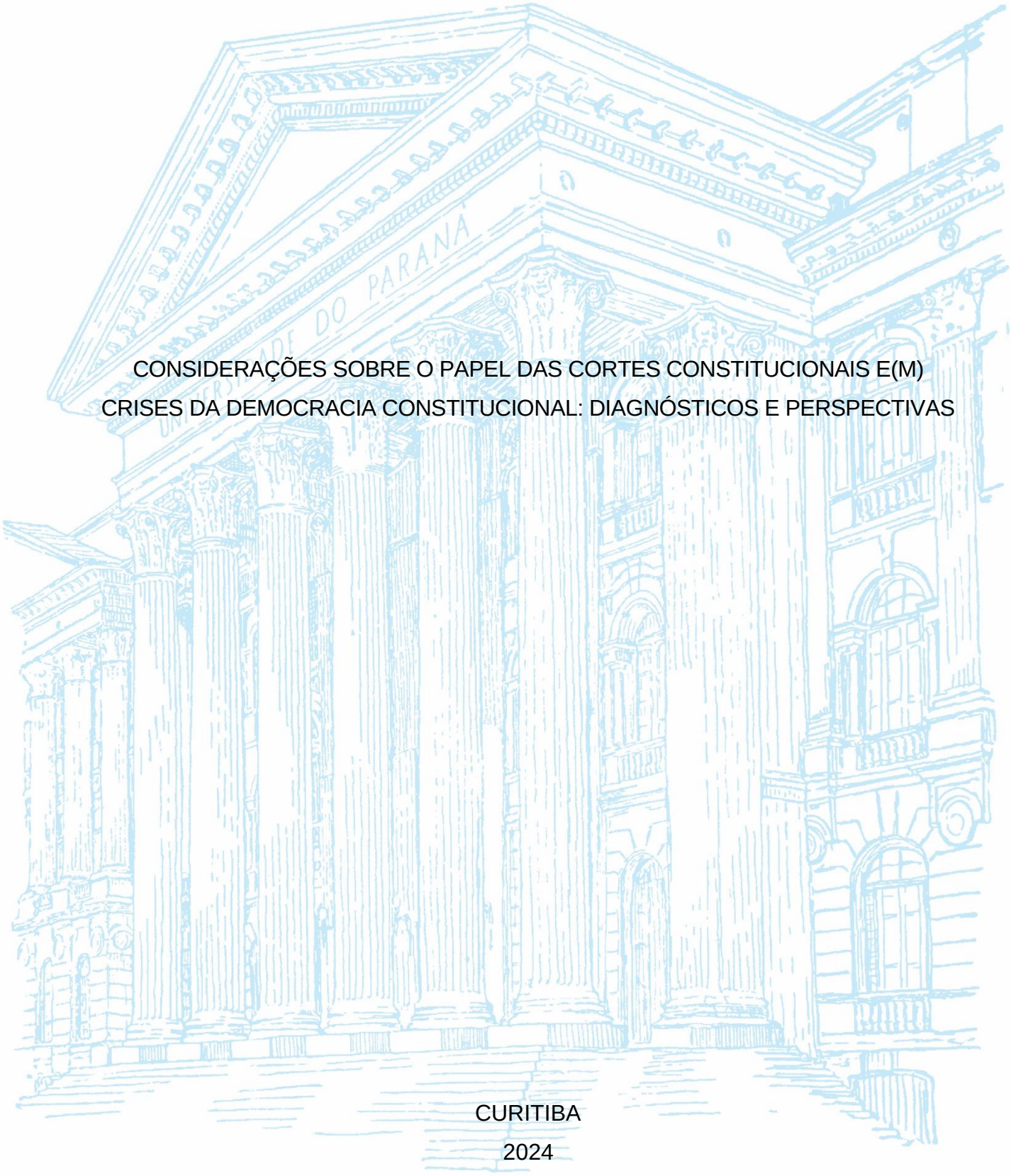
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS LUNARDELLI VANZIN ZWICKER



CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E(M) CRISES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS

CURITIBA

2024

Lucas Lunardelli Vanzin Zwicker

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E(M) CRISES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.ª Tit. Vera Karam de Chueiri.

CURITIBA

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E(M) CRISES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS

LUCAS LUNARDELLI VANZIN ZWICKER

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Vera Karam de Chueiri
Orientador

Coorientador

Miguel Gualano de Godoy
1º Membro

William Soares Pugliese
2º Membro

Para Thainara Luiza, a linha e a entrelinha da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradecer tem sempre um pouco de saudade, um pouco de esperança, um tanto de carinho. Saudade dos momentos que marcaram o caminho, saudade dos encontros adiados pelas suas circunstâncias, saudade das pessoas que gostaríamos que estivessem mais perto – embora estivessem em cada passo. Esperança pelo caminho à frente, pelos (re)encontros, por compartilhar a vida. Carinho por todas e todos que fizeram parte da jornada até aqui e que seguirão, carinho pelas palavras, abraços, risos e melancolias. Estes agradecimentos são dedicados àquelas e àqueles que tecem a trama da vida comigo.

Aos meus pais, Keli Cristina e Cristiano, e ao meu irmão, Joaquim, devo mais do que as palavras podem expressar. Vocês foram minha base, meu amparo, minha força e motivação nos momentos difíceis. Aos meus avós Marioni e Juraci, que me tornaram quem sou, ensinaram o sentido da vida e para quem dedico cada passo; e, também, aos meus avós Terezinha e Osmar. Agradeço a Fabiano (padrinho), Tatiana, Lorenzo e Sofia, Fabiola (madrinha), Ronan, Valentina e Mariah, Lisara e Anezia. *In memoriam*, a Palmira, Otávio, Luiza e Aurora, que continuam presentes em minha memória e no meu coração. Com vocês aprendi o valor das coisas, a acreditar que é possível ir além e a olhar para a vida com força e resiliência.

À Thainara Luiza, ao lado de quem caminho e construo a (nossa) vida, quem constitui e dá sentido aos dias, quem me inspira a seguir e por quem escrevo cada linha da minha vida. Obrigado pelo amor, companheirismo e paciência. Agradeço à Jusara – sempre presente com sabedoria e carinho, Neori, Ivone, Enio, Thalita e Vicente, Maicon, Jaqueline, Dirceu, Terezinha, Alonson, Angélica e Cecília, Santina e José, que se tornaram também a minha família, com quem compartilhei bons momentos e me senti acolhido com afeto.

À Vera, minha professora, amiga, orientadora e inspiração. Desde o primeiro momento, atravessado por tempos duros, foi quem cativou meu carinho pela faculdade, quem me inspirou ao direito constitucional e à reflexão crítica, e ao lado de quem permaneci cruzando as colunas do prédio histórico. Obrigado por todas as oportunidades, pelo diálogo constante e por ser parte fundamental de tudo. À Katya, amiga e professora que me inspira com sua dedicação, firmeza, generosidade e afeto em cada gesto, em cada palavra, e ao carinho e acolhimento de dona Guiomar. Sou grato por tornarem essa caminhada mais feliz.

Às professoras e aos professores que marcaram profundamente minha graduação: Angela M. F., que me desafiou a pensar para além das minhas certezas; Angela C., exemplo de dedicação, compromisso, sabedoria e sensibilidade; Melina, que conjuga a linguagem dos direitos humanos em todos os sujeitos e tempos; Heloisa, por me introduzir à pesquisa acadêmica; William, por quem cultivo grande admiração e amizade, com quem aprendi e cresci pessoal, profissional e academicamente; Miguel, que me desafia por seu rigor crítico e dedicação, com quem (re)penso minhas ideias; Egon, que mudou muitas das minhas perspectivas sobre o direito; Ricardo, pelas palavras que redirecionaram meu caminho.

Agradeço ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS) por ter me oportunizado tanto, por ampliar minha formação acadêmica e por me aproximar de diálogos e reflexões fundamentais. Em seu nome, agradeço profundamente às professoras Angela M. F., Angela C., Estefânia, Heloisa, Katya I., Katya K., Melina, Vera e aos professores Fabricio, Gustavo, Ilton, José Arthur, Leandro, Miguel, Rodrigo, Thiago e William.

À Marília, William, Luciana e Guilherme, brilhantes professores e advogados que formaram meu senso do que é profissionalismo e com quem cresci pessoal e profissionalmente. À Karlin, Fernão e Jefferson por tornarem meu primeiro contato com a prática do direito tão significativo. À Cláudia e à Mariane, pela competência e dedicação à UFPR. Ao prédio histórico, que me acolheu e onde me encontrei.

Aos meus amigos de ontem, de hoje e de amanhã, que compartilham a vida comigo e que tornam cada momento dessa caminhada mais memorável e feliz: Flávia e Lorrayne, Henrique e Mariana, Vitor, Luiza, Nara, Ana Luiza, Vinicius, Arthur, Luiz Felipe C., Gabriel e Gabriela, Lela, Quincas, Natasha, Pedro Z., Luiz Felipe P., Olivia, Márcia, Taíssa, Gabriel F., Gianluca, Reinaldo, Daniela, Felipe D., Victor, Eduardo, Pedro S. e Roberto, Eduarda, Lais, Gustavo e Otávio. Obrigado por tudo.

Em cada frase deste trabalho há um pouco de cada uma e cada um. Por isso e por tudo: se *a vida é a arte do encontro*, *embora haja tanto desencontro*[*], devo a vocês o caminho até aqui.

---

[*] Vinicius de Moraes e Baden Powell. **Samba da Bênção**, 1960.

que sei eu do que serei,
eu que não sei o que sou?

f. pessoa, tabacaria

RESUMO

Este trabalho investiga as crises enfrentadas pelas democracias constitucionais e o papel das cortes constitucionais nesse contexto, com especial atenção à sua relação com o fortalecimento ou o enfraquecimento da deliberação democrática. O objetivo é compreender os desafios estruturais e institucionais das democracias constitucionais contemporâneas e propor alternativas que resgatem o potencial deliberativo das cortes constitucionais na (re)construção de um autogoverno coletivo e de uma comunidade política menos fragmentada. No primeiro capítulo, parte-se da análise da democracia e sua relação com o constitucionalismo, identificando a tensão entre o autogoverno democrático e a limitação de poderes. Argumenta-se que, embora essa relação seja paradoxal, ela é constitutiva das democracias constitucionais. Aborda-se também o conceito de democracia deliberativa, explorando sua capacidade de promover um diálogo mais profundo e inclusivo no âmbito das decisões públicas. O capítulo conclui que, para além de uma abordagem majoritária, a deliberação democrática é essencial para mitigar as crises contemporâneas. O segundo capítulo aprofunda a reflexão sobre as cortes constitucionais, discutindo suas origens e os papéis que desempenham nas democracias constitucionais. Examina-se como essas instituições emergiram como ferramentas para a proteção do constitucionalismo e da democracia, mas também como atores que podem contribuir para crises sociais e institucionais. Problematiza-se a concentração da "última palavra" nas cortes constitucionais, avaliando as implicações dessa prática para a legitimidade democrática e a representatividade dos processos decisórios. Reflete-se, ainda, sobre o caráter contramajoritário das cortes e os déficits democráticos que muitas vezes resultam de sua atuação. No terceiro capítulo, são propostas formas de atuação que preservem a função das cortes constitucionais enquanto guardiãs da Constituição, mas sem comprometer os valores fundamentais da democracia. Destaca-se a importância de democratizar o funcionamento das cortes constitucionais, possibilitando um diálogo mais aberto com outros poderes e com a sociedade. Discute-se a relevância do compartilhamento da interpretação constitucional por meio de mecanismos de deliberação, os quais promovem decisões mais inclusivas e legítimas. Nesse sentido, são sugeridas estratégias para fortalecer a deliberação democrática e ampliar o papel das cortes como espaços de mediação e não como agentes de decisões unilaterais. Conclui-se que as crises das democracias constitucionais, cada vez mais frequentes, devem ser enfrentadas produtivamente a partir do compromisso com os valores democráticos e constitucionais e com a (re)construção da comunidade política.

Palavras-chave: Democracia constitucional; cortes constitucionais; crises das democracias constitucionais; deliberação democrática; instituições.

ABSTRACT

This final paper investigates the crises faced by constitutional democracies and the role of constitutional courts in this context, with particular attention to their relationship with the strengthening or weakening of democratic deliberation. The objective is to understand the structural and institutional challenges of contemporary constitutional democracies and to propose alternatives that reclaim the deliberative potential of constitutional courts in (re)building collective self-governance and a less fragmented political community. In the first chapter, the analysis begins with democracy and its relationship with constitutionalism, identifying the tension between democratic self-governance and the limitation of powers. It is argued that, although this relationship is paradoxical, it is constitutive of constitutional democracies. The concept of deliberative democracy is also addressed, exploring its capacity to promote deeper and more inclusive dialogue in the realm of public decision-making. The chapter concludes that, beyond a majoritarian approach, democratic deliberation is essential to mitigating contemporary crises. The second chapter deepens the reflection on constitutional courts, discussing their origins and the roles they play in constitutional democracies. It examines how these institutions have emerged as tools for the protection of constitutionalism and democracy, but also as actors that may contribute to social and institutional crises. The concentration of the “final word” in constitutional courts is problematized, evaluating the implications of this practice for democratic legitimacy and the representativeness of decision-making processes. It also reflects on the countermajoritarian nature of courts and the democratic deficits that often result from their actions. In the third chapter, proposals are made for ways of acting that preserve the role of constitutional courts as guardians of the Constitution, without compromising the fundamental values of democracy. The importance of democratizing the functioning of constitutional courts is highlighted, enabling a more open dialogue with other branches of government and society. The relevance of sharing constitutional interpretation through deliberative mechanisms is discussed, as these promote more inclusive and legitimate decisions. In this sense, strategies are suggested to strengthen democratic deliberation and expand the role of courts as spaces of mediation rather than agents of unilateral decision-making. It is concluded that the increasingly frequent crises of constitutional democracies must be addressed productively, with a commitment to democratic and constitutional values and the (re)construction of the political community.

