics, verifying through its magnifying glass the nature and function of the Federal Court of Justice, in outlining its legitimacy. Also, to investigate the performance of the *amicus curiae* institute as a possible popular incorporation in the production of a norm with social repercussion in judgment and the limiting principles of that power.

Keyword: Judicial intervention. Judicialization of politics. FTS. *Amicus Curiae*. Democratic process. Republican and democratic principles. Rule of law.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 2 |
| I. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA..... | 5 |
| 1. O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO | 5 |
| 2. O JUDICIÁRIO COMO PAI DA SOCIEDADE ÓRFÃ | 8 |
| 3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA | 12 |
| II. O STF E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 16 |
| 1. O STF COMO PAI DA SOCIEDADE ÓRFÃ..... | 17 |
| 2. O STF E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA..... | 21 |
| 3. O STF E OS LIMITES DE ATUAÇÃO | 26 |
| III. O STF COMO PALCO DE UMA NOVA ARENA POLÍTICA..... | 28 |
| 1. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO | 28 |
| 2. EFETIVIDADE E EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO | 29 |
| CONCLUSÃO | 35 |
| REFERÊNCIAS | 36 |

INTRODUÇÃO

Particularmente, foi durante o desenvolvimento coletivo de um pedido de *amicus curiae* na ADPF nº 442, sobre a descriminalização do aborto, que exercitei pensar sobre a amplitude social e política do poder jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao perceber uma recorrente necessidade da sociedade ser atendida pela nossa Corte maior para resolução de questões tão viscerais de seu corpo, me inclinei ao tema para querer entender (apesar da minha grande admiração pelas funções constitucionais do Órgão desenvolvida através do curso de Direito e justamente por internamente crer de forma não dialética – confesso – que essa seria a melhor via para o problema que estava questionando) se seria democrático um Órgão contra majoritário, sem integrantes eleitos, poder decidir em áreas que precipuamente competiriam a outros, efetivamente representativos dessa sociedade? Embora não compartilhe da ideia que possa haver dentro das ciências sociais uma dissociação entre o objeto de estudo e o pesquisador, procurei silenciar minhas próprias crenças para ouvir os diálogos e os trabalhos produzidos de forma séria sobre o assunto e me permitir ter a conclusão que for, assim como o leitor deste, obviamente.

De fato, o STF, âmbito brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade, cada vez mais tem ganhado relevância midiática em razão de suas decisões que envolvem questões da agenda política nacional, conquistando aplausos e críticas severas. Não obstante se tratar de um órgão sem representatividade popular, sua prestação jurisdicional tem envolvido demandas de profunda relevância social que não encontraram saída pela via política, como por exemplo questões sobre biossegurança, nepotismo, liberdade de imprensa, união homoafetiva, a abordagem de gênero em escolas e, com ainda maior repercussão, as decisões enfrentadas por conta do estado de pandemia desde 2020.

Esse panorama que, como defende Luís Roberto Barroso, não é peculiaridade nossa, repetindo-se em outros Estados em diversos contextos históricos; pode ser considerado fruto das importantes mudanças filosóficas e políticas no mundo ocidental ocorridas no século XX que repercutiram no Brasil e acabaram por influenciar o processo de redemocratização na década de 80, a promover ideias neoconstitucionais para implementação de um Estado Democrático de Direito após a ditadura. Consagrou-se, assim, a supremacia da Constituição e a constitucionalização de direitos, fenômeno que segundo Barroso a Constituição de 1988 levou

ao extremo. O atual Ministro da Suprema Corte ainda relata em artigo próprio como esse processo ocorreu:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. (...) a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. (BARROSO, 2006)

Nesse ínterim, em decorrência do desdobramento desse novo modelo de Estado e a natural sublimação da supremacia do Poder Legislativo, foi possível verificar uma maior atuação judicial em razão da nova carga vital atribuída à norma constitucional pela redemocratização, conferida no fortalecimento das garantias da magistratura, na própria constitucionalização que entranhou a Constituição de matérias usualmente legadas ao legislador ordinário e através do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro (BARROSO, 2012, p. 24).

Por isso, em que pese a possibilidade de exercício de poder modificativo da validade da norma *erga omnes* realizada em controle concentrado pelo órgão jurisdicional maior, capaz de intervir nas ações de políticas públicas, questionou-se a legitimidade de suas decisões com repercussão política, que deveriam ser tomadas pelos legítimos representantes do povo. Surgiram teorias a defender e a refutar a intervenção do judiciário, conceituando a judicialização da política com ideias opostas, baseada por um lado em um viés prejudicial de ativismo voluntarista, condicionado a integridade de funções políticas das instituições representativas ou a manutenção da própria independência funcional da instituição deliberadora; por outro, em uma abertura benéfica ao ativismo positivo para produção de cidadania, contrapesar práticas conservadoras de classes dominantes, como também para ampliação da arena pública de discussão da agenda política (MACIEL; KOENER, 2002, p. 117).

Seguindo a segunda corrente, de caráter salutar do ativismo, abraçou-se a tese da sociedade aberta ou pluralista proposta por Peter Häberle. Nessa perspectiva, a figura do *amicus curiae*, que surgiu efetivamente no sistema jurídico brasileiro junto com a lei que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, é posta como

instrumento de participação popular para pluralização e incremento da qualidade das decisões tribunal acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o discurso jurídico, bem como conferindo ao debate contorno mais democrático (ALMEIDA, 2019, p. 679; COSTA, 2013, p. 352).

Questiona-se, portanto, se os instrumentos disponíveis podem ser considerados válidos na incorporação popular ao processo, a fim de que a implementação de políticas públicas em razão de suas decisões não converta a democracia em um regime antidemocrático. Utilizando-se pesquisas empíricas sobre instrumentos processuais de participação popular dentro do STF, busca-se compreender se o vício de legitimidade apontado é sanado pela efetiva participação popular e a arena jurídica pode ser de fato mais um espaço para debate de assuntos políticos, através da investigação sobre o acesso e a potencialidade do uso desses instrumentos processuais que permitem acesso aos intérpretes da Constituição, seja *amicus curiae* ou audiências públicas, para a realização do litígio estratégico.

Passarei primeiramente a uma análise documental traduzida por autores para entender o processo de acumulação do Poder Judiciário em detrimento das outras funções da República, a fim de investigar a legitimidade de sua suposta usurpação de funções dos outros Poderes dentro do contexto histórico e social. Após, entendendo a repercussão e o tipo de influência legada pelo contexto histórico a essas Cortes, comparar-se-á o STF e a conjuntura nacional após a promulgação da Constituição de 1988, para se verificar se a estrutura de Corte estabelecida por ela e a desenvoltura das decisões com impacto político condizem com as reais expectativas do Estado Democrático de Direito. Ao fim, aferir-se-á através de pesquisas empírica a validação da efetividade e eficácia da participação popular no fomento dessas decisões plurais produzidas por ela, se necessária a sua manutenção.

I. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1. O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO

Como experiência das mutações sociais e filosóficas no campo da teoria do direito sofridas no século da 2ª Grande Guerra, o Pós-Positivismo jurídico foi adotado por países que focavam a perspectiva de redemocratização e Estado Democrático de Direito. Sua ideia seria a de conjugar a certeza e a objetividade do Positivismo de Kelsen com os valores éticos e morais resguardados pelo Jusnaturalismo. Por isso se torna o marco filosófico do Neoconstitucionalismo, o movimento responsável por um conjunto de mudanças na aplicação do direito constitucional, tais como: atribuição de força normativa à Constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (BARROSO, 2006).

Nessa esteira, é importante relevar o caráter do acesso à justiça de um Estado, que é um reflexo histórico de seus ideais políticos. É pacífico que com os Estado de bem-estar social (*welfare state*) esse acesso deu passagem a experiências de promoção da igualdade social, ao valorizar a intervenção estatal nos conflitos privados e reforçar o papel do Estado na vida dos indivíduos. Dentro do paradigma trazido por Montesquieu e utilizado pelas sociedades democráticas, foi ajustada a necessidade de se segmentar o Poder estatal e designado ao Judiciário a função de “dizer o direito” – embora seja interessante apontar aqui a percepção de Clarisse Inês de Oliveira (p.5) sobre o tema:

Merece o registro que o modelo pensado por Montesquieu de Separação de Poderes não previu uma cisão em três esferas, Executivo, Legislativo e Judiciário.

A tese central de O Espírito das Leis orbita dentro da lógica do sistema de *cheks and balances*, ou seja, o sistema de pesos e contrapesos capaz de frear e vigiar mutuamente as decisões tomadas por cada uma das esferas, evitando-se a supremacia de um “superpoder” ou de um Poder Absoluto. Mas não necessariamente foram pensadas em um modelo dividido em três Poderes, como o hoje vigente.

Não obstante, é em razão da cisão instituída nos moldes atuais que um fenômeno como a judicialização da política pode ocorrer. A valorização do Judiciário no contexto do pós-guerra – no qual se encontra reivindicações consumeristas, em razão da expansão industrial, e sociais,

mobilizadas por grupos na defesa de interesses – influenciaram os tribunais a adquirir maior potência enquanto instituição, uma vez que se tornaram o local adequado de efetivação de direitos legalmente conquistados.

“Dito de outro modo, a regulamentação crescente de várias esferas da vida social pelo direito promoveu a judicialização das relações sociais, conferindo centralidade política ao Poder Judiciário” (FULLIN, 2013, p.221).

Clarisse Inês (p.8) ao pesquisar a evolução da judicialização da política e sua ligação com essas mudanças ocorridas nos países europeus informa que a aquisição do protagonismo por parte do Judiciário se deu de forma paulatina, havendo registros de contenção por parte dos alemães ao serem invocados a tomar decisões fundamentadas nas Constituição de 1918, inclusive. Ademais, traz uma interessante constatação, a passagem da figura do Presidente do Executivo, na República de Weimar, para o Tribunal Federal Constitucional alemão, e arremata o exposto ao indicar que a partir de então o Tribunal teria adquirido um status de pai em uma “sociedade órfã”.

Ao correlacionar todas essas referências provenientes dos países europeus com o contexto brasileiro afirma (p.9):

Essa passagem se verifica também no Brasil, mas deve ser analisada pelas idiosincrasias próprias do histórico de governos ditatoriais por que passou o País nas últimas décadas e, ainda, pelo fato de que no Brasil sequer se configurou um Estado de Bem Estar Social, e justamente por tal fato é que os Juízes passaram a exercer um papel político de extrema relevância, a fim de não fazer letra morta dos dispositivos constitucionais garantidores dos direitos sociais, trabalhistas e previdenciários.

O processo de redemocratização do nosso país teve sua marcha militar apressada por setores da sociedade civil tais como sindicatos, movimentos de oposição, grêmios estudantis, setores da Igreja Católica, organizações como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cuja figuração não prevista pelo governo, impôs à abertura, antes “lenta, gradual e segura”, um ritmo inesperado.

O custo crescente da dívida externa, a desaceleração do crescimento dela decorrente como estratégia econômica para se reduzir as importações, o alto índice de desemprego e a inflação foram as principais causas que levaram ao regime enfraquecido a negociar com a sociedade o retorno à ordem democrática. Muito embora fossem diferentes os grupos que

exigiam uma nova ordem, havia por trás dessa diversidade um objetivo em comum: *“todos queriam a imediata democratização do país como condição para uma luta mais efetiva contra as desigualdades sociais”* (TEIXEIRA, 2006, p.311).

PÁDUA (p.64) é mais crítico sobre essa fase e identifica as reivindicações da época por origem, sendo aquelas originárias do movimento das Diretas-Já, das greves dos metalúrgicos paulistas, dos comícios e manifestações públicas e mesmo da ação dos governadores de oposição ao Regime Militar, inseridas na esfera pública política formal; enquanto na esfera informal estariam as advindas de sindicatos, associações e instituições diversas, a fim de esclarecer que em relação a última nenhuma reivindicação fora totalmente recebida e aprovada na esfera pública formal do Congresso Nacional e da Administração. Assim, compara o processo brasileiro ao espanhol ocorrido nos “Pactos de Moncloa”, que para retomar o quadro institucional democrático após ditadura se valeu de engenharia política que veio mais da esfera pública formal do que da informal. Assim o confirma em sua dissertação (p.66-67):

Acabou-se fazendo necessária uma transição negociada, carente de conflitos políticos mais sérios – salvo os intramilitares do final do governo Geisel e os decorrentes de sua sucessão –, transição que permitiu, ao menos parcialmente, de um lado, a permanência do instrumento mimético do estamento burocrático-patrimonialista influente sobre a cultura, a sociedade, e o sistema estatal brasileiros; e, de outro lado, permitiu que, sempre de olho no estado e de costas para o potencial mobilizado pela esfera pública social, a mobilização política pré-constituente não matasse o nosso “pai primordial” estatal, senão a ele se retornasse, agora (também) na forma da jurisdição, levantada sua importância pelo jurista sempre influente na nossa história, com más ou boas intenções.

Ou seja, estaria confirmada, através de intenções e manobras políticas, a necessidade de interferência do Judiciário para qualquer transformação social por ordem da própria Constituição. A Carta foi promulgada oficialmente em 5 de outubro de 1988 pelo presidente do Congresso Constituinte, Ulisses Guimarães, que a apresentou como Constituição-cidadã a uma sociedade cheia de expectativa, referindo-se, inclusive, como possuidora da “cara do povo” (TEIXEIRA, 2006, p.314).

Logo, certo é que Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou instrumentos de proteção judicial e transformou o Judiciário em poder político capaz de concretizar suas normas e as leis, inclusive no confronto de outras leis.

2. O JUDICIÁRIO COMO PAI DA SOCIEDADE ÓRFÃ

Pode-se verificar, do exposto até então, que existem autores a criticarem a projeção paternal colocada sobre o judiciário, e concluem que no caso brasileiro isso ocorre, precipuamente, em razão das deficiências sistêmicas da política de estado. Uma grande teórica sobre o assunto é Ingeborg Maus, socióloga, que analisou a expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário alemão sob o conceito psicanalítico de imago¹ paterna, enquanto na função de moralidade pública exercida pelo modelo judicial de decisão.

A autora, baseada na tese do sociólogo Herbert Marcuse, teoriza que a perda da importância da figura paterna na família, como na sociedade, permite que os indivíduos se tornem muito mais influenciáveis na construção de sua consciência pelas diretrizes sociais, porquanto, além do “poder” não haver mais visibilidade e acessibilidade, esse vício fragilizaria o senso crítico sobre as normas sociais. O Estado, ao passar por mutações nas áreas política e social, desencadearia um processo de descrença das instituições políticas, e por essa razão, haveria perda de referenciais político-institucionais que norteavam o Estado moderno, de forma que a despolitização do sujeito e sua fragilidade, garantiriam maior destaque ao Judiciário como instância promotora de expectativas frustradas (MORAIS, 2010).

Nesse círculo vicioso, a “sociedade órfã” alimentaria o infantilismo dos sujeitos. Essa mitigação da complexidade social e objetividade de valores nesta sociedade em questão favoreceria o reconhecimento do modelo de transferência do superego que, devido a *“eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça”* (MAUS, p. 186). Emílio Peluso Neder Meyer, em seu artigo a reconstituir alguns argumentos dessa autora, explica esse processo historicamente:

A proeminência do Poder Legislativo logo após a Revolução Francesa, justificada teoricamente pelo Abade Sieyès, teria surtido efeitos na Alemanha, ocasionando a total subserviência, no século XIX, do Judiciário ao “direito

¹ Termo criado por Carl Jung em 1912 e depois usado por Freud e outros psicanalistas. O imago designa uma imagem inconsciente de objeto, realizada e construída em idades precoces e que fica investida pulsionalmente. Existem assim vários imagos mencionados por Jung e por Freud tais como, por exemplo, o imago maternal e o imago paternal. Estes imagos desempenham o papel de modelo ou ideal que rege de uma forma inconsciente as escolhas de objetos. Assim, implica que as relações de objetos posteriores tendem a reproduzir as relações de objetos da infância. (INFOPÉDIA)

formal burguês”. Com o advento do paradigma do Estado de bem-estar social, os juízes alemães reivindicariam mais e mais poderes, por intermédio da Associação dos Juízes Alemães, já sob a égide da Constituição de Weimar. A posterior instauração do regime nazista, também, contribuiu em muito para que os juízes passassem a encarnar o modelo de “moralidade” tão caro à conformação do povo alemão. O juiz representaria a unidade schmittiana do povo alemão, embalados por um tipo de autorização dada pelo III Reich para que eles se desligassem das “muletas da lei” e pudessem levar adiante o projeto de “unificação”. Com o Pós-Guerra e o restabelecimento do regime democrático, no entanto, esse papel de condutor da “moralidade alemã” foi mantido mesmo com a Lei Fundamental de Bonn de 1949. Juristas foram mantidos nas universidades, juízes em seus cargos, ou seja, o mesmo pensamento de alargamento das competências e poderes do Judiciário permaneceu.

Essa análise de Meyer corrobora a ideia do Estado de bem estar como catalisador do aumento dos poderes e competências dos juízes no século XIX, depois do desencadeamento histórico apresentado teria sido fácil para a Corte Constitucional Alemã criar doutrinas como a da jurisprudências de valores, julgando de acordo com cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outros parâmetros abertos que não tinham vinculação à letra da Constituição mas, pelo contrário, seriam tratados como normas suprapositivas às quais o Judiciário teria sempre acesso mediante o exercício do controle de constitucionalidade das leis.

Logo, o intuito da autora é demonstrar que que as instituições políticas eram responsáveis por organizar a sociedade e que há perigo no decisionismo, cujas decisões interpretadas conforme a principiologia constitucional poderia se extrair intuítos egoístas designados a suprimir a soberania popular.

A “sociedade órfã” já não dispunha do livre acesso à emancipação moral, mas tinha no Estado um poder que era o imago, a imagem paternal que lhe outorgava os principais valores tidos por ele como mais proeminentes. Verifica-se que o direito aplicado não era aquele votado pelo legislativo soberano, mas aquele que o Judiciário entendia como aplicável. Não à toa, os tradutores de seu ensaio no Brasil, Martonio Lima e Paulo Albuquerque, emitem um esclarecimento em um texto introdutório de modo a situar os novos leitores quanto ao ponto de vista da autora:

O princípio da soberania popular ocupa posição central nas reflexões de Ingeborg Maus, de tal forma que não haveria como analisar a existência do que se conhece como controle jurisdicional da constitucionalidade das leis sem submeter tal ideia a parâmetros de uma perspectiva radicalmente democrática. A autora tem igualmente formulado críticas à atuação do

Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, em especial quando da frequente atuação deste órgão como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade. (MAUS, 2000, p. 184)

Maus alerta para o agigantamento do judiciário alemão, que extrapolou suas competências constitucionais para se tornar um superpoder, não sujeito a limites ou controle, através de um tipo de abordagem hermenêutica por parte da Corte, que não mais se contentaria em aplicar apenas o direito positivo, mas apelaria a fundamentos de ordem moral, técnica responsável pelo aumento dos poderes e competências atribuídos a ela. Por isso, a autora contrapõe esse aumento ao modelo de decisão judicial próprio do paradigma liberal, isto é, da aplicação silogística da lei, um tipo de interpretação formal que, aos olhos de Maus, parecia atender ao princípio da soberania popular, confundido com a própria lei.