Keywords: Constitutional democracy; constitutional courts, crises of constitutional democracies; democratic deliberation; institutions.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

AC	- Ação Cautelar
ADC	- Ação Declaratória De Constitucionalidade
ADI	- Ação Direta De Inconstitucionalidade
ADO	- Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	- Ação Penal
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
HC	- Habeas Corpus
INQ	- Inquérito
MC	- Medida Cautelar
MS	- Mandado de Segurança
PEC	- Proposta de Emenda à Constituição
PL	- Projeto de Lei
RE	- Recurso Extraordinário
REF	- Referendo
RG	- Repercussão Geral
STF	- Supremo Tribunal Federal
TSE	- Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1
1. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E(M) SUAS CRISES 9
1.1 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA DELIBERATIVA 10
1.1.1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: A TENSÃO, O PARADOXO 12
1.1.2 A DEMOCRACIA (CONSTITUCIONAL) DELIBERATIVA 15
1.2 CRISES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL 19
2. AS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS CRISES DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS 23
2.1 CORTES CONSTITUCIONAIS: ORIGENS, PAPÉIS E TENSÕES 24
2.2 AS CORTES CONSTITUCIONAIS E AS CRISES DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS 31
2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS CRISES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA 37
3. COMO AS CORTES CONSTITUCIONAIS DEVEM AGIR NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS? 42
3.1 REPENSANDO O PAPEL DE JUÍZES E CORTES NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS: COMPARTILHANDO A ÚLTIMA PALAVRA 43
3.2 A DEMOCRATIZAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: LEVANDO A DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA A SÉRIO 50
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS 57
REFERÊNCIAS 61

INTRODUÇÃO

As cortes constitucionais têm ocupado espaço significativo nas discussões e reflexões da teoria constitucional, da filosofia e da ciência políticas. Tornaram-se parte impreterível do vocabulário do direito e da prática constitucional, da vida política das principais democracias constitucionais do mundo, do cotidiano das pessoas. Tanto as cortes constitucionais quanto os ministros e ministras que as compõe estão cada vez mais presentes nos noticiários, nas manifestações sociais e, em particular, nas discussões daquelas e daqueles que refletem acerca do direito e da política. Essa afirmação, embora abrangente, encontra reflexo na experiência constitucional e política de importantes democracias constitucionais, conforme será analisado por este estudo.

Nos Estados Unidos da América, seja pelo desenho institucional proposto pela Constituição[1], seja pelo desenho traçado pela Suprema Corte[2], o Poder Judiciário assumiu um papel central e inescusável para o direito e, em certa medida, para a política estadunidense. Apesar de ser largo o papel que lhe foi atribuído, a Suprema Corte dos EUA tem avançado em direção à política e às tensões institucionais nos últimos anos. São exemplos recentes desse avanço os casos (i) *Trump v. United States* (2024) – em que a Suprema Corte dos EUA afetou as eleições presidenciais e colocou a democracia estadunidense sob ameaça[3]; e (ii) *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*

---

[1] "Article III. Section. 1. The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, [...] Section. 2. The judicial Power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority;—to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls;—to all cases of admiralty and maritime jurisdiction;—to controversies to which the United States shall be a party;—to controversies between two or more states;— between a state and citizens of another State,—between citizens of different States,—between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects [...]" (Constituição dos Estados Unidos da América, 1789).

[2] No caso Marbury v. Madison (1803), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América assentou o controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*) no constitucionalismo estadunidense ao declarar inconstitucional, pela primeira vez, um ato do Congresso. A decisão formulada por John Marshall (Chief Justice) "conferi[u] aos juízes e às cortes o poder de invalidar leis e atos normativos dos demais Poderes" (Chueiri; Godoy, 2017, p. 52), bem como atribui à Suprema Corte dos EUA a garantia da supremacia da Constituição e, assim, a "última palavra" acerca da sua interpretação.

[3] No caso Trump v. United States (2024), a Suprema Corte dos EUA decidiu que ex-presidentes dispõem de imunidade absoluta por todos os atos oficiais - deixando de julgar o ex-presidente pelos atos relativos à invasão do Capitólio (06 de janeiro de 2021) e permitindo que disputasse (e vencesse) a eleição presidencial de 2024. Portanto, a Suprema Corte dos EUA afetou as eleições presidenciais, assim como fez no caso Bush v. Gore (2000), e ameaçou à democracia, de acordo com a *Justice* Sonia Sotomayor ("*With fear for our democracy, I dissent*") (Trump v. United States, 2024, pp. 68-97).

(2024) – em que a Suprema Corte dos EUA redistribuiu a dinâmica da separação dos poderes em favor do Judiciário.[4]

Outro exemplo importante é a reforma do Poder Judiciário do México, que prevê tanto a submissão ao voto popular dos ministros quanto a recomposição da suprema corte mexicana.[5] Isso porque, diante das tensões travadas entre o Judiciário (*Suprema Corte de Justicia de la Nación*) e o Executivo (de Andrés Manuel López Obrador) mexicanos, há um movimento liderado por López Obrador de cooptação política da corte constitucional. O que esse exemplo pretende demonstrar é que a percepção de que as cortes constitucionais ocupam posição de destaque nas democracias constitucionais é, ao menos logicamente, difundida.

Ainda que tratem de temas e dimensões distintas, tanto as decisões da Suprema Corte dos EUA (*Trump v. United States*, 2024; *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 2024) quanto a reforma do poder judiciário mexicano demonstram uma posição que tem se consolidado: o avanço das cortes constitucionais em direção à política e à dinâmica institucional, assumindo um papel fundamental nas crises das democracias constitucionais.

É importante destacar que este trabalho não tem como objeto o estudo das cortes constitucionais em perspectiva comparada. Os exemplos manejados não têm qualquer pretensão comparativa ou generalista acerca das cortes constitucionais, mas apenas objetivam externalizar a percepção de que as cortes constitucionais têm "avançado o sinal" da política e, dessa forma, têm se comportado de maneira particularmente interessante nas crises das democracias constitucionais.

---

[4] No caso Loper Bright Enterprises v. Raimondo (2024), a Suprema Corte dos EUA alterou a dinâmica da relação entre os Poderes – sobretudo, entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Isso porque afastou a aplicação da doutrina Chevron, firmada no caso Chevron U.S.A., INC. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (1984), segundo a qual o judiciário deveria ser deferente acerca das decisões tomadas pelas agências regulatórias. Com a decisão de 2024, a Suprema Corte dos EUA atribuiu ao judiciário estadunidense um amplo controle das decisões administrativas e regulatórias e, desse modo, redistribuiu a dinâmica da separação de poderes.

[5] De acordo com o decreto de López Obrador: "Artículo 96. Las Ministras y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistradas y Magistrados de la Sala Superior y las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Magistradas y Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial, Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito, serán elegidos de manera libre, directa y secreta por la ciudadanía el día que se realicen las elecciones federales ordinarias [...]" (Estados Unidos Mexicanos, 15 set. 2024).

Nesse sentido, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) não é mais "esse outro desconhecido".[6] Os papéis assumidos pela jurisdição constitucional brasileira nos últimos anos colocaram o Supremo Tribunal Federal como articulador político e motor de intensas crises da democracia constitucional brasileira.

Do julgamento do mensalão (Ação Penal n. 470/MG) à pandemia de Covid-19[7], da prisão em segunda instância (HC n. 126.292/DF e ADCs 43, 44 e 54) aos atentados de 8 de janeiro de 2023 (em especial, os Inquéritos n. 4921 e 4922), da suspensão de criação de tribunais regionais federais (ADI n. 5017/PR) ao (super) inquérito das *fake news* (Inquérito n. 4781/DF): as competências desempenhadas e o capital político assumido pelo STF o colocou no centro de disputas políticas.

Em especial, há três circunstâncias que evidenciam a progressiva expansão do STF em direção à política e, desse modo, às crises da democracia constitucional brasileira – tema que será investigado no presente trabalho. São elas: (i) a Operação Lava-Jato, as decisões relativas ao presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o Impeachment da presidenta Dilma Rousseff; (ii) as decisões de contrapeso ao governo de Jair Bolsonaro, especialmente durante a pandemia de Covid-19; e (iii) os Inquéritos das *fake news* e os decorrentes do atentado de 08 de janeiro de 2023.

---

[6] Em 1968, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Aliomar Baleeiro publicou a obra "O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido", na qual aborda a história do Supremo Tribunal Federal e reflete acerca do desconhecimento geral em relação às funções e papéis desempenhados pela corte (Baleeiro, 1968).

[7] As decisões paradigmáticas da atuação do Supremo Tribunal Federal acerca da Covid-19 se distribuíram em diferentes áreas: responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos (ADI 6.421-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21/5/2020); isolamento social e vacinação compulsória (ADI 6.343-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 6/5/2020; e ADI 6.586, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/12/2020); federalismo e competência dos entes federativos (ADI 6.341-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Edson Fachin, j. 15/4/2020; ADI 6.362, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2/9/2020; ADPF 672-MC-REF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020; e ADI 6.394, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23/11/2020); direitos trabalhistas (ADI 6.342-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, j. 29/4/2020; ADI 6.363-MC-REF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes j. 17/4/2020); povos indígenas e comunidades quilombolas (ADPF 709-MC-REF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 5/8/2020; e ADPF 742-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Edson Fachin, j. 24/2/2021); acesso à informação (ADI 6.347-MCREF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/4/2020; e ADPF 690-MC-REF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23/11/2020); orçamento (ADI 6.357-MC-REF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/5/2020); e redução da letalidade policial (ADPF 635-MC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18/8/2020). Essas decisões, contudo, representam uma pequeníssima parcela das ações processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme os dados disponibilizados pelo portal Corte Aberta, foram propostos 11.857 processos relacionados à Covid-19 – sendo 11.062 deles propostos originalmente perante o STF e 795 que chegaram à Corte pela via recursal -, dos quais resultaram 16.130 decisões - a menor parte delas pela procedência dos pedidos (426) ou pelo deferimento (335).

A análise desses casos e circunstâncias, contudo, não objetiva definir uma conclusão prévia – e precipitada – acerca de como o STF participa das crises da democracia constitucional brasileira, mas apenas apresentar situações complexas que merecem ser analisadas por este estudo. Do mesmo modo, esses casos e circunstâncias não esgotam a complexa atuação do STF, nem das cortes constitucionais em geral: são apenas situações que provocam a reflexão proposta.

A primeira circunstância tem como objeto a Operação Lava-Jato, o caso Lula e o Impeachment de Dilma. Embora diferentes e complexas, essas três situações representam um perfil traçado pelo Supremo Tribunal Federal que permanece em relação ao "modo". Esses casos são exemplos de uma postura politicamente interventiva do STF que permanece na Corte e que provocou profundos abalos na democracia constitucional brasileira.

O Impeachment da presidenta Dilma Rousseff foi marcado por tensões e interesses políticos. O pano de fundo das acusações formais de pedaladas fiscais era a disputa entre grupos políticos – sobretudo, entre o PT e sua oposição.[8] Embora controversa, a votação do Impeachment de Dilma foi referendada pelo STF[9] – tanto pela rejeição de ações importantes contra o rito[10] quanto pela declaração do Ministro Ricardo Lewandowski (presidente do STF e da sessão de votação do Impeachment) que atestou sua lisura (Senado, 31 ago. 2016). O impacto das decisões e declarações do STF em relação ao impeachment de Dilma Roussef tem consequências conhecidas – e desastrosas – para a democracia constitucional brasileira.

No mesmo sentido, inicialmente, o STF foi protagonista de um movimento que endossou as decisões da Operação Lava-Jato, inclusive a partir de manifestações públicas de seus ministros.[11] Ainda que indiretamente, uma das principais decisões

---

[8] Nesse sentido, importante destacar que o Ministro Luís Roberto Barroso (STF) afirmou no artigo "A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil", publicado pela Revista do Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI) em 2022, que "A justificativa formal foram as denominadas "pedaladas fiscais" – violação de normas orçamentárias –, embora o motivo real tenha sido a perda de sustentação política" (Barroso, 2022, p. 43).

[9] Merece destaque o voto (dissidente) do Ministro Fachin na ADPF n. 378/DF. Embora vencido, o voto do Ministro Fachin corrigiria grande parte dos problemas relacionados ao rito do processo de impeachment de Dilma Roussef, pois definiu limites procedimentais (tanto em relação à Lei n. 1.079/1950 quanto aos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal) compatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil.

[10] Entre elas, os MS n. 34.378, n. 34.379, n. 34.384 e n. 34.394, relatados pela Min. Rosa Weber.

[11] Em setembro de 2015, o Ministro Gilmar Mendes afirmou em evento na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) que o Partido dos Trabalhadores (PT) tinha instalado uma "cleptocracia" e que a Lava-Jato a freou: "A Lava-Jato estragou tudo. Evidente que a Lava-Jato não estava nos

que impactaram a Lava-Jato foi a proferida no HC n. 126.292/SP, que declarou constitucional a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância (prisão em segunda instância). Essa decisão abalizou a denegação do HC n. 152.752/PR, impetrado por Lula, que, por sua vez, permitiu que o Tribunal Superior Eleitoral rejeitasse o registro de candidatura de Lula com base na Lei da Ficha Limpa.[12] Um ano depois, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, o STF declarou inconstitucional a execução provisória da pena, impondo o trânsito em julgado como marco necessário à execução da pena. O impacto político, entretanto, já havia sido causado. Importante destacar que, processualmente, o STF agiu corretamente nesse caso: aplicou o entendimento da corte ao Habeas Corpus e mudou o entendimento em sede do controle abstrato de constitucionalidade. O que se pretende diagnosticar com esse exemplo, assim, não é o arbítrio do STF em relação à política brasileira, mas analisar como a sua atuação tem impacto nas crises da democracia constitucional brasileira de maneira singular.