A autora critica a teoria de Ronald Dworkin, para quem, segundo ela, o conceito de direito guardaria estrita vinculação com princípios morais, pois considera que as decisões judiciais justificadas por ela podem ocultar vícios, como decisionismos, em razão da variabilidade da ótica moral, bem como da discrepância entre a moral atribuída ao direito e a empírica de uma sociedade. Maus se torna mais incisiva em sua crítica quando conclui que a teoria dworkiniana pressupõe que nenhum grupo social, com exceção dos juízes, possui a capacidade moral de argumentação, sendo o entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (*community morality*) o fator decisivo da interpretação jurídica, então observa que,

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (p.187)

Contudo, Meyer acautela quanto a essa conclusão, pois acredita que elas não refletem exatamente a ideia dworkiniana, já que, para demonstrar sua lógica, Dworkin exhibe a teoria da integridade conforme dois aspectos distintos: os argumentos de princípio e argumentos de política. Os argumentos de política justificariam “*uma decisão política com base naquilo que é bom para uma determinada comunidade localizada temporal e espacialmente*”; enquanto aqueles tratariam sobre o que é justo, ou seja, seriam “*argumentos normativos que se impõem*

por sua força impositiva a respeito daquilo que é correto ou justo em termos universalizáveis”.

O autor conclui:

O que Dworkin chama de moralidade política – ao contrário da moralidade encarnada pelos juízes alemães e criticada por Maus – é um todo coerente de virtudes normativas, como justiça e integridade. A decisão judicial deverá, pois, refletir o que é justo ou correto ante normas, não o que o juiz pensa que é “bom para mim” ou “bom para nós”.

Portanto, o diagnóstico de Maus é extremamente pertinente; mas a crítica é mal dirigida. Ela seria melhor endereçada à própria Corte Constitucional Alemã e a autores como Robert Alexy.

Logo, quando os juízes interpretassem de acordo com a integridade do direito, o fariam como membros de uma comunidade que se vincula por argumentos de princípios, o que inclui um tratamento deontológico dos princípios e o respeito aos direitos. SIMIONI (pag. 210), expõe, a forma como Dworkin reconhece os princípios, qual seja, como uma questão de peso na argumentação, porquanto seriam justificações segundo padrões de moralidade política da comunidade que justificam a prática do indivíduo. A entender moralidade política estabelecida por Dworkin como o que é correto para sociedade, a possuir uma perspectiva objetiva em detrimento da pessoal, obtida pelo subjetivismo.

Não seria possível, por isso, chamar a moralidade encarnada pelos juízes alemães por aquilo que Dworkin chama de moralidade política, baseada em princípios cujos pressupostos *“são aquelas convicções de moralidade política mais profundas, mais intuitivas, mais originais e autênticas, que justificam uma determinada interpretação do direito como a melhor interpretação possível”*, o que faria, em tese, com que a decisão judicial tenha que refletir o que é correto ante normas, independentemente de qualquer interesse do intérprete.

O trabalho de Maus, justamente pelas críticas a serem consideradas, é importante por permitir a dialética nas razões que envolvem e legitimam as decisões judiciais. Ultrapassa o contexto nacional alemão e acompanha o fenômeno da protagonização do Judiciário como agente político, como também ocorre no Brasil, permitindo comparar em que medida as Cortes Constitucionais assemelham-se ao superego identificado.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

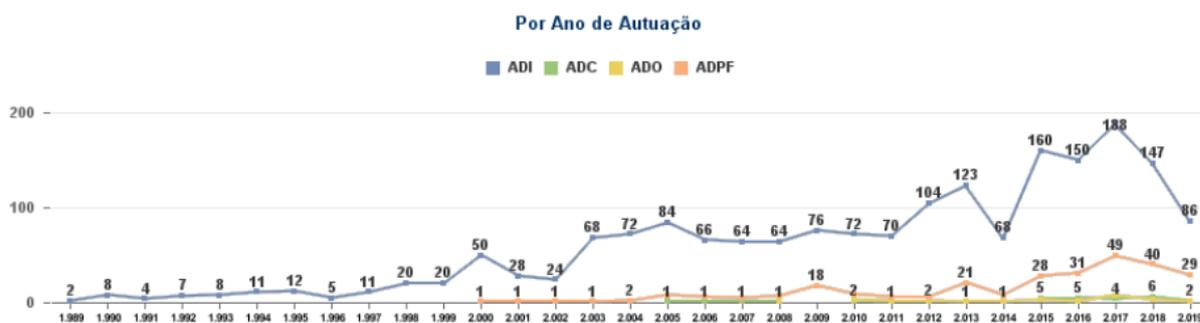
A forte presença das instituições judiciais na democracia brasileira, especificamente após a transição política ocorrida em 1988, deu início a debates crescentes dentro das ciências sociais sobre sua presença e papel. A expressão judicialização da política nos estudos de ciência política seria, então, utilizada para identificar as relações das instituições judiciais com as instituições políticas, logo quando trazida para a seara da ciência social e do direito, a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder - cuja pesquisa comparou o Poder Judiciário de diferentes países -, é concebida pelos autores como métodos típicos da decisão judicial para resolução de disputas e demandas políticas em dois contextos, a saber: um relacionado ao poder de revisão do Judiciário sobre ações dos outros dois poderes através de mecanismos constitucionais, fenômeno também alcunhado de politização da justiça; outro, relacionado a introdução de staff judicial ou procedimentos próprios do Judiciário no Executivo e Legislativo, a chamada política judicializada (KOERNER, MACIEL, 2002, p.113-114).

Preocupa a este projeto o primeiro contexto, no qual se destaca um papel político positivo dos operadores do direito, no sentido de atuarem na concretização de políticas públicas. Para um melhor recorte e inserção circunstancial, tratar-se-á o tema com o conceito trabalhado por Giselle Cittadino, no qual são priorizados os valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado, pressupostos adotados pela Constituição de 1988. A autora o distingue como “processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição”, sendo assim, a partir dessa percepção, abrir-se-ia um novo espaço público para a integração de novos agentes de interpretação das normas constitucionais - que, neste passo, passaram a ser percebidas como princípios e objetivos que implicam ações positivas do Estado -, logo, as afirmações de direitos humanos se tornaram gatilhos para a ação do judiciário que, em conjunto com o círculo de intérpretes envolvidos por meio de instrumentos processuais-procedimentais, promoveriam a efetivação de direitos fundamentais. *“Tal fenômeno expressaria, portanto, o processo, resultante da transformação constitucional e seu efeito (a expansão do âmbito de atuação do Judiciário), o qual não seria contrário à política democrática, mas estaria em consonância com ela”* (KOENER; MACIEL, 2002, p. 124).

Em contrapartida, reúnem-se também argumentos contrários, ao entender que essa comunidade de intérpretes ligada ao Judiciário é capaz de, sob a aparência de emancipação cidadã e promoção da democracia, impor o oposto, mesmo quando, eventualmente, alcance resultados normalmente reconhecidos, até certo ponto, como satisfatórios (PÁDUA, 2008, p.13).

Seja em razão de todo contexto estruturado e já exposto neste trabalho ou não, é pacífica a percepção de crescimento da judicialização e de acesso à justiça, no sentido de se ter aumentado o número acionamentos do judiciário, metrificadamente também é possível se aferir pela figura 1 a crescente demanda do uso de ações originárias na via do controle concentrado pelo Supremo neste intervalo democrático.

Figura 1 – Número de ações ajuizadas por ano



Fonte: STF (2018), disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=13estatistica&pagina=CC_Geral.

Para Matthew M. Taylor – que dissertou em artigo próprio sobre os impactos que os tribunais podem ter na formulação, deliberação e implementação de políticas públicas no plano federal –, os atores responsáveis pela prestação são justamente um dos problemas da crescente busca. É compreensível para ele, por isso, que os números de ações de declaração de inconstitucionalidade (ADIs) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) nesses quase trinta anos de redemocratização sejam muito superiores a outras ações originárias.

Atenta sobre uma percepção prática dos atores externos que utilizam esses instrumentos por ter “*muito mais impacto e sobrevida do que uma decisão recorrível de juiz federal de primeira instância*”, uma vez que haveria ainda outra questão tão importante quanto o próprio resultado pretendido por eles ao acionar o judiciário: o *timing* desse resultado. Uma vez acionado, estaria a poder do tribunal liberar decisões liminares a fim de acelerar o processamento de interesses no processo ou protelar alguma decisão, socorrendo-se de pedidos

de vista. “*Há, portanto, uma capacidade considerável dos ministros do STF de controlar o timing e as consequências de seu impacto, seja sustentando políticas públicas que apoiam ou atrasando a derrota daqueles que eles acreditam ser de constitucionalidade duvidosa, porém preferíveis*” (TAYLOR, 2007, p. 242).

No entanto, um dos fatos é que o grau com que o judiciário é acionado por atores externos depende tanto da força dos tribunais como dos padrões da disputa política, uma vez que o consenso entre as teorias contrapostas de defesa e combate sobre a tese de que outros atores sem representatividade democrática podem ter efetiva influência nas políticas públicas aponta para a presença de um

delicado equilíbrio entre processos decisórios centralizados e descentralizados no sistema político brasileiro.

(...)

Considerando apenas as políticas implementadas pelo governo federal, pode-se observar que a localização do Brasil na dimensão majoritária-consensual da democracia varia de acordo com o estágio do processo político, ou seja: o sistema é altamente majoritário quando se trata do processo de deliberação de políticas públicas, mas tende para a forma consensual durante o processo de implementação das políticas. (...) Os tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas. (TAYLOR, 2007, p. 234)

Daí, esses atores se amparariam no Judiciário para contestar políticas públicas, reforçando o seu status de *venue-seeking*, ou seja, um local conveniente aos seus interesses. Porém, apesar de toda a complexidade que um jogo de interesses pode trazer, inegável que esse espaço viabilizou – em contrapartida ao pensamento de manutenção de privilégios que vem à mente quando neste país se pensa em conveniência de interesses – que “*algumas vozes minoritárias sejam incorporadas, ainda que minimamente ou de forma marginal, na elaboração dessas políticas*”. (TAYLOR, 2007, p. 235)

Assim, ao passo que se concretiza direitos fundamentais resguardados pela Constituição e denegados pela ordem infraconstitucional a certo grupo, como no caso da ADI 4277 e da ADPF 132 que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo a fim de excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, há também casos que a intervenção judicial oferece medidas questionáveis quando acionados em razão de interesses econômicos,

como no caso da aquisição empresarial pela Nestlé, revertendo decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que havia rejeitado a operação para evitar a concentração de mercado²; o caso da reforma agrária de 1999/2000, no qual o governo FHC tentou encontrar um espaço de comum acordo entre os donos de terra e o Movimento dos Sem-Terra (MST), ao editar a medida provisória 2.027-38 para estabelecer limites para compensações excessivas em expropriações de terra e restrições às invasões empreendidas pelo MST, porém sem ter incorporado à proposta os interesses de um ator importante, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, na pele de prejudicado, manejou instrumento processual para imediato acionamento do terceiro poder a fim de se ver resguardado (ADI 2332).