A segunda circunstância que provoca a reflexão acerca do STF nas crises da democracia constitucional brasileira se relaciona com o papel de contrapeso exercido pela Corte diante do governo Bolsonaro, especialmente durante a pandemia de Covid-19. Há exemplos brandos desse papel: a ADPF n. 709, acerca das ações e omissões do poder público que ameaçaram a saúde e a subsistência de comunidades indígenas; o RE n. 1.017.365/SC, que derrubou a tese do marco temporal na demarcação de terras indígenas[13]; e as ADIs n. 6139, 6119 e 6466, que suspenderam os decretos de Jair Bolsonaro que flexibilizava o porte de armas. Há outros que provocaram tensões profundas[14]: as ADPFs n. 850, 851, 854 e 1.014, nas quais foram declaradas inconstitucionais as emendas de relator ao Orçamento Geral da União (orçamento

---

planos porque o plano era perfeito, mas não combinaram com os russos" (O Globo, n. 29993, 19 set. 2015. País, p. 4).

[12] "O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) indeferiu, por maioria de votos (6 a 1), o registro de candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para disputar as eleições à Presidência da República em outubro. A decisão seguiu o entendimento do relator do pedido na Corte, ministro Luís Roberto Barroso, que declarou a inelegibilidade de Lula com base na Lei da Ficha Limpa" (TSE, 01 set. 2018).

[13] Acerca do julgamento desse Recurso Extraordinário, o presidente Jair Bolsonaro afirmou que não cumpriria a decisão do Supremo Tribunal Federal: "Não é ameaça, é uma realidade. Só nos restam duas alternativas: pegar a chave da Presidência, me dirigir ao presidente do Supremo e falar: administra o Brasil. Ou, a outra alternativa: não vou cumprir" (CNN, 27 mai. 2022).

[14] Diante da composição mais ampla do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que não se confunde com o Supremo Tribunal Federal (STF), não foram mencionados importantes eventos, tais como a decisão que declarou Bolsonaro inelegível por oito anos.

secreto); e o Inquérito n. 4831, no qual foram investigadas as tentativas de interferência de Bolsonaro na Polícia Federal.

Todavia, a atuação do STF durante a pandemia de Covid-19 o coloca como partícipe singular das crises da democracia constitucional brasileira. Durante o colapso sanitário decorrente da pandemia de Covid-19, agravado pelos movimentos negacionistas e antivacinas, a postura e o perfil decisório do STF matizaram as disputas políticas e ideológicas no Brasil, carrearam a polarização política e pautaram o debate público. Dentre as milhares de decisões proferidas nesse período (16.130, conforme os dados disponíveis no portal Corte Aberta), há quatro áreas que merecem destaque: ADI n. 6.421, acerca da responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos; ADI n. 6.347 e ADPF n. 690, acerca da transparência na divulgação de dados e acesso à informação; ADIs n. 6.343 e 6.586, acerca do isolamento social e da vacinação compulsória; e ADIs 6.341, 6.362, 6.394 e ADPF n. 672, acerca dos conflitos federativos e da competência dos entes federativos, que desarticularam o governo federal.

A terceira circunstância indicativa de que o Supremo Tribunal Federal participa intensamente das crises da democracia constitucional brasileira dizem respeito aos inquéritos das *fake news* (Inquérito n. 4781) e decorrentes dos atos de 08 de janeiro de 2023 (em especial, os Inquéritos n. 4921 e 4922). Esses inquéritos, embora distintos, compartilham da expansão de competências e de poder do STF, que se anuncia como guardião da democracia. O (super) inquérito das *fake news*, por exemplo, dispõe de uma atuação atípica da corte como acusadora, investigadora e julgadora, comprometendo a imparcialidade e legalidade do processo, bem como expande a competência da corte para o julgamento de crimes desconexos de sua função institucional, ou seja, para a investigação e julgamento de ataques indiretamente relacionados à instituição do STF e a seus Ministros. Os inquéritos decorrentes dos atos de 08 de janeiro de 2023, por sua vez, dispõem dos mesmos predicados: atuação atípica, expansão de competências, imparcialidade e ilegalidade.

De todo modo, essa terceira circunstância é particularmente interessante para este estudo por dois motivos: primeiro porque, a partir desses inquéritos (*fake news* e atos antidemocráticos), o STF se coloca como guardião da democracia, a despeito da Constituição, da separação dos poderes e dos limites racionais da atuação jurisdicional; segundo porque a percepção política e social da atuação do STF nesses inquéritos colocou a corte como objeto de debates legislativos que objetivam diminuir o seu

poder, bem como reacendeu manifestações sociais antidemocráticas, pelo fechamento da corte e pelo impeachment de seus ministros.

Essas circunstâncias e casos apresentados não esgotam a complexidade que envolve o tema analisado, apenas expõem inquietações que provocam a reflexão acerca de como o Supremo Tribunal Federal participa das crises da democracia constitucional brasileira ao progressivamente “avançar o sinal” da política.

A corte que já foi “esse outro desconhecido” se tornou tão conhecida e controversa, a ponto de que o Supremo Tribunal Federal se tornou um dos – se não o principal – alvo das investidas autoritárias dos últimos anos no Brasil. As investidas do ex-presidente Jair Bolsonaro são exemplos disso. Em um dos discursos mais simbólicos do perfil autoritário traçado por Bolsonaro, realizado em 07 de setembro de 2021, a maior parte do seu conteúdo tem como objeto o Supremo Tribunal Federal e, de modo particular, o Ministro Alexandre de Moraes:

> não podemos admitir que uma pessoa na Praça dos Três Poderes querer fazer valer a sua vontade. Querer inventar inquéritos. Querer suprimir a liberdade de expressão [...] não podemos mais admitir que pessoas que agem dessa maneira continuem no poder exercendo cargos importantes [...] temos um ministro do Supremo que ousa continuar fazendo aquilo que nós não admitimos. Ou esse ministro se enquadra ou ele pede para sair [...] dizer a esse indivíduo que ele tem tempo ainda para se redimir. Tem tempo ainda para arquivar seus inquéritos. Ou melhor, acabou o tempo dele. Sai, Alexandre de Moraes. Deixa de ser canalha [...] qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes, esse presidente não mais cumprirá. A paciência do nosso povo já se esgotou [...] não podemos admitir um sistema eleitoral que não oferece qualquer segurança, não é uma pessoa do Tribunal Superior Eleitoral que vai nos dizer que esse processo é seguro e confiável [...] não podemos admitir um ministro do Tribunal Superior Eleitoral também usando a sua caneta para desmonetizar páginas que criticam esse sistema de votação [...] não vamos mais admitir pessoas como Alexandre de Moraes continuem a açoitar a nossa democracia e desrespeitar a nossa Constituição [...] e dizer àqueles que querem me tornar inelegível em Brasília: só Deus me tira de lá. Dizer aos canalhas que nunca serei preso. (Bolsonaro, 2021)

Outro exemplo de que há uma percepção generalizada acerca da centralidade política assumida pelo Supremo Tribunal Federal é o “Pacote Anti-STF”, aprovado pela CCJ da Câmara dos Deputados em outubro de 2024, que reúne propostas de emenda à Constituição e projetos de lei que objetivam diminuir o poder e as competências exercidas pela corte, tais como as PECs n. 08/2021 e 28/2024 e os PLs n. 4.754/2016 e 658/2022. Apesar de algumas das medidas propostas por esse pacote serem benéficas – como a PEC n. 8/2021, que limita decisões cautelares e veda as monocráticas –, há outras que evidenciam um movimento do legislativo brasileiro em cooptar o Supremo Tribunal Federal e retirá-lo da posição central que assumiu: a PEC

n. 28/2024[15], que prevê a sustação de decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional; o PL n. 4.754/2016, que "tipifica crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo"; e o PL n. 658/2022, que estabelece outras hipóteses de crime de responsabilidade para Ministros do STF.

Tanto as PECs quanto os PLs do "Pacote Anti-STF", independentemente do resultado que atinjam, são reflexos de que há uma tensão na democracia constitucional brasileira criada ou agravada pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que muitas das propostas sejam inconstitucionais e, provavelmente, não sejam sequer aprovadas ao final do processo legislativo, a sua proposição permite um diagnóstico: as tensões que permeiam as crises da democracia constitucional brasileira em relação à estrutura do poder e em relação à proteção de direitos afetam e são afetadas pelo STF.

Diante disso, a questão central que carreia este estudo é a relação entre as cortes constitucionais e as crises da democracia constitucional, de modo geral, e do Supremo Tribunal Federal e as crises da democracia constitucional brasileira em particular. A análise proposta, contudo, não tem como objetivo a análise de direito comparado ou a análise empírica da atuação das cortes constitucionais e os eventos de crise das democracias constitucionais, mas sim a análise teórica de como se relacionam – ainda que, para isso, seja necessário refletir acerca de algumas experiências brasileiras e estrangeiras.

Dessa forma, este trabalho apresenta uma análise da democracia constitucional e suas relações com as crises e com a democracia deliberativa. Em seguida, examina o papel das cortes constitucionais nas crises das democracias constitucionais, com foco na experiência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, discute como as cortes devem agir nas crises das democracias constitucionais, refletindo sobre a ideia de "última palavra" e explorando a possibilidade de uma democratização por meio de diálogos constitucionais, culminando em uma proposta de reforço à democracia constitucional deliberativa.

---

[15] Assim como a PEC n. 50/2023, a qual "altera o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais".

1. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E(M) SUAS CRISES

> *We are soon knee-deep in slogans. Only democracy can provide dignity. Government must be of the people, by the people, and for the people. The people must govern themselves. Each citizen must be offered an equal and meaningful role. One person must have one vote and no one more than one vote*.[16]
>
> **Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*** (2011, p. 379)

Refletir acerca da democracia impõe desafios e, sobretudo, uma questão central: que democracia? Essa pergunta, embora curta, provoca respostas de diferentes ordens. Historicamente, pode-se pensar na democracia concebida pelos gregos, como sinônimo do sistema representativo moderno, ou como participação política igualitária contemporânea. Conceitualmente, pode-se pensar na democracia direta, representativa, deliberativa ou constitucional. Institucionalmente, a democracia pode significar eleições livres, justas e periódicas, ampla participação popular, defesa de valores e princípios ou garantia das instituições. Não há, portanto, um conceito genérico que possa significar o que é a democracia – e nem deveria existir.

A resposta à pergunta "que democracia?", assim, exige que se reflita criticamente acerca dos ideias que determinado sentido ou concepção do conceito de democracia se quer defender. A aproximação da democracia e do constitucionalismo é um passo nessa direção. A "democracia constitucional" ou o "constitucionalismo democrático", na tensão em que se constitui, carrega um sentido menos genérico acerca tanto do que se afirma como democracia quanto do que se afirma como constitucionalismo – também amplo, polissêmico, disputável.

Esse capítulo tem por objetivo compreender e refletir acerca do que é a democracia constitucional, o que são suas crises e como elas lhe afetam. Isso para que, na sequência, questione-se sobre como as cortes constitucionais tanto participam quanto provocam as crises da democracia constitucional e, também, sobre como as cortes constitucionais podem não provocar, não alimentar e distensionar as crises das democracias constitucionais.

---

[16] Tradução livre: "Logo estamos imersos em slogans. Apenas a democracia pode proporcionar dignidade. O governo deve ser do povo, pelo povo e para o povo. O povo deve governar a si mesmo. Cada cidadão deve ter uma participação igual e significativa. Uma pessoa deve ter um voto e ninguém deve ter mais de um voto" (Dworkin, 2011, p. 379).

1.1 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Democracia e constitucionalismo são conceitos imersos em uma permanente disputa que vai além da polissemia das palavras. A sua combinação constitui um tipo ideal de sistema de governo que atribui significado distinto ao que significam, isoladamente, democracia e constitucionalismo. Isso porque, ao se relacionarem, cada um dos conceitos deixa de ser um pouco do que é para se tornar algo que, sozinhos, não seriam. Conforme Carlos Santiago Nino, "a democracia constitucional é uma forma de governo muito superior à democracia pura ou a um governo constitucional não democrático"[17] (Nino, 1997, p. 13).

Desse modo, o sentido atribuído à democracia constitucional se aproxima do que Dworkin denomina "partnership conception of democracy" (concepção de parceria da democracia). Essa concepção de democracia se diferencia da majoritária por não atribuir autoridade a um governo da maioria, pois defende um governo exercido pelo povo como um todo e em que cada membro "aceite que na política deve agir com igual respeito e consideração com todos os outros parceiros"[18] (Dworkin, 2011, p. 384). O conteúdo do que é a democracia constitucional, porém, vai além.

Carlos Santiago Nino, ao refletir sobre o "caráter completo da democracia constitucional", avalia positivamente o sistema de governo resultante da combinação entre democracia e constitucionalismo, que é melhor que a democracia e o constitucionalismo em si mesmos (Nino, 1997, p. 13). Nino aponta que há uma tensão que deriva dos valores da democracia e do constitucionalismo e que

> Essa tensão só pode ser resolvida por meio do ajuste e acomodação dos ideais em jogo. Algumas vezes, a contradição entre os ideais da democracia e os do constitucionalismo é de caráter lógico, podendo ser completa ou parcial, de modo que só se evita a contradição ao abandonar alguns desses ideais, total ou parcialmente. De qualquer forma, a relação entre democracia e constitucionalismo depende, principalmente, da interpretação dada a este último.[19] (Nino, 1997, pp. 14-15)

---

[17] No original: "la democracia constitucional es uma forma de gobierno muy superior a la democracia pura o a un gobierno constitucional no democrático".

[18] No original: "accept that in politics they must act with equal respect and concern for all the other partners".

[19] No original: "Esta tensión sólo puede ser resuelta atraves del ajuste y acomodamiento de los ideales en juego. Algunas veces, la contradicción entre los ideales de la democracia y los del constitucionalismo es de caráter lógico, y puede ser completa o parcial, de modo que se evite sólo si

Assim, o constitucionalismo - compreendido como governo limitado – assume significados que o densificam: (i) o estado de direito (*rule of law*); somado (ii) à limitação do governo pelas normas jurídicas da Constituição; (iii) às restrições formais impostas pela Constituição – ao expressar sua supremacia; (iv) à separação entre os poderes; (v) ao reconhecimento de direitos fundamentais; (vi) ao controle judicial de constitucionalidade, capaz de proteger esses direitos e a supremacia da Constituição; (vii) à democratização dos itens anteriores; e (viii) ao modelo de democracia adotado e suas instituições (Nino, 1997, pp. 16-17). Essas características que Nino atribui ao constitucionalismo não estão necessariamente ligadas, de modo que a análise dos sistemas de governo é matizada pela ausência ou pela presença desses atributos que derivam da ideia e dos valores do constitucionalismo.

Tanto regimes democráticos quanto não democráticos dispõem do conteúdo mínimo de constitucionalismo – a existência de uma Constituição, ainda que não escrita -, de modo que a concepção de constitucionalismo depende dos predicados que lhe são atribuídos. O conteúdo ideal de constitucionalismo, assim, decorre da presença dos atributos mencionados por Nino, os quais estão intimamente relacionados à democracia e à garantia de direitos fundamentais. O sentido ideal de constitucionalismo não se limita à organização do poder e à robustez das leis, requer procedimentos e conteúdo das leis específicos (Nino, 1997, pp. 18-19).

Esse sentido ideal ou robusto de constitucionalismo está atrelado à democracia. Contudo, a concepção de democracia constitucional se constitui pela combinação de ideais e valores em tensão:

> Por um lado, o ideal se um processo político participativo no qual todos os afetados pelas decisões políticas tenham igual direito de expressar sua opinião no processo de formação dessas decisões. A essa dimensão me referirei nesse texto como a dimensão democrática. Em segundo lugar, encontra-se o ideal de governo limitado, no qual, inclusive a maioria, não pode afetar os interesses individuais protegidos.[20] (Nino, 1997, p. 19)

---

se abandonan algunos de esos ideales em forma total o parcial. De todos modos, la relación entre democracia y constitucionalismo depende principalmente de la interpretación que se haga de este último".

[20] No original: "Por un lado el ideal de un proceso político participativo en el cual todos los afectados por las decisiones políticas tienen igual derecho a expresar su opinión en el proceso de formación de esas decisiones. A esta dimensión me referiré en este texto como la dimensión democrática. En segundo lugar, se encuentra el ideal del gobierno limitado en el cual incluso la mayoría no puede afectar los intereses individuales protegidos".

Nino (1997, pp. 19-20) também destaca que os sistemas de governo da democracia constitucional têm sido exercidos de modos diferentes nos Estados Unidos da América – com ênfase na limitação do governo (constitucionalismo) – e na Europa – com ênfase na participação e representação popular (democracia). Nos países latino-americanos, segundo Nino (1997, p. 21), tanto os valores e ideais do constitucionalismo quanto os da democracia têm peso similar, mas são exercidos e percebidos pela população de forma parcial: “a adesão das pessoas à democracia é muito mais forte quanto a sua dimensão participativa que em relação à dimensão liberal da tolerância e o respeito pelos direitos”[21] (Nino, 1997, p. 21).

O campo conceitual da democracia constitucional, porém, é árido, assim como a sua prática. Se por um lado há uma virtude na democracia constitucional que decorre de ser melhor que a democracia pura[22] e que o constitucionalismo não democrático, por outro, a democracia constitucional é formada por uma tensão – constitui-se sob o antagonismo ou paradoxo entre constitucionalismo e democracia. Isso porque, enquanto a democracia representa o autogoverno e a autonomia coletivas, o constitucionalismo significa a limitação desses autogoverno e autonomia.

1.1.1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: A TENSÃO, O PARADOXO

A relação entre democracia e constitucionalismo é complexa e se insere, conforme Nimer Sultany, em um contexto maior de justificação dos regimes políticos (Sultany, 2012, p. 379). Conforme Sultany (2012, p. 384), a reflexão acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia tem se manifestado de formas distintas: (i) o discurso da união, que reúne as posições de negação e reconciliação; e (ii) o discurso da desunião, que reúne as posições de endosso e dissolução.

Nesse sentido, a posição que nega a tensão entre constitucionalismo e democracia é explorada a partir de quatro perspectivas: incorporação, que entende o constitucionalismo como parte fundamental da democracia; esclarecimento, que considera o constitucionalismo uma condição essencial para a prática democrática; evasão, que

---

[21] No original: “la adhesión de la gente a la democracia es mucho más fuerte en cuanto a su dimensión participativa que en relación a la dimensión liberal de la tolerancia y el respeto por los derechos”.

[22] A constatação lógica do exercício de uma democracia pura não mediada pelo constitucionalismo é a possibilidade da tirania da maioria. Nesse sentido, Tocqueville alerta que “é da própria essência dos governos democráticos o fato de o império da maioria ser absoluto; porque, fora da maioria, não há nada que resista nas democracias” (Tocqueville, 2005, p. 289).

vê as questões tratadas pelas cortes como de relevância política secundária; e descentralização, que argumenta que as cortes não lidam diretamente com questões políticas (Sultany, 2012, p. 404). As duas primeiras abordagens defendem que a democracia é limitada pelos compromissos constitutivos da comunidade política, enquanto as últimas rejeitam essas limitações, evidenciando que as abordagens anteriores exageram a importância política desses compromissos (Sultany, 2012, p. 405).

A posição de reconciliação reconhece a tensão entre constitucionalismo e democracia, mas a reconcilia ao aceitar limitações à política na medida em que sejam necessárias "para proteger o processo democrático (procedimentalismo democrático), a filiação à comunidade política (procedimentalismo republicano)" (Sultany, 2012, p. 412) e desde que haja deferência judicial às instituições políticas – minimalismo – ou ampla participação popular – constitucionalismo popular (Sultany, 2012, p. 412). Embora os adeptos dessa posição concordem que o constitucionalismo é uma noção processual, o significado desta varia de acordo com a concepção de comunidade política adotada: os procedimentalistas democráticos compreendem a comunidade política de forma pluralista e agregativa, enquanto os procedimentalistas republicanos a compreendem de forma deliberativa e participativa (Sultany, 2012, p. 412).

Em relação ao discurso da desunião, Sultany afirma que as posições de endosso e de dissolução partem de noções diferentes de desunião entre constitucionalismo e democracia: para a posição de endosso, a desunião ocorre no campo conceitual, mas não se estende ao campo prescritivo; para a posição de dissolução, a desunião é conceitual e prática (Sultany, 2012, p. 426). Os que endossam a tensão entre constitucionalismo e democracia compreendem que há uma desunião conceitual entre democracia e constitucionalismo, mas não rejeitam o controle judicial de constitucionalidade por prudência – o que diferencia essa posição do discurso da união é a justificativa empregada por cada um (Sultany, 2012, p. 426). Já a posição de dissolução compreende que democracia e constitucionalismo são irreconciliáveis conceitualmente e na prática, porque defendem uma concepção majoritária de governo (Sultany, 2012, p. 426).

Esses discursos e posições mapeados por Nimer Sultany representam, em boa medida, os principais posicionamentos adotados pela teoria constitucional liberal acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia. Porém, há outra posição que merece ser explorada para uma compreensão mais complexa acerca da democracia constitucional: a que incorpora a tensão entre constitucionalismo e democracia.

Ao desenvolver uma reflexão acerca das democracias constitucionais em crise, Vera Karam de Chueiri aceita a disposição paradoxal dos conceitos e reconhece que “paradoxos não são dados a se resolver” (Chueiri, 2024, p. 43). Isso porque, diferentemente das posições apresentadas por Sultany (negação, reconciliação, endosso e dissolução), a autora afirma que o debate constitucional e democrático se desenvolve não pela resolução da tensão, mas em torno do paradoxo ou da aporia entre constitucionalismo e democracia (Chueiri, 2024, p. 43).

Essa posição é particularmente interessante porque não nega que democracia e constitucionalismo são conceitos em tensão (ou contradição), porém reconhece que os desafios impostos pelos sistemas de governo são mais bem desenvolvidos pela compreensão paradoxal ou aporética da tensão entre os conceitos. Na reflexão acerca da justificação dos regimes políticos, a posição de paradoxo tem a virtude de não excluir ou limitar um dos conceitos – pelo contrário, objetiva incorporar o conteúdo da democracia constitucional em sua complexidade.

Nesse sentido, Vera Karam de Chueiri afirma que

> O constitucionalismo tensiona com a democracia, porém não a aniquila ao garantir que o poder da maioria não seja abusivo, arbitrário e concentrado, por meio de uma estrutura institucional que separa as funções de governo, organiza o seu funcionamento (típico e atípico), distribui competências, garante direitos, impõe deveres, propõe diretrizes por meio de políticas públicas, ajusta territorialmente o poder, regula a atuação da burocracia, etc. O arranjo institucional pode variar, mas o seu núcleo duro não. (Chueiri, 2024, p. 44).

Portanto, constitucionalismo e democracia tecem uma relação tensa, paradoxal e, ao mesmo tempo, fundamental e necessária. Talvez seja essa sua natureza complexa a sua virtude, pois é nela que a democracia deixa de ser a vontade absoluta e descontrolada da maioria e, também, que o constitucionalismo deixa de ser mera limitação ou justificação do poder. A democracia constitucional representa um sistema de governo que não se submete, de modo definitivo, nem ao apelo majoritário, nem às continências do poder instituído. Por isso, a compreensão da democracia constitucional em sua aporia é um exercício necessário para que a comunidade política se constitua e se desenvolva com pluralismo e igualdade, assim como cada indivíduo se constitua e se desenvolva com dignidade e igual consideração.

1.1.2 A DEMOCRACIA (CONSTITUCIONAL) DELIBERATIVA

Pensar o que é a democracia, de modo geral, exige que se pense no que ela não é. Isso porque a compreensão negativa do conceito é capaz de esclarecer questões que, embora sejam lógicas a partir de um ponto de vista, não se sustentam na realidade política. Democracia, nesse sentido, não pode ser entendida como sinônimo de majoritarismo, ainda que dependa do pluralismo e do coletivismo que são intrínsecos a ele. A concepção majoritária de democracia parte de um pressuposto lógico válido e coerente – de que o autogoverno contribui significativamente para a dignidade das pessoas e para a legitimidade dos sistemas de governo -, mas não se sustenta em relação a uma concepção ideal de garantia dos direitos. Principalmente porque, conforme Dworkin, “o princípio majoritário da contagem de cabeças não é claramente um princípio fundamental de equidade/justiça”[23] (Dworkin, 2011, p. 401).

A relação que a democracia tece com o constitucionalismo, conforme já explorado, é tensa, paradoxal e necessária para o desenvolvimento coletivo e individual da comunidade política. A democracia constitucional combina concepções normativas opostas, uma vez que “democracia significa, minimamente, a regra da maioria, enquanto que os direitos individuais supõem a aceitação unânime ou decisões tomadas por funcionários não eleitos democraticamente, tais como os juízes e outras instituições ‘minoritárias’”[24] (Nino, 1997, p. 25).

Diante disso, Nino (1997, p. 25) questiona: “Como é possível justificar simultaneamente a regra da maioria e a da minoria, e traçar os limites apropriados entre ambas?”[25]. A questão proposta é difícil. Difícil porque exige que reconheçamos que a democracia, ainda que não seja sinônimo de majoritarismo, dependente das suas noções de pluralismo e de coletivismo. Difícil porque exige que compreendamos a democracia e o constitucionalismo de formas parciais e complexas. Difícil, enfim, porque exige o esforço de conjugar ideais díspares e em permanente disputa.

---

[23] No original: “the majoritarian, counting-heads principle is rather plainly not a fundamental principle of fairness”.

[24] No original: "democracia significa, como mínimo, la regla de la mayoría, mientras que los derechos individuales suponen aceptación unánime o decisiones tomadas por funcionarios no electos democráticamente, tales como los jueces y otras instituciones ‘minoritarias’".

[25] No original: "¿Cómo es posible justificar simultáneamente la regla de la mayoría y la de la minoría, y trazar los limites apropiados entre ambas?”.

Uma boa resposta à questão é a democracia constitucional deliberativa. Isso porque a democracia deliberativa parte de uma concepção dialógica que valora a democracia a partir das preferências políticas coletivas, de modo que se constitui como um procedimento apto a acessar os princípios morais dispostos coletivamente (Nino, 1997, p. 154). A deliberação democrática possui um valor epistemológico importante, pois contribui para a tomada de decisões mais imparciais e moralmente corretas (Nino, 1997, p. 154).[26] Esses valores epistemológicos, conforme Nino (1997, pp. 168-180), correspondem: ao conhecimento dos interesses coletivos; à justificação da justiça; à detecção de erros fáticos e lógicos; aos fatores emocionais; ao diálogo subjacente ao processo democrático; e à tendência coletiva à imparcialidade.