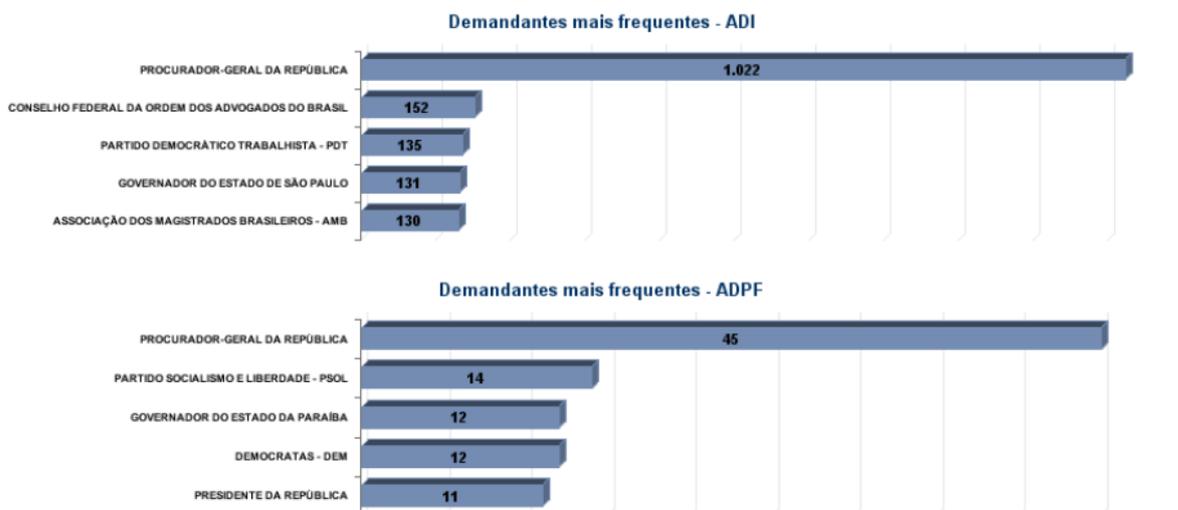
Quando a medida provisória foi decretada, a OAB imediatamente contestou vários elementos da nova política por meio de Adin. A OAB teve sucesso em um ponto de especial interesse a seus membros: o STF deferiu em parte o pedido de liminar contra os limites decretados pelo governo para os honorários advocatícios em casos de expropriação.

Como resultado, a OAB conseguiu mudar a política pública do SQ2 para o status quo 3 (SQ3), transferindo o resultado de um ponto próximo às preferências centrais do governo para um ponto mais próximo das preferências dela, eliminando as novas limitações propostas pelo governo no tocante às restrições aos honorários advocatícios. Sem o acesso ao STF e ao mecanismo da Adin ou sem um Judiciário capaz de tomar decisões e tê-las respeitadas e cumpridas pelo Executivo, esse resultado não teria sido possível. Do ponto de vista analítico, o ponto de veto oferecido pelo Judiciário a um grupo profissional oposto à redução dos próprios rendimentos teve um impacto muito grande na capacidade do governo de ver suas primeiras preferências implementadas. (TAYLOR, 2007, p. 238)

O Judiciário no controle concentrado de normas, ao entrar na arena política a fim de decidir interesses negligenciados, majoritariamente reclamados pelo Ministério Público, através do Procurador-Geral da República, pela Ordem dos Advogados do Brasil e por partidos de oposição (figura 2), constitui-se em um jogador de veto em potencial. Diante disso, há grande preocupação expressa nos que resguardam teorias contrária ao ativismo.

² A modo de reflexão e inspiração ao debate, mister informar que à época a Garoto e a Nestlé formariam 54% do mercado e que poucos anos antes, em 2000, o mesmo conselho havia aprovado a fusão das cervejarias Brahma e Antarctica para criar a Ambev, que nasceu com 70% de um mercado aproximadamente dez vezes maior que o de chocolates. Ademais, além do Judiciário, as agências reguladoras ou as “burocracias específicas” também são consideradas “*venue*”. (KOJIKOVSKI, 2017)

Figura 2 – Demandantes mais frequentes por ação



Fonte: STF (2018), disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=16estatistica&pagina=CC_Geral.

Afinal, é aceitável validar a interferência judicial na formulação de políticas públicas, capazes de afetar a todos os cidadãos, a fim de se reconhecer saídas a minorias prejudicadas, mesmo quando esse poder pode ser considerado contra majoritário?

II. O STF E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, exerce controle jurisdicional em face dos atos públicos emanados tanto pelo Poder Legislativo como pelo Executivo, enquanto não raras vezes é o responsável por encaminhar a sociedade brasileira a rumos designados sob a ótica primordial da tutela aos preceitos instituídos pela Constituição Federal de 1988.

Juristas como MUNHOZ e CONCEIÇÃO (2013, p. 51) entendem que a Constituição de 1988, sob uma nova concepção de constitucionalismo e elevação dos direitos fundamentais ao patamar de garantidores da justiça social, traçou um novo perfil ao Poder Judiciário a requerer que o órgão não seja mais mero aplicador da lei, mas uma real forma do poder estatal com atuação direta na sociedade. De modo que incumbido da missão constitucional de alcançar

os objetivos por ela impostos, quais sejam, de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimentos nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos; não deve medir esforços para garantir a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, *“seja exigindo ao Poder Público a implementação de uma política inexistente, seja questionando a efetividade da política pública adotada pelo agente público, seja determinando ao Legislativo a sua inclusão no orçamento seguinte”*.

No entanto, há quem questione se um órgão como o Supremo Tribunal Federal composto por ministros que não foram eleitos pela sociedade, seria legítimo para declarar inconstitucional e, conseqüentemente, anular aquilo que foi produzido por órgãos democraticamente eleitos, considerando o espaço idôneo a se tomar decisões com aplicação política. Embora haja um aumento significativo das suas competências previsto na Constituição, legalidade não há de se confundir com legitimidade, apesar de ambos serem atributos do exercício do poder na concepção de Norberto Bobbio (1970 Apud BAPTISTA, 2003, p.278), o primeiro é um requisito de titularidade do poder e o outro, do exercício do poder.

O assunto, por isso, revela-se primordial ao se analisar o papel político-institucional do STF e esclarecer a sua função e conseqüências de suas decisões para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

1. O STF COMO PAI DA SOCIEDADE ÓRFÃ

O Supremo Tribunal Federal (STF) ocupa o ápice da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, segundo a inteligência do caput do artigo 102 da Constituição Federal de 1988. Por isso, ao se aferir a atuação do judiciário, compreendendo-o a partir dos fenômenos de judicialização da política e ativismo judicial, associa-se à ideia de supremacia judicial instituída no país sob a égide desse órgão, ou seja,

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (BRASIL, 1988)

começa a ser difundida no Brasil uma hipótese teórica que concebe a supremacia judicial como um conceito naturalizado, ou seja, algo inerente às prerrogativas funcionais do Supremo Tribunal Federal – um modo específico de compreender suas intervenções, que é extraído do argumento constitucional (daquilo que se afirma estar previsto pela constituição). (TASSINARI, 2018)

As mudanças acarretadas pelo fenômeno do constitucionalismo nas funções do Poder Judiciário aperfeiçoaram os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) para o que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição; interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 221-225 apud CARVALHO FILHO, 2014, p.161)

A ideia de supremacia da constituição advinda da atribuição de força normativa à Constituição segundo o parâmetro kelseniano, requereu para esse novo estado de coisas o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, culminando no pós-positivismo, que identifica os princípios como normas reais e jurídicas, mas que tem o seu sentido fixado concretamente apenas diante dos conflitos que possam surgir entre eles.

Contudo, os conflitos entre princípios trazidos ao judiciário, a delimitação de sentido de cláusulas gerais, ou termos jurídicos, exigiram que o magistrado preenchesse este vazio conceitual da melhor forma de lhe aprouvesse. Nesse contexto, o incremento das possibilidades de se questionar direitos pela via concentrada, definiu a Corte como o espaço ideal para os atores externos demandarem a discussão de diretrizes políticas sob a ótica constitucional aos direitos tutelados, como também a forma de aplicação na sociedade. Nas palavras do atual Ministro Gilmar Mendes (Apud MACIEL E KOERNER, 2012, p.117):

O modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu, na democracia brasileira, o fenômeno da judicialização da política com contornos desconhecidos nas democracias maduras. Derrotadas nas arenas majoritárias, as minorias políticas procuram revogar na Justiça as decisões da maioria. A politização dos atores judiciais criou o ambiente atual, em que vigoram cerca de um milhão de liminares.

Ainda de acordo com o Ministro a combinação desses dois sistemas confere ao STF posições diferentes a partir do sistema adotado: como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos vários processos; ou, como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a

constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas (MENDES, 2004, p. 20) o que iguala a sua conclusão ao do ex-Ministro Carlos Velloso.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 48) indica que esse sistema eclético, mesmo existente desde o a EC n. 16/65, ganhou reais consequências com as inovações trazidas pela Constituição de 1988 ao prever mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a possibilidade de arguição por descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); a ampliação do rol de legitimados a propor ações em sede de controle abstrato (art. 103 da CF); a recriação da representação de inconstitucionalidade, uma ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual (art. 125, § 2º); e a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III). Em concomitância com a facilitação do acesso à justiça aumentaram a litigiosidade constitucional, o que ocasionou o crescimento da sua importância e relevância político-institucional. “*Acresça-se, ainda, que o aperfeiçoamento das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade permitiu ao Supremo Tribunal Federal enfrentar problemas que não poderiam ser solucionados pelo simples binômio inconstitucionalidade-nulidade absoluta da lei.*”. (CARVALHO FILHO, 2014, p.163)

É através da conjugação desses dois perfis de jurisdição constitucional (norte-americana e alemã) que a supremacia judicial se consubstancia no Brasil através da concessão de três autoridades, cujo significado relevado neste caso é aquele trabalhado por Hannah Arendt, ao STF, quais sejam, interpretativa, política e simbólica.

Para Hannah Arendt, autoridade (authority) significa algo que é atribuído a alguém ou é investido em algum posto, posição. Trata-se de um “reconhecimento inquestionável por aqueles a quem se pede obediência”. Isto é, a autoridade não exige coerção, tampouco persuasão. Entretanto, não significa que seja natural (inerente), pois ao elemento de autoridade está implicada uma dimensão de respeito, que é adjudicada como condição para que uma pessoa/instituição/entidade mantenha seu perfil de autoridade. Por isso, como afirma Arendt: “o maior inimigo da autoridade é o desrespeito”. No original: ‘the greatest of authority, therefore, is contempt’. (ARENDR, Hannah. 1972. p. 142-145 apud TASSINARI, 2018, p. 112)

O que promove três papéis diferentes a Corte: “*como o intérprete autorizado*”, nesse caso, o STF é considerado a *ultima ratio* na construção do direito; “*como o governante bem intencionado*”, pressupõe-se que sua atuação se sobreponha a das instâncias majoritárias; e

como “*o poder mais admirado*”, sendo a vertente do Poder realmente capaz de traduzir os anseios sociais. (TASSINARI, 2018)

Nessa perspectiva, encaixa-se a visão do trabalho de pesquisa desenvolvido por Maus que relaciona a formação de consciência da sociedade através da figura psicanalítica do pai exercida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

O judiciário como superego da sociedade implica, portanto, a “centralização da consciência social” na atividade jurisprudencial, fazendo com que as discussões, tensões e antagonismos provenientes dos conflitos de interesses políticos sejam dirimidos a partir de uma “função controladora da Justiça”. Mas o que isso representa para a sociedade? O conforto de, em certa medida, conviver harmonicamente como espectadores de sua própria história, que passa a ser construída e contada a partir de definições judiciais¹⁴. É por isso que a imagem que se cria para o judiciário é a de instituição responsável por, diante de um contexto de heterogeneidade, possibilitar a “síntese social”. [...] Contemplando o que foi construído acima para demonstrar como o discurso de supremacia judicial se naturaliza, é desse modo que o Supremo Tribunal Federal aparece como uma figura mitológica – um oráculo, elemento que aparece na introdução. [...] O mito “faz compreender e impõe”, “esvazia o real e pacifica consciências”, provoca “a conciliação das contradições”, “permite que o significante e o significado adquiram uma relação natural” – é o que afirma Luis Alberto Warat quando escreve sua crítica (que, à época, estava direcionada ao senso comum legalista-positivista) Essas são as frases que devem brotar no pensamento quando se lê naturalização do discurso de supremacia judicial, afinal, sendo a democracia um regime de tensões, contradições e incertezas, nada melhor do que acomodá-las no conforto dos braços de uma figura mitológica com poderes supremos (impossível não lembrar também aqui da imagem do pai, trazida por Ingeborg Maus). O STF exercendo supremacia é isso: um discurso que ajuda a compreender os descompassos institucionais e, ao mesmo tempo, impõe um modelo, seja porque considerado uma fatalidade inevitável (uma tendência natural de um cenário político em crise, fragilizado, simultaneamente, pela apatia das instâncias majoritárias, mas também pelo descrédito de seus eleitores), seja porque desejado (numa espécie de confiança social atribuída). (TASSINARI, 2018)

Da associação entre a teoria de Maus e o contexto brasileiro, Tassinari conclui que a supremacia judicial do STF é garantida, não por função instituída pela Constituição, e não somente porque possui a última palavra na construção do direito, mas, principalmente, através do exercício de uma *autoridade simbólica*, um papel construído no imaginário da sociedade, o de ator protagonista das relações sociais, cada vez mais assimilado e naturalizado.

Por isso, resta inegável a crescente e real participação do Poder Judiciário, especialmente do STF, nas mais diversas questões políticas, econômicas e sociais no Brasil.

2. O STF E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

As críticas à legitimidade do órgão começam pelo próprio modelo de investidura na forma de ingresso. A Corte composta de onze ministros vitalícios, escolhidos dentre cidadãos qualificados pela faixa etária, além dos requisitos intelectual e moral, tem sede em Brasília – DF. Conforme se conclui do artigo 101 da Constituição, transcrito abaixo, não é requisito que o cidadão venha de qualquer carreira jurídica, bastando tão somente o “notável saber jurídico” e a “reputação ilibada”.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Os Ministros são protegidos por garantias constitucionais, dispostas no art. 95 da CF/88 a possibilitar isenção na elaboração de suas decisões. Apesar de indicados pelo Presidente da República, a posse é possível apenas após a aprovação do escolhido pela maioria absoluta do Senado Federal. Não possuem mandato fixo, por isso o limite oposto ao exercício é a aposentadoria compulsória quando da idade de setenta e cinco anos ou, até isso, através de sentença transitada em julgado. (MENDES, 2014)

De forma que Fazanaro (2014) entende inadequada no contexto brasileiro, uma vez que desde a primeira Constituição da república, em 1891, o Brasil se utiliza o modelo americano como inspiração da forma como são nomeados os membros do tribunal, no entanto, por se estar a se lidar com uma Constituição que aumenta o papel institucional do STF e o aproxima dos tribunais europeus, a ponto de torná-lo realmente importante no quadro político, logo, percebe-se a necessidade de participação direta e proporcional dos três poderes da república na sua nomeação apta a lhe assegurar legitimidade popular.

Em adendo, a investidura de um Ministro, na prática, mostrou-se marcada pelo exercício de influência exclusiva do chefe do executivo, conclusão capaz de pôr em xeque a independência funcional do órgão, bem como as ordens de isonomia e imparcialidade no controle e aplicação das leis, como se extrai do seguinte excerto:

Ocorre que, em pese o fato de referidos princípios estarem consagrados constitucionalmente, no que toca investidura do STF são ignorados, uma vez que ao longo dos cento e vinte e cinco anos [1889 a 2014] da história republicana brasileira, foram rejeitadas somente cinco indicações presidenciais, que se deram durante o governo de Floriano Peixoto [1891 a 1894]. Ou seja, abstraindo-se do fato de que a

representatividade política do Senado é bastante inferior à da Câmara dos Deputados, consolidou-se uma verdadeira ilicitude – por afrontar o texto constitucional –, no âmbito do Senado, consistente em apenas chancelar as indicações presidenciais, tornando a sabatina um ato burocrático, formalidade necessária para a nomeação do indicado.

Essa ilicitude dá azo a uma indesejável e perigosa ligação entre o STF e o chefe do Executivo, haja vista que este consegue impor sua vontade, culminando no cerceamento da independência do Judiciário e no caminho livre para nomeações de candidatos desqualificados, com consequentes prejuízos aos interesses nacionais, visando à satisfação de propósitos demagógicos, político-partidários e pessoais.

Destarte, pode-se inferir de que forma o modelo brasileiro de composição do STF atenta contra a divisão dos poderes e desvirtua o perfil constitucional do Estado brasileiro. Trata-se assim de uma sistemática anacrônica, em descompassado até mesmo com os primórdios da organização político-estatal fundada no Estado de Direito. (FAZANARO, 2014)

Porém, não se atenta somente nessa fase, a ofensa aos princípios gerais do Direito Constitucional, expressamente previstos na Carta Magna: a Separação dos Poderes (art. 60, §4º, III) e o Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), mas, sendo o enfoque deste trabalho, no exercício de poder político através de decisões judiciais.

Para conclusão e identificação da solução naquela fase trazida pelo autor junto com o apontamento do vício, a resposta capaz de sanar a ilegitimidade seria a aproximação do modelo brasileiro aos dos tribunais europeus, ao utilizar a indicação proporcional entre poderes; a fixação de mandato para seus membros, vedada recondução ou mesmo novo mandato; e, sabatina em sessão pública por outras instituições democráticas, ou ao menos a oportunidade de apresentação por elas de um parecer não vinculativo acerca dos aspirantes. (FAZANARO, 2014)

Quanto às competências institucionais, a Constituição formaliza em seu art.102 a função precípua do STF como a guarda da Constituição, a significar também todas as normas, princípios e valores constitucionais decorrentes. O dispositivo divide as competências em originárias (inciso I), nas quais atua como única instância, e recursais (incisos II e III), as quais podem ser acionadas por via ordinária ou extraordinária. Sendo sua competência processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo a mais importante das competências, segundo Carlos Mário Velloso, pela qual se coloca a Corte brasileira em pé de igualdade com o Tribunal Constitucional alemão, espanhol, português e a Corte Constitucional italiana (VELLOSO, 1993, p.5).

Por isso, em um contexto jurídico-filosófico pós-positivista, a crítica a judicialização da política, a significar “ativismo judicial” em um modo prejudicial, ganha força quando Clarissa Tassinari (2018) descreve uma forma de manutenção da própria independência funcional da instituição através de “*um modelo ensinado*” de supremacia judicial para continuidade da aplicação da teoria constitucional, mesmo quando ela invade um espaço que caberia a teoria política.

O grande ponto é que há uma confusão entre a legitimidade que o STF possui para realizar o controle de constitucionalidade (que, invariavelmente, irá passar por temas que possuem certa conotação política) e supremacia judicial. Nesse sentido, é preciso perceber que, para certos assuntos (e, geralmente, naqueles que possuem grande repercussão), a construção do horizonte de sentido deve ser criado não apenas pela teoria constitucional, mas, fundamentalmente, por uma teoria política.