Contudo, a democracia deliberativa enquanto majoritarismo é problemática. Segundo Nino,

> Claramente, uma solução para o conflito reforçado por uma maioria e não por todos os envolvidos no conflito pode ser bastante parcial. É provável que a maioria ignore completamente os interesses da minoria. Na verdade, a oposição a uma minoria pode, por si só, motivar ações da maioria. Assim, a democracia como regra da maioria parece ser o mecanismo arquetípico para tomar decisões parciais. Se isso for verdade, as decisões democráticas poderiam ser justificadas apenas por razões que nada têm a ver com sua correção moral.[27] (Nino, 1997, pp. 154-155)

Em razão disso, embora importante, a concepção majoritária de democracia deliberativa é falaciosa, principalmente em sociedades desiguais. Seus valores intrínsecos são fundamentais para os regimes políticos, mas da sua aplicação não decorre necessariamente uma decisão justa ou coerente.[28] A democracia deliberativa não

---

[26] De acordo com Carlos Santiago Nino, “Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción” (Nino, 1997, p, 154).

[27] No original: “Claramente, una solución al conflicto apoyada por una mayoría y no por todos los involucrados en el conflicto puede ser muy parcial. Es probable que la mayoría ignore completamente los intereses de la minoría. En efecto, la oposición a una minoría puede por sí misma motivar las acciones de la mayoría. De este modo, la democracia como regla de la mayoría parece ser el mecanismo arquetípico para tomar decisiones parciales. Si esto es verdad, las decisiones democráticas podrían ser sólo justificadas por razones que no tienen nada que ver con su correctitud moral”.

[28] A esse respeito, Jacques Derrida contribui significativamente para a compreensão da justiça, da autoridade e do direito. Segundo o autor, “Já que a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não podem, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento. O que não se quer dizer que sejam injustas em si, no sentido de ‘ilegais’ ou ‘ilegítimas’. Elas não são nem legais nem ilegais em seu

pode ser compreendida como majoritarismo porque a aplicação não mediada deste fragiliza pressupostos políticos e morais importantes, tais como a garantia de dignidade e igual consideração à minoria, a proteção dos grupos vulnerabilizados e o espaço da dissidência razoável.

Isso não significa que não se deve apostar no valor epistemológico da democracia deliberativa. Apenas quer dizer que a democracia, apesar dos seus valores fundamentais, é insuficiente para a construção de um sistema político e de governo capaz de lidar com os desafios de uma sociedade complexa, desigual e injusta. A democracia deliberativa mediada pelo constitucionalismo, por sua vez, representa uma resposta adequada à questão proposta por Nino, uma vez que, além de delimitar o conteúdo do conceito de democracia, apostando em seus valores epistemológicos, condiciona o exercício do autogoverno aos pressupostos que constituem a sociedade política[29], reafirmando a supremacia da Constituição.

As promessas da democracia deliberativa são amplas e sedutoras, mas é preciso que se dê atenção aos seus perigos e falácias. Tendo em vista que a democracia constitucional se desenvolve em torno do seu paradoxo ou aporia (Chueiri, 2024, p. 43), qualquer conclusão genérica acerca do seu exercício é precipitada e equivocada. Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes aponta que "não há garantia de que a deliberação esclarecerá ao invés de confundir e obscurecer"[30] (Mendes, 2013, p. 33), principalmente em razão das manipulações e demagogias, assim como a deliberação pode polarizar a sociedade, fortalecer o conflito e perpetuar desigualdades e opressões simbólicas (Mendes, 2013, p. 34). Portanto, para Mendes,

> Uma abordagem contextual à deliberação tem de perguntar quando e onde deliberar. Sempre e em todo lugar não são respostas sustentáveis. Uma solução rápida e fácil como tal não está disponível. Outros atributos devem ser adicionados a essa imagem abstrata. Sondar "quando" nos torna sensíveis às circunstâncias da deliberação [...]. Explorar "onde" compreende não apenas quem e quantos deliberam, mas também sob que estatuto e com que propósito epistémico específico. Essas características configuram o local de deliberação [...]. Se os deliberadores forem capazes de diagnosticar e administrar as circunstâncias, e se os locais de deliberação forem adequada

---

momento fundador. Elas excedem a oposição do fundado ao não-fundado, como de todo fundacionismo ou todo antifundacionismo" (Derrida, 2007, p. 26), de modo que "não se pode falar diretamente da justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer 'isto é justo' e, ainda menos, 'eu sou justo', sem trair imediatamente a justiça, se não o direito" (Derrida, 2007, p. 17).

[29] Há muitos pressupostos constitutivos de uma sociedade política. Os direitos humanos e fundamentais (individuais e coletivos) são exemplos desses pressupostos. Porém, há quatro que chamam atenção a partir da perspectiva proposta: a dignidade, a igualdade (igual consideração), a liberdade e a justiça.

[30] No original: "there is no assurance that deliberation will clarify instead of misleading and obscuring".

> mente concebidos, afirmo que pelo menos alguns dos perigos indicados acima podem ser postos de lado. A defesa da deliberação torna-se, embora limitada, mais matizada e convincente.[31] (Mendes, 2013, p. 35)

A democracia constitucional deliberativa, assim, exige uma reflexão que ultrapasse os seus propósitos e promessas. A sua compreensão responde bem ao equilíbrio e à mediação entre a regra da maioria e da minoria, porém o seu exercício depende do contexto em que é aplicada. Isso reafirma a natureza paradoxal ou aporética da democracia e do constitucionalismo (Chueiri, 2024, p. 43), pois impõe que a tensão que os constitui não seja solucionada e que os sistemas de governo apliquem a democracia e o constitucionalismo na maior proporção possível. Para isso, é preciso tanto que não prescindam dos valores e pressupostos democráticos e constitucionais quanto que diagnostiquem os contextos em que a deliberação democrática é fundamental (Mendes, 2013, p. 35).

As crises das democracias constitucionais estão diretamente relacionadas a essas reflexões e conclusões. Primeiro porque a natureza paradoxal da democracia constitucional torna o seu exercício sensível. Segundo porque, embora a comunidade política consinta, em geral, em relação à dimensão participativa e deliberativa da democracia, há profundos dissensos quanto à tolerância e ao respeito aos direitos. Terceiro porque a deliberação democrática é atravessada pela manipulação e pela demagogia, que provocam a polarização e a contaminação do pouco diálogo existente. Quarto porque as cortes constitucionais têm avançado em direção à política, participando (e provocando) das crises da democracia constitucional - sobretudo, ao se apropriarem da última palavra acerca da Constituição e ao limitarem os momentos de necessária deliberação democrática.

---

[31] No original: “A contextual approach to deliberation has to ask when and where to deliberate. Always and everywhere are not tenable answers. A swift and easy solution as such is not available. Further attributes must be added to that abstract picture. To probe “when” turns ourselves sensitive to the circumstances of deliberation, object of the next section. To explore “where” comprises not only who and how many deliberate, but also under what status and with what particular epistemic purpose. These features shape the site of deliberation, theme of the sixth section. If deliberators are able to diagnose and administer the circumstances, and if the sites of deliberation are properly designed, I submit, at least some of the perils indicated above can be set aside. The case for deliberation becomes, however limited, more nuanced and convincing”.

1.2 CRISES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Há muitas causas para o diagnóstico de que a democracia constitucional está em crise. Também há muitos diagnósticos para afirmar que as democracias constitucionais estão em crise, ainda que as causas pouco variem. Erosão democrática, erosão constitucional, declínio democrático, retrocesso democrático, fracasso constitucional, constitucionalismo abusivo, autocratização, deterioração democrática entre outros. O que não se contesta, porém, é a crise enfrentada por importantes democracias constitucionais. Conforme apontam Mark A. Graber, Sanford Levinson e Mark Tushnet,

> As democracias constitucionais [...] parecem estar em apuros em todo o mundo. Os Estados Unidos, Israel, Turquia, África do Sul, Hungria, Polônia e Venezuela parecem crianças problemáticas particulares, mas a secessão catalã na Espanha, o Brexit no Reino Unido, a ascensão do constitucionalismo autoritário no sul da Ásia, a derrubada do governo Morsi no Egito e a fraqueza contínua da democracia constitucional em toda a África e América Latina sugerem que nenhum refúgio terrestre é imune a tudo o que está afligindo regimes que pretendem ser constitucionais e democráticos.[32] (Graber; Levinson; Tushnet, 2018, p. 1)

Os autores destacam que os movimentos de democratização ocorridos nos séculos XX e XXI estagnaram e é possível que estejam se revertendo, especialmente pelo enfraquecimento dos fundamentos estabelecidos da democracia constitucional, de modo que vários países estão passando por transformações na contramão da democracia (Graber; Levinson; Tushnet, 2018, pp. 2-4). Além disso, afirmam que “as democracias constitucionais precisam executar mais tarefas do que nunca, com custos mais altos e potencialmente catastróficos para erros de política”[33] (Graber; Levinson; Tushnet, 2018, p. 4).

Nesse sentido, Jack M. Balkin afirma que as crises constitucionais ocorrem quando a Constituição está na iminência de fracassar na sua função central: “manter o desacordo da política comum em vez de se desintegrar em anarquia, violência ou

---

[32] No original: “Constitutional democracies […] appear in trouble throughout the world. The United States, Israel, Turkey, South Africa, Hungary, Poland, and Venezuela seem particular problem children, but the Catalonian secession in Spain, Brexit in the United Kingdom, the rise of authoritarian constitutionalism in South Asia, the overthrow of the Morsi government in Egypt, and the continued weakness of constitutional democracy throughout Africa and Latin American suggest that no earthly haven is immune to whatever is ailing regimes that purport to be constitutional and democratic”.

[33] No original: “ Constitutional democracies must perform more tasks than ever before, with higher, potentially catastrophic costs for policy errors”.

guerra civil, [...] proteger as liberdades civis, dividir e restringir o poder”[34] (Balkin, 2018, p. 14). O autor define três tipos de crise constitucional: (i) quando políticos ou oficiais militares afirmam que desobedecerão a Constituição[35]; (ii) quando a Constituição impede que os atores políticos previnam um desastre; e (iii) quando muitas pessoas se recusam a obedecer a Constituição (Balkin, 2018, p. 14). Dentre eles, o terceiro tipo se destaca por se aproximar do cenário atual das crises das democracias constitucionais, pois envolvem, de acordo com Balkin e Levinson,

> situações em que desacordos publicamente articulados sobre a constituição levam os atores políticos a se envolverem em formas extraordinárias de protesto que vão além de meros desacordos legais e protestos políticos: as pessoas vão para as ruas, os exércitos se mobilizam e a força bruta é usada ou ameaçada para prevalecer.[36] (Balkin; Levinson, 2009, p. 714)

Essa definição de crise constitucional exige que se tome atenção às hipérboles, ao que não é uma crise – embora possa levar a ela. O desacordo popular em relação ao governo e seus funcionários não é uma crise. A disputa acalorada acerca da interpretação da Constituição ou entre opositores políticos também não é (Balkin, 2018, p. 15). Isso não significa que essas tensões políticas e sociais não possam levar à crise da democracia constitucional, mas a importância assumida pelas crises das democracias constitucionais exige que não se banalize o seu objeto.

No contexto latino-americano, Roberto Gargarella aponta que o constitucionalismo da região atravessa desafios importantes, senão uma crise (Gargarella, 2018, p. 199). Para Gargarella, as crises da democracia constitucional que atravessam a América Latina estão relacionadas ao fato de que

> [a] maioria das constituições regionais surgiu após negociações que criaram documentos nacionais notoriamente imperfeitos, com os quais quero dizer constituições que geraram tensões internas desnecessárias. Essas constituições incluem direitos que estão em conflito entre si, uma organização de poderes que é baseada em princípios contraditórios e tensões entre a organização de poderes que elas estabelecem e as declarações de direitos

---

[34] No original: “is to keep disagreement within the boundaries of ordinary politics rather than breaking down into anarchy, violence, or civil war, [...] protect civil liberties and divide and restrain power”.

[35] Esse tipo de crise constitucional está muito presente na história latino-americana. É a ruptura constitucional “clássica”, o golpe de Estado, os tanques nas ruas. A história brasileira, argentina, chilena, paraguaia e uruguaia é fértil em exemplos desse tipo de crise.

[36] No original: “situations where publicly articulated disagreements about the constitution lead political actors to engage in extraordinary forms of protest beyond mere legal disagreements and political protests: people take to the streets, armies mobilize, and brute force is used or threatened in order to prevail”.

> que elas incorporam em seus textos. Essas características criaram constituições desequilibradas, que são ao mesmo tempo bastante conservadoras em relação à sua organização de poderes e social-democratas no que diz respeito às suas declarações de direitos.[37]
> (Gargarella, 2018, pp. 199-200)

Assim, o constitucionalismo latino-americano dispõe de um perfil constitucional controverso e incapaz de lidar com as tensões próprias da democracia constitucional. Isso porque são Constituições que, embora amplas e progressivas em relação à declaração de direitos, são problemáticas em relação à estrutura do poder – ao que Gargarella denomina "sala de máquinas da constituição"[38] (Gargarella, 2020, p. 55). São esses déficits constitucionais e a incapacidade de lidar com as tensões da democracia constitucional que provocam as suas crises.

A compreensão das crises das democracias constitucionais é complexa, especialmente porque exige uma análise contextual e conjuntural da Constituição, da democracia, da política, da comunidade política e da relação entre elas. Conforme explica Oscar Vilhena Vieira, assim como na democracia constitucional, "num jogo de futebol, o pênalti não instaura uma crise. Da mesma forma, se o árbitro deixar de apitar um pênalti, isso não necessariamente configura uma crise. Ela se dá quando os jogadores abandonam o jogo" (Vieira, 2018, p. 29). Dificilmente, um evento específico poderá ser considerado uma crise da democracia constitucional – sobretudo, porque o modelo de crise contemporâneo não é mais o golpe, com tanques nas ruas, com a derrubada de um governo, com o fechamento de uma instituição.[39]

---

[37] No original: "Most regional constitutions emerged after negotiations that created notoriously imperfect national documents, by which I mean constitutions that generated unnecessary internal tensions. These constitutions include rights that are in conflict with each other, an organization of powers that is based on contradictory principles, and tensions between the organization of powers that they establish and the declarations of rights that they incorporate in their texts. These features have created unbalanced constitutions, which are at the same time rather conservative regarding their organization of powers, and social-democratic in what concerns their declarations of rights".