Especificamente, a autora denuncia um modelo que é caracterizado pela existência da “*autoridade simbólica*”, porque é um modelo que subsiste no cenário brasileiro em razão da concomitância de duas premissas usuais do próprio conceito de modelo: primeiramente, seguindo o conceito de ser aquilo que conjuga boas qualidades e cria expectativas em torno delas, assim, é necessária admiração a instituição que detenha o saber para resolução de impasses da sociedade, de forma que como personificação do “*superego da sociedade*” interfira na construção da consciência individual; e também, precisa dar identidade a esse poder, indicando o conceito de modelo simplesmente como um padrão, um molde a corporificar esse poder, sem que haja juízo de valor, podendo ser afirmado por isso

que o modo de visualizar a intervenção das cortes/tribunais constitucionais nas democracias ocidentais contemporâneas seria por supremacia judicial. [...] e o resultado seria a aceitação de um perfil jurisdicional específico – o STF como o melhor ator político, o que possui conhecimento especializado para dar definições sobre assuntos controversos – compreendido como modelo jurisdicional. Assim, sob esta perspectiva, é possível dizer que, no Brasil, tem-se uma supremacia judicial atribuída, que surge por consentimento. Especificamente em relação ao que foi abordado neste texto, é quando o STF assume uma autoridade simbólica, que decorre da confiança que nele é depositada, numa transferência das expectativas democráticas em direção ao Judiciário. Assim, a este Tribunal é conferido (simbolicamente) o monopólio de dizer o direito, por sua capacidade técnica, como se fosse a única instituição capaz/apta de traduzir os anseios populares.

Em contraponto, Leonardo André Paixão (2007) disserta sobre a supremacia da constituição a permitir o exercício de função política pelos tribunais constitucionais, assegurando-se sua legitimidade e invoca argumentos contrários a diferentes críticas sustentadas por contextos de inobservância do princípio democrático ou usurpação de poder. Primeiramente, porque é um fato para o autor que, após reconhecer as diferentes teorias a

tratarem sobre separação e funções do Estado, independentemente da formulação realizada através da doutrina de separação de poderes, existe um consenso entre elas que o Estado, pela ordem daqueles imbuídos do poder constituinte derivado, exerce uma função política que visa preservar a sua própria existência, no plano externo, e a promover o bem comum, no plano interno, utilizando-se da livre escolha de temas fundamentais na Constituição de modo concreto através da definição do interesse público e dos meios para atingi-lo.

Logo, a função política não poderia ser somente exercida pelos poderes imediatamente representativos, uma vez que a Constituição é responsável por definir os órgãos de soberania encarregados dessa função política que depende dela para exercício, assim como fixar sua competência. Reconhece-se do exercício da função política para se identificar os tribunais constitucionais como outorgados desse poder, quais sejam:

São órgãos previstos na Constituição; a sua competência para exercício da função política também é prevista na Constituição; assim como o procedimento segundo o qual devem deliberar em exercício da função política, mesmo que de forma sintética ocasionalmente em relação a alguns –

Tome-se, por exemplo, o processo legislativo (que representará exercício de função política quando a lei resultante disser respeito a temas fundamentais). Embora o procedimento não esteja ali completamente pormenorizado, a Constituição geralmente estabelece aspectos como a capacidade para propor novos textos normativos, o *quorum* necessário para aprovação ou rejeição da definição do interesse público proposta, a necessidade de anuência do Presidente da República. Da mesma forma, os procedimentos pelos quais os tribunais constitucionais exercem sua parcela de função política (ações, recursos) são amiúde indicados na Constituição, às vezes até com a referência a alguns de seus aspectos principais, como as hipóteses de cabimento, legitimidade para dar início ao procedimento, efeitos da decisão. Já os atos do Presidente da República são, em geral, apenas indicados como sendo de sua competência, sem maiores detalhes, até porque, em se tratando de autoridade que delibera sozinha, os atos que pratica normalmente são simples, e apenas eventualmente se inserem em um procedimento, de modo a justificar a referência mais minuciosa. e o exercício dessa também mediante liberdade de escolha entre temas fundamentais para discernir o interesse público (PAIXÃO, 2007, p. 54) –;

a função política também é exercida mediante opções feitas em temas fundamentais, interpretando-se a disposição constitucional em seus limites para definição “do que fazer” e “como fazer”, a travar concretamente o interesse público e o modo de atingi-lo – no entanto, ressalva-se que mesmo havendo oportunidade de opção, ou seja liberdade de resolução e implementação, nem toda matéria que está disponível ao agente público se trata do exercício da função política, senão nas quais sua escolha repercute como questão fundamental –;

pressupõe-se que seja exercida dentro dos limites constitucionais, mediante atos materialmente conformes a ela, inobstante, a margem de liberdade de atuação e pensamento do agente estará tanto mais restrita às disposições constitucionais quanto menos genérica forem estas, assim também essa liberdade para interpretação da norma realizada dentro do âmbito de competência de cada órgão não estará sujeita a reexame ou controle em razão do princípio de independência entre eles, pois em regra quando a matéria está devidamente disciplinada pela Constituição é forçoso que o interesse público seja assumido de forma categórica, contudo, nas disposições mais vagas, como no caso de normas programáticas, como efeito do próprio constitucionalismo e sua a necessidade de limitação ao poder, aplicam-se mecanismos de limitação desse poder, seja a condicionar a prática de um órgão a outro como no sistema de freios e contrapesos na busca do melhor resultado advindo dessa atuação conjunta, seja por elaboração de diretrizes de eleição desses órgãos que exercem o poder, como o uso do referendo para controle de suas decisões; e, por último, o exercício da função política não sujeita os órgãos a prazos, permitindo-lhes escolher o momento de agir.

Ante o exposto pelo autor, o STF possui total legitimidade garantida pela Constituição de 1988, uma vez derivada da sua conformação constitucional, para exercer a função política através de seus julgados não só quando na revisão de atos dos outros poderes, como na sua invocação através de procedimentos constitucionais para o fim de sua intervenção democrática quando na definição do que é o interesse público e dos meios necessários à sua implementação.

Quanto à conformação constitucional também concordam Munhoz e Conceição (2013, p. 63-65) que o judiciário é legítimo para intervir em matéria de políticas públicas, o entendimento difere, no entanto, quanto a liberdade de escolha na sua manipulação por entenderem afrontar a tripartição dos poderes. Deve, portanto, em razão do dever de guarda dos mandamentos constitucionais, impedir qualquer discricionariedade que tente sobrepor-lhes, outrossim, essa atuação se dará somente de forma excepcional quando invocado e quando importar estrita violação legal através de prova nos autos.

Não obstante às posições apresentadas, em salutar visão do propósito constitucional, todos acreditam na necessária imposição de limites a esse poder.

3. O STF E OS LIMITES DE ATUAÇÃO

Paixão (2007, p.100-108) encontra limites exógenos e endógenos que interferem na atuação do órgão, conceitua o primeiro não só como os limites considerados explícitos porque a própria Constituição expressamente exclui da competência, mas também aos que mesmo não expressos são capazes de conter o seu campo de atuação, fala-se nesse passo de uma “*Visão de mundo predominante na sociedade*”, teoria de Henry J. Abraham, que afirma que o pensamento do tribunal deve estar harmonizado com o pensamento da sociedade, sob pena de revisão de sua decisão através de emenda constitucional, assim também o julgador está aprisionado por teorias próprias do Direito constituídas pela tradição a definir a técnica de utilização da ciência, “*ainda que não se dê conta disto, o juiz raciocina segundo uma técnica desenvolvida ao longo de gerações, recebe arrazoados redigidos segundo seus preceitos, e vale-se dela para expor suas razões de decidir*”; quanto aos limites explícitos na Constituição, ainda alega que nem toda norma permite o exercício político pelo tribunal, como se mostram inadequadas as referentes a deveres do Estado, porquanto raras vezes permitem a invalidação de um ato infraconstitucional por ilegalidade. O segundo tipo, os limites endógenos, são limites impostos pelo próprio tribunal, como a não deliberação a respeito de questões consideradas meramente políticas; e a autocontenção diante de questões decididas por outros órgãos com intensa participação da sociedade na questão debatida, neste caso, seguindo a teoria de Peter Häberle, os tribunais devem ser cautelosos quanto a invalidação da interpretação em duas situações em que se afere a existência de pluralismo democrático, quais sejam, aquela adotada pelo legislador democraticamente eleito ou pelos Estados-membros da federação, bem como aquela amplamente debatida na opinião pública e objeto de razoável consenso.

Contudo, no que cabe a aplicação desta teoria, na existência de antagonismos e ausência de concordância nessas questões amplamente debatidas em público, urge a necessidade de rigorosa interpretação pelo tribunal, de sorte que o ativismo é esperado a fim de se preservar o núcleo mínimo do texto, porém, não há de se escapar que nessa toada o órgão impõe sua própria visão sobre o que seja esse núcleo mínimo. Logo, concordando-se com a mesma teoria, afere-se a necessidade de participação popular ao processo decisório, não por risco a legitimidade exercida nele, mas para dar eficácia ao próprio fim da teoria aplicada que afastaria em tese essa intervenção, ou seja, é clínica:

[...] a necessidade de buscar meios para essa abertura democrática, de forma a proporcionar uma maior amplitude nos debates constitucionais, construindo-se o que

chama de jurisdição constitucional aberta, o que vai permitir que a interpretação constitucional seja feita, não somente por “parte dos técnicos e burocratas oficial e organicamente investidos de tais competências”, mas por toda a sociedade interessada e efetivamente destinatária das consequências destas interpretações/decisões. (BURGATI, 2017, p.1637)

Logo, em vista da concepção de constitucionalismo democrático em que se prioriza os valores da dignidade humana, a solidariedade social e a ampliação do âmbito de proteção dos direitos, no qual há também, a redefinição das relações entre os poderes do Estado, localiza nesse cenário o espaço normativo benigno ao ativismo judicial, além do social, quando da concretização da cidadania. Seria possível, então uma nova arena com novos agentes, que fariam parte da “comunidade de intérpretes”, dedicados à interpretação aberta dos valores que compartilham para sua própria efetivação. Por causa disso, a judicialização da política seria o *"processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição"* (CITTADINO Apud MACIEL E KOERNER, 2012, p.124).

Como prescrito pelo professor José Afonso da Silva:

O que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador. (SILVA, 2020, p. 135)

A partir desses subsídios, percebe-se que dentro desse espaço de dialética criado não é só legítima como lógica, muito em razão do desenvolvimento histórico do direito brasileiro ter como resultado essa transformação constitucional a partir da expansão do poder de intervenção do Judiciário, a possibilidade de utilizar-se de instrumentos processuais para efetivação de direitos fundamentais na sociedade. No entanto, seria realmente imprescindível se respeitar a participação da comunidade de intérpretes, porquanto se afere que desse modo *“não seria contrário à política democrática, mas estaria em consonância com ela”* (MACIEL E KOERNER, 2012, p.124).

III. O STF COMO PALCO DE UMA NOVA ARENA POLÍTICA

É conclusivo até aqui que a confiança histórica e socialmente promovida, além do escopo legal atribuído pela Constituição, deram legitimidade ao Supremo Tribunal para amparar questões políticas e resolvê-las através das ações disponíveis que se tornaram portas para um novo espaço de luta pró-direitos. Contudo, pondera-se ainda o esvaziamento do teor democrático dessas decisões quando não debatidas pela própria sociedade protegida. Nesse passo, considerar-se-á o modelo de interpretação discutido por Peter Häberle e as pesquisas realizadas sobre a eficiência dos instrumentos de participação democrática nos processos desenvolvidos dentro da Corte.

1. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Para conformação do Estado Democrático de Direito deve ser intrínseca a ideia de que múltiplos e plurais interesses da sociedade devem ser conjugados juntos aos do Estado no processo decisório; por isso, não sendo suficientes os poderes oficiais para atender a todos eles, tanto quanto efetivar direitos fundamentais, deve-se abrir espaço para intérpretes não-oficiais a fim de se alcançar o pretendido. Para Häberle (1997, p.27), “*os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade*”. Assim, quanto maior o número de pessoas e grupos sociais diferentes afetados pela norma, maior a necessidade da inserção de uma visão plural sobre o assunto a fim de que se obtenha a melhor decisão baseada no exaustivo conhecimento da matéria, de modo que não se esvaziem de legitimidade as decisões, que não podem apenas levar em conta os interesses majoritários. (COSTA, 2013, p.343)

Afinal, para o autor, a interpretação da norma também corresponde a quem é seu destinatário, porque, principalmente, em casos de incidência de princípios fundamentais, o indivíduo ou grupo possui sua própria concepção quanto a assuntos de caráter sociológico que são abarcados pelo direito, tendo ele mesmo uma apreensão pessoal do seu sentido e intuito quando ciente dela. Por isso, quando levada para um debate, urge a demanda de uma interpretação específica, realizada por um *expert* ou técnico, em cooperação com outra mais ampla, fomentada por pessoas interessadas no assunto. (HÄBERLE, 1997, p.28)

Logo, é imprescindível a viabilização de instrumentos e procedimentos de inclusão dessas pessoas e grupos sociais ao processo de revelação da vontade constitucional. Nesse compasso, as audiências públicas e a atuação dos *amici curae* são os lógicos institutos de aperfeiçoamento da decisão judicial disponíveis no ordenamento brasileiro, na medida que, em tese, democratizam o julgamento e permitem a inclusão de elementos técnicos para aprimoramento do julgado. Conferida a importância dos institutos, passa-se a verificar sua eficácia.

2. EFETIVIDADE E EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO

Tendo em torno todo o contexto brasileiro e aprofundando-se nele, é conclusiva a essencialidade de instrumentos de participação popular para ao Estado Democrático de Direito, a promover um resultado de acordo com a expectativa de uma sociedade plural, constituídas de inúmeras minorias. Contudo, se uma regra é prevista e não praticada de fato não existe. Por isso, para construção de uma conclusão quanto a questão, abordar-se-ão pesquisas empíricas sobre a utilização dos instrumentos processuais de participação popular dentro do STF.

2.1 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Juliana Antunes (2014) produziu artigo com extrato de sua pesquisa elaborada durante o seu curso de doutorado, levado a cabo sob o mesmo tema, sobre a efetividade das audiências públicas em casos de grande repercussão e interesse público que possuíam decisão terminativa até então; a fim de aferir números e grau de influência delas através de uma análise qualitativa e quantitativa.

A preocupação com o expansionismo judicial quanto a sua vertente relacionada às intervenções nos atos executivos e legislativos levou a autora a apresentar tanto teorias que o apoiam quanto que o criticam, filiando-se, no entanto, a esta segunda tendência para questionar o “déficit de legitimidade” da Corte em decisões de grande impacto social. Por isso, propôs-se a analisar o instituto da audiência pública para demonstrar a importância da participação popular e como, de fato, ela influencia o resultado do processo judicial.

Primeiramente, foram traçadas características do instituto, como a prerrogativa exclusiva do Relator ou Presidente decidir pela sua convocação, reconhecendo também nelas vícios que prejudicam a efetividade do mesmo enquanto instrumento participativo, tais como, a sua realização unicamente presencial e a inexistência do contraditório, o que restringe a consulta aos esclarecimentos de assuntos extrajudiciais. Entretanto, constatou-se como sinal de esforço democrático – diga-se, após quase dez anos da existência legal da audiência pública, porquanto a lei que estabeleceu o instituto fora publicada em 1999 e regulamentação, em 2009 – uma mudança infralegal que ocorreu através do Regimento Interno do STF⁴ que proporcionou ao instituto relevância de fato em relação a representatividade de opiniões, que até então não havia referência.

Tal regulamentação foi responsável pela prescrição, e para autora a mudança mais importante, da possibilidade de uso do instituto independentemente da ação conduzida, não havendo a necessidade de ser ações concentradas de controle de constitucionalidade, uma vez que haja repercussão geral ou apresente assuntos de interesse público relevante. Ademais, houve atenção à indispensável participação da sociedade plural através da garantia de participação de correntes diversas, a ser considerada na eleição dos participantes; bem como estendeu-se a prerrogativa de convocação da audiência pública ao Presidente da Corte, além da já conferida ao Relator. Todas essas mudanças são consideravelmente razoáveis para entrada da participação pretendida em cena.

Partindo desta situação consolidada do esquema legal, passou-se à análise qualitativa e quantitativa das audiências públicas ocorridas no seio de quatro ações com repercussão política e social⁵ sob litígio no STF, sendo aferido que em apenas um caso os argumentos utilizados na audiência serviram de fato como elementos conformadores do voto. Assim, a autora conclui que o instituto tem sido utilizado de modo figurativo, encenando uma via de contribuição popular ao se eximir de, na maioria dos casos, ceder espaço a opinião das minorias, que, justamente por conta de toda recapitulação histórica e legal que atribui ao órgão um poder contramajoritário, se apegam a única via que em é possível serem ouvidas e terem propagada sua voz na prática.

⁴ Emenda Regimental (ER) n°29.

⁵ ADI n° 351029 – Pesquisa com células-tronco; ADPF n° 101 – Importação de Pneus usados; ADPF n° 101 – Antecipação terapêutica do parto; e ADPF N° 186 e RE n° - 597.285: Políticas de ação afirmativa no ensino superior;

2.2 AMICI CURIAE

Quanto a este instrumento, Eloísa Machado (2019) pesquisou todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade e os *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal de 2006 a 2014. Considerou-se três índices condicionais para a análise do que a autora estima como capacidades institucionais do instituto que deveriam ser concedidas pela jurisprudência, ou seja, busca-se saber a potencialidade do instrumento, objetivamente, verificar através da análise de decisões fundamentadas e arcabouço legal se certas condições para eficácia do amicus estão sendo implementadas.

São três os parâmetros utilizados para metrificar o êxito do instrumento, de modo a permitir a formação de um litígio estratégico, cuja importância a autora indica da seguinte forma:

Se “a noção de litígio estratégico está associada à utilização mais eficiente do sistema de justiça para a solução de problemas complexos e persistentes” e “adjetivo estratégico significa que o caso a ser trabalhado no sistema de justiça terá a capacidade de oferecer respostas para além daquelas esperadas em um litígio comum” (ALMEIDA, 2017.b), entender o alcance de uma determinada ferramenta jurídica, amplamente usada pelas organizações de defesa de direitos, é fundamental. (2019, p. 681)

Assim, são as condições institucionais do instrumento *amicus curiae*:

i) as condições de acessibilidade aos *amici curiae*, que compreende as características prazo, custo e representação por advogado; ii) as condições de admissibilidade, onde são explorados os poderes do relator e os critérios de representatividade e relevância da matéria; iii) as condições de influenciar no processo, onde será abordada a possibilidade de peticionar, de sustentar oralmente e de recorrer. (2019, p. 681)

Comparou-se então os ideais (seja por movimento da prescrição legal ou por uma necessidade sociológica derivada da própria finalidade do instituto), dentro dessas condições, capazes de trazer eficácia ao instrumento por causa da sua relevância no exercício do Poder. Assim, dentro das condições de acessibilidade, por exemplo, defendeu-se como ideal a acessibilidade econômica a todos setores da sociedade; prazo condizente para manifestação de todos os *amici*; e prescindibilidade de um advogado para postulação do pedido. Nesse ponto, o único critério encontrado negativo foi o último em razão da exigência de um patrono habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil para representar judicialmente um participante que somará

razões distintas das trabalhadas por esse tipo de profissional, considerando-se um empecilho de certa forma, em razão de seu custo-benefício.

Quanto às condições de admissibilidade, dois critérios criados pela lei interferem de modo negativo no pleno exercício do amicus, quais sejam, relevância da matéria e representatividade, ambas baseadas no §2º do artigo 7º da Lei 9.868 de 1999: *“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.”*

A autora adverte que relevância da matéria se confunde com a complexidade encontrada pelos Ministros no julgamento dos casos e não necessariamente com o conteúdo constitucional dela, sendo aquele parâmetro o segundo filtro após este. Porém, um grande problema é gerado quando casos de grande relevância social possuem seus pedidos de intervenção popular negado, como o exemplo da ADPF 54, que perseguia a não criminalização da antecipação terapêutica do parto anencefálico, que ocorreu por alegação de “tumulto processual”. Outrossim foi realizada uma audiência pública na qual todos que tiveram os pedidos negados puderam ser ouvidos quanto ao assunto. De forma que, a exemplo do que acontecia na ausência de norma regulamentadora sobre as audiências públicas, os critérios de admissibilidade são evasivos e permite dissonâncias no tratamento de cada caso sem serem isonômicos.