[38] A esse respeito, na obra "La Sala de Maquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina" (Gargarella, 2014), Roberto Gargarella explora a estrutura organizacional das constituições latino-americanas, analisando como elas mantêm elementos autoritários herdados de períodos coloniais e pós-coloniais, que limitam a democracia substantiva. Segundo o autor, a sala de máquinas da Constituição (a parte que dispõe acerca da estrutura e da organização do poder) tem concentrado o poder político nas elites, em detrimento de uma democracia deliberativa e inclusiva. Gargarella também argumenta que a centralização do poder nas instituições, como o Executivo e o Judiciário, cria um sistema de exclusão social e limita a participação dos cidadãos. Sua crítica se dirige a uma reorganização que possibilita mais espaços de diálogo e igualdade, fortalecendo a inclusão e a justiça social.

[39] Esse modelo de "crise" constitucional foi comum na América Latina, principalmente em razão das ditaduras civis-militares que atravessaram a região na segunda metade do século XX. Contudo, esse

Segundo Emilio Peluso Neder Meyer,

> Erosão constitucional significa uma situação prolongada no tempo em que diferentes desafios à estrutura constitucional de um país ocorrem repetidamente, sem, por si só, perturbar todo o sistema constitucional. No entanto, na análise individual, todos esses desafios minam um aspecto do projeto principal definido por uma constituição. A erosão constitucional não pode ser simplesmente comparada a uma única ruptura.[40] (Meyer, 2021, p. 8)

Nesse sentido, é difícil – e inadequado - definir causas específicas que objetivamente e diretamente geram as crises da democracia constitucional. Sua análise requer uma percepção mais ampla. Requer uma reflexão acerca dos déficits que marcam o constitucionalismo e as instituições democráticas – sobretudo, na experiência latino-americana (Gargarella, 2018, p. 199). Requer, também, uma atenção constante aos eventos críticos do constitucionalismo democrático, às tensões provocadas pelas instituições e pelos poderes, aos desacordos irreconciliáveis que têm aumentado com a polarização política, ao desrespeito contínuo aos direitos fundamentais e humanos.

Se, por um lado, a noção de democracia constitucional se constitui a partir de tensões e crises, por outro, há crises que a desestabilizam. Assim, Vera Karam de Chueiri compreende que as crises da democracia constitucional assumem uma dimensão produtiva – que "é constitutiva da democracia, incorporada pelo constitucionalismo (em certa medida resiliente) e inerradicável dos arranjos democráticos constitucionais" (Chueiri, 2024, p. 60) – ou uma dimensão destrutiva – "ideias e práticas que atentam, atacam e corroem o arranjo democrático-constitucional" (Chueiri, 2024, p. 60). São principalmente estas que interessam para o estudo proposto e é sobre elas que as reflexões acerca das cortes constitucionais serão desenvolvidas. As cortes, por sua natureza constitucionalmente prevista ou pela sua atuação, participam (e promovem) das crises das democracias constitucionais. Distensionar essas crises, portanto, é tarefa inadiável das cortes constitucionais.

---

modelo está em desuso, ficou obsoleto. A crise constitucional, em geral, e da democracia constitucional, em particular, é mais sutil: progressivamente, as estruturas constitucionais se desestabilizam, as disputas políticas se tornam mais absolutas, o diálogo se torna o ataque.

[40] No original: "Constitutional erosion means a prolonged situation in time where different challenges to the constitutional structure of a country repeatedly take place, without, by themselves, disrupting the whole constitutional system. Nonetheless, in individual analysis, all those challenges undermine one aspect of the leading project defined by a constitution. Constitutional erosion cannot be simply compared to one single rupture".

2. AS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS CRISES DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

As cortes constitucionais são fundamentais para as democracias constitucionais. São elas que densificam a noção de constitucionalismo, ao limitarem o (auto)governo e a política. São elas que contingenciam a democracia, ao se contraporem à regra da maioria intrínseca a ela. De forma muito otimista, as cortes constitucionais são o fiel da balança das democracias constitucionais – o contrapeso das disputas da comunidade política e as guardiãs da supremacia da Constituição.

Quando John Marshall afirmou que "a fraseologia particular da constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, supostamente essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula" e que, por isso, "os tribunais [...] estão vinculados a esse instrumento"[41] (Marbury v. Madison, 1803, posição 180), essa concepção otimista se firmou como um pressuposto do papel e do poder das cortes constitucionais. Por muito tempo, foi essa concepção que prevaleceu tanto para as cortes quanto para a sociedade, em geral, e para aquelas e aqueles que refletiam acerca do direito e da jurisdição constitucionais em particular.[42]

É nesse sentido que Conrado Hübner Mendes afirma que

> A cultura política das democracias contemporâneas produziu uma riqueza de imagens sobre juízes e tribunais. [...] A representação de juízes raramente é mundana. Não é de se admirar que isso seja assim. Ao contrário dos legisladores [...] carregamos os ombros judiciais com um ideal político mais misterioso, a saber, o "estado de direito, não dos homens". Quando se trata de tribunais constitucionais, o fardo fica mais pesado e as imagens e ideais que os acompanham, mais hiperbólicas. Como a instituição encarregada de assegurar a supremacia constitucional e, em última análise, verificar a constitucionalidade das escolhas políticas comuns, ela é vista como o bastião dos direitos e o lastro contra os perigos da opressão da maioria. [43] (Mendes, 2013, p. 1)

---

[41] No original: "the particular phraseology of the constitution of the United States con-firms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void" [...] "that courts [...] are bound by that instrument".

[42] No Brasil, há muitas compreensões (equivocadas) partidárias dessa concepção otimista – como o neoconstitucionalismo e a doutrina da efetividade. A exemplo delas, Luis Roberto Barroso (2018, pp. 2,171-2.228) defende um papel iluminista (que "empurra a história") das Supremas Cortes.

[43] No original: "The political culture of contemporary democracies has rendered a wealth of images about judges and courts. Such an accumulation of metaphors is unmatched by how we refer to other public officials. The representation of judges is rarely mundane. No wonder why this is so. Unlike legislators, which need to perform the all-too-human task of representing interests and negotiating mutual agreements in the name of collective self-government, we load the judicial shoulders with a more

Essas hipérboles e eufemismos, contudo, não resistem à luz do dia. Conforme Tom Ginsburg e Aziz Huq, embora desempenhem um papel importante e fundamental nas democracias constitucionais, “os juízes não fornecem nenhuma proteção contra falhas”, de modo que “o papel central desempenhado pelos tribunais pode aumentar perversamente as apostas em batalhas políticas sobre quem controla os tribunais”[44] (Ginsburg; Huq, 2018, p. 174). Diante disso, a atuação das cortes constitucionais nas democracias constitucionais é problemática e controversa. Problemática porque, ao arrogarem a última palavra acerca da Constituição, limitam o diálogo democrático, enfraquecem a democracia deliberativa, limitam os sentidos da Constituição, reforçam a sua natureza elitista e afastada da comunidade política (Gargarella, 2020, p. 29). Controversa porque, cada vez mais, expandem suas competências, negociam o sentido da Constituição e dos direitos fundamentais, individualizam-se e avançam (desmedidamente) o sinal da política.

2.1 CORTES CONSTITUCIONAIS: ORIGENS, PAPÉIS E TENSÕES

As reflexões acerca das cortes constitucionais ocupam espaço significativo para o direito constitucional, para a filosofia política e para a ciência política.[45] Há muitas perspectivas que se somam ao objetivo de compreender e definir seus papéis, assim como as que se dedicam a compreender suas tensões e seus déficits para repensar não só os papéis, mas também os modos pelos quais as cortes constitucionais desempenham as suas funções essenciais. Há outras que, diante dos déficits e dos vícios, lançam-se à contramão das cortes constitucionais.

---

mysterious political ideal, namely, the “rule of law, not of men.” When it comes to constitutional courts, the burden gets heavier and the accompanying images and ideals more hyperbolic. As the institution in charge of assuring constitutional supremacy and ultimately checking the constitutionality of ordinary political choices, it is seen as the bastion of rights and the ballast against the dangers of majority oppression”.

[44] No original: “judges provide no fail-safe” [...] “the central role played by the courts can perversely raise the stakes in political battles over who controls the courts”.

[45] Uma aproximação ao tema, ainda que ampla, pode ser encontrada em Montesquieu. É ampla tanto porque Montesquieu não se ocupou de refletir acerca das cortes constitucionais quanto porque a sua reflexão sequer pensava o poder judiciário como o concebemos atualmente. No tempo e no espaço, o contexto era outro. As suas contribuições não deixam de ser valiosas por isso, mas precisam ser postas em perspectiva. O Espírito das Leis, assim, é um marco no quadro das reflexões político-filosóficas: a separação e a independência entre os poderes - legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes (executivo) e executivo daquelas que dependem do direito civil (judiciário) (Montesquieu, 2000, pp. 167-168).

A origem das cortes constitucionais é atravessada por diferentes perspectivas, por contextos políticos e jurídicos distintos. A escolha do termo “cortes constitucionais” revela isso, pois pretende representar tanto as supremas cortes quanto os tribunais constitucionais – que, se iguais na tarefa de garantir a supremacia da Constituição, são diferentes em relação ao modo pelo qual executam essa tarefa. Essa escolha, porém, não tem o objetivo de aproximar coisas distintas ou ignorar aquilo que constitui, particularmente, cada uma delas. Por um lado, falar de cortes constitucionais de modo geral permite pensar para além dos regimes normativos estabelecidos aqui ou ali. Por outro, o modelo constitucionalmente atribuído ao Supremo Tribunal Federal – que será examinado por este trabalho e que guia suas preocupações em razão do contexto em que é produzido – é tanto de suprema corte quanto de tribunal constitucional.

Nesse sentido, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, assim como John Marshall, são responsáveis por uma das compreensões mais importantes acerca das cortes constitucionais. Isso porque os artigos “federalistas” (*The Federalist Papers*)[46] escritos por Hamilton, Madison e Jay – assim como a decisão do *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury v. Madison* (1803) – difundiram propostas essenciais ao momento fundacional do constitucionalismo estadunidense e, também, sustentaram princípios políticos presentes no constitucionalismo ocidental em geral.

Assim, as contribuições dos federalistas à compreensão das cortes constitucionais se situam sob dois aspectos: (i) o da separação dos poderes e dos freios e contrapesos; e (ii) o da função dos juízes na defesa da supremacia da Constituição. O primeiro é examinado nos artigos n. 47, 48 e 51, segundo os quais a separação dos poderes não prevê posições estanques para os poderes, mas a não captura de um poder sobre outro e a capacidade de um poder exercer um controle constitucional sobre os demais (Madison, 2008, pp. 233-260). O segundo, no Federalista n. 78, que dispõe tanto sobre a supremacia da Constituição quanto da

---

[46] Os Artigos Federalistas (*The Federalist Papers*) são uma coleção de 85 ensaios publicados inicialmente em jornais de Nova York entre 1787 e 1788, com o objetivo de promover a ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Escritos sob o pseudônimo "Publius" por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, os textos foram veiculados primeiramente no The Independent Journal, The New York Packet, The Daily Advertiser e The New York Journal and Daily Patriotic Register. Posteriormente, os ensaios foram compilados por John e Archibald McLean em uma edição em dois volumes, conhecida como a "edição McLean", que incluía ajustes no número e na ordem dos textos originais, gerando leve discordância no total de ensaios entre a edição jornalística e a compilada. Essa obra é uma das principais fontes de interpretação dos princípios constitucionais estadunidenses e reflete a colaboração entre os autores, embora persista o debate sobre a autoria específica de alguns ensaios (Hamilton; Madison; Jay, 2008, pp. xxxix-xli).

competência dos tribunais para a sua garantia. Portanto, as reflexões acerca das cortes constitucionais e suas funções se firmam, principalmente, no artigo n. 78, no qual Alexander Hamilton afirma que

> Não se pode supor de outra forma que a Constituição possa pretender permitir que os representantes do povo substituam sua vontade pela de seus constituintes. É muito mais racional supor que os tribunais foram projetados para ser um corpo intermediário entre o povo e o legislativo, a fim de, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é a província própria e peculiar dos tribunais. Uma constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes como uma lei fundamental. Portanto, cabe a eles verificar seu significado, bem como o significado de qualquer ato específico procedente do corpo legislativo. Se acontecer de haver uma variação irreconciliável entre os dois, aquilo que tem a obrigação e validade superiores deve, é claro, ser preferido; ou, em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes. Essa conclusão também não supõe de forma alguma uma superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Ela apenas supõe que o poder do povo é superior a ambos, e que onde a vontade do legislativo, declarada em seus estatutos, se opõe à do povo, declarada na Constituição, e os juízes devem ser governados por esta última em vez da primeira. Eles devem regular suas decisões pelas leis fundamentais em vez daquelas que não são fundamentais.[47] (Hamilton, 2008, pp. 381-382)

Essas conclusões foram fundamentais para a construção do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, que assentou o *judicial review* (controle judicial de constitucionalidade) no constitucionalismo estadunidense, “conferindo aos juízes e às cortes o poder de invalidar leis e atos normativos dos demais Poderes” (Chueiri; Godoy, 2017, p. 52), bem como atribuindo à Suprema Corte a garantia da supremacia da Constituição e, assim, a última palavra na interpretação e aplicação constitucional (*Marbury v. Madison*, 1803).