Outro problema desse lapso normativo é ausência de especificidade quanto a pessoa capaz de representar. O Tribunal embora entenda que pessoas ameaçadas pelo caso e/ou com especialidade no assunto tenha interesse na participação, suas decisões reiteradamente têm vetado a pessoa física da cena, fato que deveria ser revisto diante das novas possibilidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015⁶. Ainda há outra incoerência demonstrada através do não deferimento do pedido baseado em interesses subjetivos, senão em forma coletiva. Ocorre também nesse critério a insegurança das decisões em razão do caráter monocrático na apreciação dos pedidos, produzindo uma outra variante para deferimento do pedido: o próprio perfil do Ministro.

⁶ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

A última vertente dessa categoria é a necessidade de inovação argumentativa, que na prática é invocada quando fundamenta a inadmissão dos *amici* dentro do processo, mesmo que sejam preenchidos os requisitos legais, por suposta ausência de sua utilidade em diversas decisões. Conclui-se na pesquisa que o Tribunal exige para admissão do amicus que esse seja capaz de trazer novos dados ao processo, diferenciando-se inclusive de outros *amici*. Não obstante, esse mesmo ponto é nevrálgico para se obter sucesso na terceira categoria de análise: capacidade de influência.

A inovação argumentativa exige criatividade e assertividade, na medida que dados técnicos e científicos são muito mais valorizados do que puras tentativas de interpretação constitucional. Enquanto condição de influência, conclui-se que o engenho do argumento será responsável pelo índice de probabilidade de sua replicação na decisão final.

Como condições de influência foram analisadas a disponibilidade dos *amici curiae* aos ministros e a possibilidade da prática de atos processuais conferidos aos demais atores do processo. Quanto à disponibilidade aos ministros, evidenciou-se uma mudança com informatização dos tribunais e do processo judicial após 2009, que passou a permitir acesso simultâneo a todos os Ministros; ao contrário de antes que, por serem físicos, os autos ficavam mais disponíveis em relação ao relator, mesmo sendo possível o acesso aos demais ministros. Ressalte-se que foi essa a condição que permitiu aos *amici* a sustentação oral de seus argumentos em plenário, embora questione-se o regramento e a prática da Corte que diminuem a capacidade de influência dessa estratégia ao mitigarem o tempo prescrito e impedirem uma discussão válida de casos complexos, como também presenciarem os argumentos com votos prontos e decisão prévia.

Embora seja admitido que um amicus possa ser recebido no gabinete do ministro, juntar documentos aos autos e até mesmo postular, não é possível pela lei que o institui qualquer recurso sobre a decisão que o inadmite, sendo corroborada pelo Tribunal. Contudo, é possível pedido de reconsideração ao próprio relator que inadmitiu e o uso de embargos de declaração com escopo limitada pela lei: destinados a sanar omissão, contradição ou obscuridade. Não só pelo próprio sucesso da admissão, a capacidade de recorrer, ressalta a autora, seria interessante aos grupos em vista da concessão de liminares que vigoram por em média seis anos, reforçando-se o explanado anteriormente sobre o poder de manipulação política através de liminares concedidas em controle concentrado.

Por isso nesse ponto, a perspectiva de influência mostra-se aquém das funções que os *amici* devem desempenhar no processo, porque os limitam, sobretudo, a sua capacidade de aprimoramento da decisão.

CONCLUSÃO

É corrente no imaginário popular (e por isso também um dos motivos de discussões intermináveis sobre a intervenção ou não do Estado entre grupos de diferentes ideologias) a ideia de um Estado brasileiro extremamente paternal. Todavia, ousou dizer como conclusão do trabalho que o Supremo Tribunal Federal conformou em si a autoridade delegada ao imago de pai da sociedade órfã, agindo contramajoritariamente em face dos outros poderes para resguardar basicamente separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas, ou seja, assumindo função política dentro do estado democrático.

Não obstante, o pluralismo político é fundamento desse modelo de estado consagrado na Constituição de 1988, que passou a exaltar a figura do magistrado pós-ditadura de direitos. Embora seja extremamente positiva a abertura de saídas através dos meios judiciais a lutas sociais e requerimentos para proteção de direitos fundamentais, é também intrínseco ao processo constitucional a abertura aos intérpretes da sociedade, a fim de pluralizar o processo e erguer legitimidade na decisão.

Infelizmente, os meios disso acontecer ainda não são tão eficazes quanto se espera. Em análise a diversas pesquisas recentes percebe-se que faltam regras claras e compatíveis com a importância do instrumento. O STF de fato tem se comportado como uma arena política, avançando e recuando junto com os interesses dispostos dos atores até a decisão final. A exemplo de um problema preocupante é a concessão de liminares, que ficam ativas por anos, sem a permissão de qualquer questionamento pelo único instituto titularizado pelo terceiro interessado – destinatário final da norma – através de recurso próprio.

Fica a impressão que o pai se esmera em defender a sociedade dos outros dois poderes, sem que seja possível atuar em relação a ele mesmo. Chegar ao ponto de trinta e quatro anos após promulgação da Constituição Democrática ainda termos procedimentos de admissão de um instrumento de incorporação popular que levam em conta critérios subjetivos do ministro é lamentável. Por outro lado, verifica-se que a normatização interna para o uso de audiências públicas junto ao STF aumentou razoavelmente a participação desse nos processos, e é justamente a ausência de regramento processual quanto procedimento na admissão de *amicus* que tem impactado a sua relevância, logo, por analogia, há esperança de reversão.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Eloísa Machado de. **Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência**. In: Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 1, 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BAPTISTA, Patrícia F. **Direito E Poder: A Crise Da Legalidade Formal E As Novas Formas De Legitimação No Estado De Direito Contemporâneo**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 57, p. 278-296, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, ed. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 22 set. 2018.
- _____. **Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Artigo, 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil. Acesso em: 15 maio 2018.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Supremo Tribunal Federal, Legitimidade E Corte Constitucional**. Revista da ESMARN, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 205-226, 2008.
- BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BURGATI, Marcelo de Oliveira. **O Instituto do Amicus Curiae como instrumento de participação democrática no controle concentrado de constitucionalidade e a jurisdição constitucional aberta de Mônia Clarissa Hennig Leal**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1117>>. Acesso em: 10 may 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa v. 51, n. 202, abr./jun 2014, p. 159 – 179.
- CONCEIÇÃO, Paulo Henrique Veloso da; MUNHOZ, Emilie Kalyne. **Paradigmas e Perspectivas da Intervenção Judicial em Políticas Públicas**. Revista de Estudos Jurídicos Unesp, ISSN 1414-3097, ano 17, n. 25. Franca: UNESP, 2013. p. 49-82.
- COSTA, Rosalina Moitta Pinto Da. **O amicus curiae como instrumento de participação democrática e de realização dos direitos fundamentais**. In: Revista Jurídica da Presidência, v. 15, n. 106. 2013.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **O Modelo Brasileiro De Composição Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Contemporânea**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 22, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. de 2014.

FULLIN, Carmen Silvia. **Acesso à Justiça: A Construção de um Problema em Mutação**. Manual de Sociologia Jurídica, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 219-236.

INFOPÉDIA. **Imago (psicologia)**. Disponível na Internet: [https://www.infopedia.pt/\\$imago-\(psicologia\)](https://www.infopedia.pt/$imago-(psicologia)). Acesso 28 abr 2021

KOJIKOVSKI, Gian. **Os 15 anos de vaivém entre Cade, Garoto e Nestlé**. Disponível em <https://exame.abril.com.br/negocios/os-15-anos-de-vaivem-entre-cade-garoto-e-nestle/>. Acesso em 30 mai 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos Da Judicialização Da Política: Duas Análises**. Lua nova, v.57, p. 113-134, 2002.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário Como Superego Da Sociedade O Papel Da Atividade Jurisprudencial Na "Sociedade Órfã"**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 57, nov. de 2000.

MELO, André Luís Alves de. **A judicialização do Estado Brasileiro, um caminho antidemocrático e monopolista**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2408>>. Acesso em: 27 maio 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso De Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Ingeborg Maus e o papel do Poder Judiciário**. Artigo. Disponível em <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23893/ingeborg-maus-e-o-papel-do-poder-judiciario>>. Acesso em 15 nov 2018.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. **A Figura Do Amicus Curiae e a Sua Utilização No Processo Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre, 2010.

OLIVEIRA, Clarisse Inês de. **O Judiciário Na Arena Política: Da Redemocratização Ao Intimismo No Ato De Julgar**. Artigo. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4c75be1151d04f3c>. Acesso em 22 set 2018.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A tecnocracia jurídica: a comunidade de intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático**. 2008. 235p. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

PAULA, Carolina Gattolin de. **A atuação do STF no pós-88: impacto sobre o equilíbrio entre os Poderes**. 2014. 151p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ROCHA, Juliana Livia Antunes da. **O Supremo Tribunal Federal e as Audiências Públicas**. In: 38º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, GT 18, 2014, Caxambu. Anais eletrônicos... Caxambu: ANPOCS, 2014. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt18-1/8990-o-supremo-tribunal-federal-e-as-audiencias-publicas/file>. Acesso em 01 maio 2018.

SANTOS, Luiz Elias Miranda. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Sociais**. Revista de Estudos Jurídicos Unesp, ISSN 1414-3097, ano 17, n. 25. Franca: UNESP, 2013. p. 337-371.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Juspodivm, 43º ed., 2020.

SIMIONI, Rafael. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas**. Revista Direito Mackenzie, v.5, n.1, p. 203-218, 2010

TASSINARI, Clarissa. **A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>. Acesso em: 02 maio 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v4i2.2547>.