---

[47] No original: “It is not otherwise to be supposed that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, and the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental”.

Outra contribuição importante acerca das cortes constitucionais é atribuída à Hans Kelsen. Em outro contexto histórico, geográfico, político e jurídico, Kelsen desenvolve reflexões sobre as cortes constitucionais ao defender que “[e]nquanto tribunal constitucional [...], com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades” (Kelsen, 2003, p. 20).

Essa posição excepcional das cortes constitucionais, de acordo com Kelsen e sua crítica a Schmitt, é o que lhes permite atuar como guardiãs da Constituição (Kelsen, 2003, p. 240), pois “nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função [guarda da Constituição] quanto justamente aquela a quem a Constituição confia [...] o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la” (Kelsen, 2003, p. 240). Kelsen, assim, justifica o controle de constitucionalidade como função essencial das cortes constitucionais porque reconhece que os atores políticos que têm a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerar a Constituição não devem exercê-lo. Logo, se as cortes constitucionais não detêm a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerar a Constituição, são mais aptas para defendê-la.

O argumento de Kelsen é lógico, mas deve ser desafiado e desconstruído, sobretudo porque pressupõe equivocadamente que as cortes constitucionais não têm a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerar a Constituição. Ainda que se concorde que as cortes constitucionais detenham uma capacidade contramajoritária nas democracias constitucionais, o pressuposto de Kelsen é equivocado porque a atuação delas têm se revelado problemática e controversa: monopolizam a última palavra acerca da Constituição, fragilizam o diálogo democrático, excluem a comunidade política, retratam a natureza elitista das instituições, negociam direitos, avançam em direção à política ordinária.

Tendo em vista essas compreensões que se situam na origem das cortes constitucionais, as reflexões contemporâneas enfrentam o tema sob outra perspectiva. O problema da legitimidade e do déficit democrático das cortes constitucionais se tornou uma preocupação particularmente crescente. No contexto latino-americano, Roberto Gargarella demonstra essa preocupação ao afirmar que há problemas radicais do sistema de controle judicial atrelados a sua independência e seu desenho elitista, ao seu caráter contramajoritário, à dificuldade interpretativa e às motivações que o caracterizam (Gargarella, 2020, pp. 26-27) – os quais radicalizam

as questões acerca da legitimidade democrática dos tribunais na interpretação da Constituição (Gargarella, 2020, pp. 29-30).

Miguel Gualano de Godoy também manifesta essas preocupações ao analisar as cortes constitucionais. Isso porque o autor critica a supremacia judicial, sobretudo, em razão dos déficits democráticos e dos problemas de legitimidade que se acumulam nas cortes constitucionais (Godoy, 2017, p. 98) – propondo, alternativamente, o constitucionalismo popular (Godoy, 2017, p. 98). As críticas do autor, porém, vêm acompanhadas de uma importante ressalva: "[a] interpretação feita pelo Poder Judiciário é importante e tem peso, sobretudo porque é feita por especialistas, mas deve ser encarada como mais uma, e não como a única correta" (Godoy, 2017, p. 98). Assim, o objetivo central do reconhecimento dos problemas relacionados às cortes constitucionais é a melhoria do exercício da jurisdição constitucional, a contenção dos déficits e dos vícios das cortes e a proteção dos direitos.

Nesse sentido, de acordo com Godoy, a supremacia judicial – atrelada à captura indevida da última palavra acerca da Constituição – prejudica o diálogo democrático e atropela os processos de deliberação pública, uma vez que os dissensos e desacordos públicos são ignorados pelas decisões das cortes constitucionais (Godoy, 2017, p. 99). As decisões constitucionais tomadas apesar do dissenso e independentemente da deliberação democrática (e da própria maturação pública) fazem com que o controle de constitucionalidade "sirv[a] aos interesses dos políticos que buscam evitar posicionar-se sobre controvérsias constitucionais que lhes poderiam gerar ônus eleitorais" (Godoy, 2017, p. 100).

Diante desses déficits democráticos e vicissitudes das cortes constitucionais, há duas reflexões que as enfrentam duramente e sob uma perspectiva mais pessimista em relação à atuação delas: Mark Tushnet e Jeremy Waldron. Apesar de suas diferenças, os autores defendem que os déficits democráticos das cortes constitucionais comprometem os direitos (Waldron, 2018, p. 124), assim como "ameaçam a autogovernança democrática" (Tushnet, 2008, p. 24).

Desse modo, Mark Tushnet propõe uma ruptura com a ideia tradicional do monopólio dos tribunais – e das cortes constitucionais, em particular – acerca da interpretação constitucional (Tushnet, 1999, p. 7). Tushnet desafia a premissa de que os juízes detêm a última palavra acerca da Constituição ao afirmar que, com isso, a comunidade política abdica substancialmente do autogoverno e da autonomia democrática (Tushnet, 1999, pp. 30-32) e, igualmente, de decisões que deveriam ser

intrinsecamente democráticas. Assim, para Tushnet, além de enfraquecer a democracia, a atuação dos tribunais não tem cumprido suas promessas, pois

> Olhando para a revisão judicial ao longo da história dos EUA, vemos os tribunais regularmente mais ou menos alinhados com o que a coalizão política nacional dominante quer. Às vezes, os tribunais se desviam um pouco, ocasionalmente levando a melhores resultados políticos e ocasionalmente levando a piores. Adaptando uma metáfora da engenharia elétrica, podemos dizer que a revisão judicial basicamente equivale a ruído em torno de zero: ela oferece mudanças essencialmente aleatórias, às vezes boas e às vezes ruins, ao que o sistema político produz. No geral, a revisão judicial pode ter algum efeito em compensar a desatenção dos legisladores aos valores constitucionais. O efeito não é obviamente bom, o que nos dá sorte de que provavelmente seja pequeno de qualquer maneira.[48] (Tushnet, 1999, p. 153)

Em sentido próximo, Jeremy Waldron é responsável por uma das críticas mais duras ao que denomina "governo de juízes". Para o autor, "o controle judicial baseado nos direitos é inapropriado para as sociedades racionalmente democráticas cujo maior problema não é a disfuncionalidade de suas instituições legislativas, mas sim a discrepância de seus membros sobre os direitos"[49] (Waldron, 2018, p. 123) – discrepância que não é resolvida pela atuação das cortes constitucionais, pois tais desacordos devem ser submetidos a processos amplamente democráticos e igualitários (Waldron, 2018, p. 124).

Desse modo, a crítica de Waldron à supremacia judicial se estrutura a partir de três argumentos centrais: (i) o deslocamento do autogoverno para um governo de juízes (Waldron, 2018, pp. 132-133); (ii) a não limitação ou controle dos juízes e tribunais, uma vez que assumem o papel de controladores dos outros ramos do poder – reproduzindo o problema da soberania desenvolvido por Thomas Hobbes[50]

---

[48] No original: "Looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national political coalition wants. Sometimes the courts deviate a bit, occasionally leading to better political outcomes and occasionally leading to worse ones. Adapting a metaphor from electrical engineering, we can say that judicial review basically amounts to noise around zero: It offers essentially random changes, sometimes good and sometimes bad, to what the political system produces. On balance, judicial review may have some effect in offsetting legislators' inattention to constitutional values. The effect is not obviously good, which makes us lucky that it is probably small anyway".

[49] No original: "el control judicial basado em los derechos es inapropriado para las sociedades razonablemente democráticas cuyo mayor problema no es la disfuncionalidade de sus instituciones legislativas, sino la discrepancia de sus mimbros sobre los derechos".

[50] Na obra "Do Cidadão", Thomas Hobbes afirma que "É portanto manifesto que em toda cidade há algum homem, ou conselho, ou corte, que terá direito a um poder tão grande sobre cada cidadão individual quanto cada homem tem sobre si mesmo se formos considerá-lo fora do estado civil: isto é, um poder supremo e absoluto, limitado tão-somente pelo vigor e forças da própria cidade, e por

(Waldron, 2018, pp. 133-136); e (iii) a usurpação do poder constituinte pelos juízes e tribunais, ao se atribuir a eles a capacidade de definir e redefinir a Constituição (Waldron, 2018, pp. 136-140). Portanto, diante das reflexões propostas por Waldron, o arranjo das cortes constitucionais não apenas compromete o princípio democrático fundamental do autogoverno, mas também perpetua uma lógica de soberania judicial que, paradoxalmente, distancia-se do próprio ideal de justiça que pretende promover.

Essas reflexões acerca das cortes constitucionais – desde sua origem até suas incongruências e dificuldades – se relacionam com os "perfis constitucionais" (*constitutional personae*) dos juízes identificados por Cass Sunstein: os heróis – ousados, ambiciosos e confortáveis em derrubar a legislação[51]; os soldados – humildes e mais deferentes aos poderes políticos; os minimalistas – que valorizam pequenos passos e apostam nas mudanças fundamentais; e os mudos – que apostam no silêncio e preferem não decidir questões mais duras (Sunstein, 2015, p. 2). Dentre eles, o perfil minimalista é particularmente interessante porque não assume a ambição heroica generalizada, nem se submete à política ou se cala diante de uma decisão difícil, mas favorece decisões mais estreitas e mais contidas (Sunstein, 2015, pp. 16-18).

Ao refletir acerca desses perfis, Cass Sunstein defende o minimalismo judicial como uma abordagem prudente e adequada, pois propõe que as decisões constitucionais sejam mais estreitas – especialmente, tendo em vista que decisões

---

nada mais no mundo. Isso porque, se fosse limitado o seu poder, tal limitação necessariamente haveria de proceder de algum poder maior. Pois quem prescreve limites deve ter um poder superior àquele de quem por eles está confinado. Já o poder que confina ou é um poder ilimitado, ou sofre também as restrições de outro poder maior que ele próprio; e assim terminaremos chegando a um poder que não tenha outro limite, e seja o *terminus ultimus* das forças de todos os cidadãos em conjunto. E este é chamado de comando supremo: se for cometido a uma assembleia, esta é chamada de assembleia suprema, se a um homem, diz-se ser ele o supremo senhor da cidade" (Hobbes, 2002, p. 114).

[51] Miguel Gualano de Godoy afirma que "A Corte Warren e o caso Brown v. Board of Education são os típicos exemplos invocados para se mostrar a atuação de um juiz herói e de uma Suprema Corte comprometida com uma interpretação ambiciosa da constituição e destinada à transformação social. Willian Brennan e Thurgood Marshall também foram em suas respectivas judicaturas (parte delas em conjunto com Earl Warren) juízes heróis. Por outro lado, o caso Dread Scot v. Stanford é o exemplo oposto de como uma teoria abrangente e profundamente arraigada também pode ser heroicamente defendida, ainda que isso implique, como mostra o caso, a manutenção da segregação racial e a consequente perpetuação de injustiças baseadas no puro preconceito racial. A era Lochner, marcada por uma atuação conservadora da Suprema Corte norte-americana no começo do século XX, também teve inúmeros momentos em que seus membros adotaram posturas heroicas para defender tal conservadorismo, ainda que na maior parte das vezes os próprios juízes se apresentassem como profundos respeitadores das decisões políticas e, portanto, como juízes soldados ou minimalistas" (Godoy, 2017, p. 120).

amplas são mais suscetíveis a provocar erros sérios e irreversíveis[52] (Sustein, 2015, p. 75). O autor, assim, apresenta duas vertentes principais: o minimalismo *burkeano*, que valoriza a estabilidade e o respeito às tradições e práticas fundamentadas; e o minimalismo racionalista, que também prefere decisões incrementais, mas submete essas tradições ao escrutínio crítico (Sunstein, 2015, pp. 69-71). Sunstein enfatiza que decisões estreitas e superficiais consideram o potencial de erro e os custos das decisões, de modo que as "[d]ecisões superficiais tentam produzir fundamentos e resultados nos quais diversas pessoas possam concordar, apesar de sua discordância em questões mais fundamentais"[53] (Sunstein, 2015, p. 76).

O argumento de Sunstein é fundamental para as reflexões deste trabalho. Isso porque, se as democracias constitucionais enfrentam "custos mais altos e potencialmente catastróficos para erros de política" (Graber; Levinson; Tushnet, 2018, p. 4) e se as decisões amplas arriscam erros sérios e irreversíveis, as decisões amplas favorecem as crises das democracias constitucionais. Decisões amplas são potencialmente catastróficas para as democracias constitucionais, ao passo que as cortes constitucionais minimalistas e as decisões estreitas são caminhos para o distensionamento das crises das democracias constitucionais.

2.2 AS CORTES CONSTITUCIONAIS E AS CRISES DAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

As cortes constitucionais participam ativamente das democracias constitucionais e de suas crises. Estão no epicentro tanto das tensões que constituem as democracias constitucionais quanto das que as fragilizam. Guardam a Constituição

---

[52] A esse respeito, de acordo com Mark Graber, Sanford Levinson e Mark Tushnet (2018, p. 4): "As democracias constitucionais devem executar mais tarefas do que nunca, com custos mais altos e potencialmente catastróficos para erros de política. [...] Os custos de muitos erros de política estão aumentando exponencialmente. Políticas equivocadas sobre mudanças climáticas, proliferação nuclear, guerra contra o terror e saúde pública ameaçam uma catástrofe global, se não a extinção humana. As democracias constitucionais sofrem com a lacuna entre as habilidades necessárias para ser eleito e as habilidades necessárias para governar" – no original: "Constitutional democracies must perform more tasks than ever before, with higher, potentially catastrophic costs for policy errors. [...] The costs of many policy mistakes are increasing exponentially. Mistaken policies on climate change, nuclear proliferation, the war on terror, and public health threaten global catastrophe if not human extinction. Constitutional democracies suffer from the gap between the skills necessary to be elected and the skills necessary to govern".

[53] No original: "Shallow rulings attempt to produce rationales and outcomes on which diverse people can agree, notwithstanding their disagreement on the most fundamental issues".

e a democracia, controlam os poderes e a política, promovem e implementam direitos, firmam decisões constitucionais fundamentais, desarticulam estratégias governamentais, ingerem na política e na economia, negociam e desestabilizam direitos, dizem o que a Constituição é e o que ela não é.[54]

As cortes constitucionais participam das democracias constitucionais e suas crises porque estão enodadas na política e, especialmente por isso, precisam tomar cuidado com o peso político que têm (Mendes, 2013, p. 209). Conforme aponta Conrado Hübner Mendes, as "[d]ecisões constitucionais promovem impacto controverso, podem enfrentar resistência e não podem deixar de depender da lealdade de parceiros políticos para serem aplicadas"[55] (Mendes, 2013, p. 209). A natureza política das cortes constitucionais e de suas decisões, assim, é o que as torna parte importante das democracias constitucionais e de suas tensões. De acordo com Mendes,

> A política se esconde na porta dos fundos da adjudicação constitucional. Não é desculpa para a ausência de engajamento colegial, mas um lembrete de que algumas considerações competem com a prática da deliberação exotérica pura. Ela exige um julgamento das circunstâncias. [...] Um tribunal deliberativo tem que estar ciente de suas limitações em prol de sua eficácia. "Passos de gigante", como Ginsburg reconheceu, arriscariam "uma reação muito forte para conter".[56] (Mendes, 2013, p. 209)

Essa "reação muito forte para conter" decorrente dos "passos de gigante"[57] das cortes constitucionais, explorados por Ruth Bader Ginsburg (1992, p. 1208), é

---

[54] Segundo Emilio Peluso Neder Meyer (2021, p. 123): "essa situação de politização da adjudicação judicial não é exclusiva do Brasil na região. A Suprema Corte argentina cedeu a uma nova composição que desafiaria anos de consolidação de jurisprudência em direção à superioridade das interpretações de direitos humanos em favor de um sistema regional conduzido pela Corte IDH. O Supremo Tribunal da Venezuela tentou um verdadeiro golpe de estado ao tomar as funções legislativas do Congresso, embora tenha recuado diante da pressão doméstica e internacional" – no original: "this situation of politicisation of judicial adjudication is not unique to Brazil in the region. The Argentinean Supreme Court ceded to a new composition that would defy years of consolidating jurisprudence towards the superiority of human rights interpretations in favour of a regional system conducted by the IACtHR. The Venezuela Supreme Tribunal attempted a real coup d'état by seizing congressional legislative functions, though it backed down in the face of domestic and international pressure".

[55] No original: " Constitutional decisions promote controversial impact, may face resistance, and cannot but rely on the allegiance of political partners to be enforced"".

[56] No original: "Politics hides at the backdoor of constitutional adjudication. It is no excuse for the absence of collegial engagement, but a reminder that some considerations compete with the practice of pure exoteric deliberation. It demands a judgment of circumstances. […] A deliberative court has to be aware of its limitations for the sake of its eff ectiveness. "Giant strides," as Ginsburg recognized, would risk 'a backlash too forceful to contain'".

[57] Ruth Bader Ginsburg afirma que "passos de gigante [...] arriscam uma reação muito forte para conter" (no original: "giant strides [...] risking a backlash too forceful to contain") (Ginsburg, 1992, p. 1208).

particularmente interessante. Isso porque o reconhecimento da natureza política das cortes constitucionais não significa, necessariamente, que contribuam para as crises das democracias constitucionais. São os custos políticos elevados das decisões constitucionais que estão relacionados às crises – em especial, diante dos déficits democráticos e institucionais das cortes constitucionais e da frequente indisposição para lidarem com as tensões das democracias constitucionais.

A relação entre as cortes constitucionais e as crises da democracia constitucional, assim, depende de como os juízes e tribunais exercem a sua jurisdição, depende da amplitude política de suas decisões, depende do quanto incorporam ou do quanto negligenciam a deliberação democrática. Depende, enfim, do quanto as cortes constitucionais impõem a última palavra acerca da Constituição e do quanto tensionam a democracia constitucional.

Nesse sentido, o conceito de "catimba constitucional", desenvolvido por Rubens Glezer, é fundamental para a compreensão das cortes constitucionais nas crises das democracias constitucionais. Isso porque, segundo o autor, a "'catimba constitucional' [...] é a ação de agentes públicos que viola os valores e as virtudes do jogo político, ainda que seja legal (juridicamente lícita)" (Glezer, 2021, p. 33).

O conceito de "catimba constitucional" se relaciona com o conceito de "jogo duro constitucional" (*constitutional hardball*) desenvolvido por Mark Tushnet: "alegações e práticas políticas, iniciativas legislativas e administrativas, que estão claramente dentro dos limites estabelecidos pela doutrina e pela prática jurídica, mas que parecem fugir de compreensões pré-constitucionais"[58] (Tushnet, 2004, p. 523).[59]Contudo, a "catimba constitucional" se diferencia do "jogo duro constitucional", vai além: aplica as suas compreensões à análise das cortes constitucionais.

---

[58] No original: "it consists of political claims and practices–legislative and executive initiatives-that are without much question within the bounds of existing constitutional doctrine and pratice but that are nonetheless in some tension with existing pre-constitutional understandings".

[59] Mark Tushnet, ao analisar o jogo político entre as esferas de poder, desenvolve o conceito de "*constitutional hardball*" (jogo duro constitucional): práticas políticas em que os atores políticos adotam estratégias que, embora estejam dentro dos limites da doutrina constitucional existente, desafiam entendimentos preexistentes e normas convencionais não escritas. Tushnet sugere que tais práticas surgem em momentos de transformação constitucional, quando um grupo político busca instituir uma nova ordem constitucional. Essas ações, que podem incluir mudanças abruptas nas regras do jogo político ou no uso de mecanismos institucionais, são motivadas por uma visão de que o controle institucional tem altos riscos para ambas as partes envolvidas, pois uma derrota pode significar uma perda significativa e prolongada de poder político. Ele oferece exemplos para ilustrar essas práticas, como a utilização da obstrução pelo Senado e a redistribuição de distritos eleitorais, e sugere que um "jogo duro constitucional" pode culminar em mudanças profundas na organização

Ao refletir acerca das cortes constitucionais, Glezer afirma que elas “podem se engajar facilmente nesse tipo de atitude lícita com déficit de legitimidade” (Glezer, 2021, p. 82), de modo prejudicial à democracia constitucional e à sua sobrevivência[60] (Glezer, 2021, p. 83). Assim, o autor afirma que

> No que diz respeito à legitimidade institucional, as jogadas de catimba são quase explicitamente políticas com um verniz jurídico e, por esse motivo, geram desconfiança em relação à legitimidade do Tribunal se ocorrem reiteradamente. O aumento na percepção de que o cumprimento de regras ou da atividade interpretativa está em boa parte subordinada a interesses e cálculos políticos de ocasião minam por definição a legitimidade institucional. A Corte passa a ser vista como mais um Poder Político, cujo apoio passa a ser condicionado à concordância com o resultado de seus julgamentos e decisões, ao invés de ser uma decisão que merece respeito por refletir exigências das normas jurídicas. No que diz respeito à sua independência institucional, a catimba constitucional reiterada de uma parte estimula que a outra parte do conflito também adote essa estratégia, aumentando o conflito em grau e seriedade. (Glezer, 2021, pp. 85-86)

A “catimba constitucional” é essencialmente ruim para a democracia constitucional, pois os atores políticos que a praticam abdicam dos valores fundamentais tanto da democracia quanto do constitucionalismo (Glezer, 2021, p. 99). Contudo, o problema que decorre da catimba é significativamente mais grave quando ela se torna recorrente: o “jogo” vira “crise” (Glezer, 2021, p. 95). A democracia constitucional, portanto, entra em crise quando

> o sistema de freios e contrapesos é profundamente desbalanceado, direitos fundamentais passam a ser legalmente desrespeitados, as demandas de boa parte da população não geram incentivos para o sistema político e o sistema de justiça é profundamente enviesado. (Glezer, 2021, p. 103)

---

institucional e nos princípios políticos que orientam o governo. Na última análise, Tushnet argumenta que o surgimento do "jogo duro constitucional" sinaliza um processo de enraização partidária, no qual grupos tentam solidificar seu controle por meio de mudanças estruturais que impactam a governança a longo prazo, seja na composição dos tribunais, na legislação ou em outras áreas essenciais para a consolidação de sua visão política (Tushnet, 2004, pp. 523-553).

[60] De certo modo, é isso que ocorre atualmente no Brasil. O “pacote anti-STF” – como ficou conhecida a votação conjunta das PECs n. 08/2021, 50/2023 e 28/2024 e dos PLs n. 4.754/2016 e 658/2022 – representa uma investida do legislativo contra o STF após uma série de decisões que diminuiu o capital político do Congresso Nacional e do Poder Executivo (Jair Bolsonaro). As ações do STF em relação à pandemia de Covid-19, ao orçamento secreto (emendas de relator ao orçamento geral da União), à derrubada de leis e às eleições de 2022 provocaram uma reação agressiva do legislativo brasileiro – em especial, dos deputados federais e senadores do bloco de “direita” (PP, UNIÃO, PL, PODE, Republicanos, PSD, PRTB, e NOVO) – que coloca em risco a sobrevivência do STF.

A estratégia agressiva – ou catimbeira –, apesar dos resultados positivos que obtém a curto prazo, desgasta profundamente as democracias constitucionais, pois desfaz o diálogo, gera desconfiança democrática e torna a política o campo do “tudo ou nada” (Glezer, 2021, pp. 110-111).

Essas estratégias políticas agressivas não significam, contudo, apenas aquelas em que as cortes manipulam o jogo político, impõe interesses controversos ou limitam direitos em nome da sua autoridade. As cortes constitucionais tensionam a política – criando ou intensificando as crises das democracias constitucionais – também quando aplicam interpretações moralmente justas acerca da Constituição, quando proferem decisões necessárias e quando ampliam direitos fundamentais. Isso porque não é o conteúdo da decisão constitucional que dimensiona a agressividade da estratégia; é a sua forma, é o “como” as cortes constitucionais atuam.[61]

É nesse sentido que Alexander Bickel afirma que a postura “ativista” das cortes, apesar dos resultados superficialmente positivos que possa atingir, é perigosa (Bickel, 1986, p. 92). De acordo com Bickel,

> Para começar, a ilusão é uma espada de dois gumes, que pode ser virada muito bruscamente contra a Corte. Assim, ultimamente, foi virada pelo ex-juiz Byrnes e pelos autores do Manifesto do Congresso do Sul de 1956, bem como em todas as Casas Estaduais do Sul Profundo. O que é ainda mais sinistro, a ilusão pode engolir seu criador e gerar, como ocasionalmente fez, um governo "ativista" de livre alcance pelo judiciário. Tal governo é incompatível em princípio com instituições democráticas e, na prática, não será tolerado. Por esse caminho, encontram-se crises como a luta de lotação do Tribunal de 1937, na qual o Tribunal, se persistir, deve acabar sendo o perdedor. A verdade é que a ilusão de impotência e automatismo judicial pode, quando fomentada, ser adquirida primeiro pelo povo e, por último, com a sensação de onipotência que a acompanha, pelos próprios juízes. Mas também é perdida primeiro pelo povo e, por último, pelos juízes. Um dia, os juízes podem abandoná-la tarde demais.[62] (Bickel, 1986, pp. 92-93)

---

[61] Por isso, o imaginário das cortes constitucionais contribui muito pouco para uma reflexão crítica acerca de como as cortes participam e provocam as crises das democracias constitucionais. Na maioria das vezes, esse imaginário atrapalha, pois polariza a reflexão entre “bons” e “maus”.

[62] No original: “To begin with, the illusion is a twoedged sword, which can be turned very sharply against the Court. So, lately, has it been turned by former Justice Byrnes and by the authors of the Southern Congressional Manifesto of 1956, as well as in every State House of the Deep South. What is even more ominous, the illusion may engulf its maker and breed, as it has occasionally done, free-ranging "activist" government by the judiciary. Such government is incompatible on principle with democratic institutions, and in practice it will not be tolerated. This way lie crises such as the Court-packing fight of 1937, in which the Court, if it persists, must ultimately be the loser. The truth is that the illusion of judicial impotence and automatism may, when fostered, be first acquired by the people and last, with the accompanying feel of omnipotence, by the judges themselves. But it is also first lost by the people and last by the judges. One day the judges may abandon it too late”.

As cortes constitucionais, assim, não participam ou intensificam as crises das democracias constitucionais somente quando o conteúdo das suas decisões é controverso ou problemático – embora indesejáveis, elas fazem parte do jogo. As decisões moralmente boas ou justas podem ser tão prejudiciais quanto as moralmente controversas. É importante, portanto, refletir acerca de como as cortes constitucionais têm exercido seus papéis nas democracias constitucionais, sobretudo porque a sua função é desviante para a democracia (Bickel, 1986, p. 128).

O problema é quando o tabuleiro da política é danificado, quando os dados estão viciados e as mesmas pessoas sempre ganham – e as mesmas sempre perdem. É quando somente as cortes constitucionais dispõem da última palavra sobre o significado da Constituição, pois essa captura indevida da última palavra é um passo firme em direção às crises das democracias constitucionais: sufocam o espaço da democracia, tornam rarefeitos o diálogo e a identidade constitucionais. Por isso, segundo Miguel Gualano de Godoy, "ao se arrogar a competência final de estabelecer o conteúdo da Constituição, percebe-se uma clara extrapolação de sua função", de modo que "os juízes em geral e o tribunal constitucional em particular acabam por substituir esse poder constituinte, usurpando-o do povo" (Godoy, 2017, p. 58).

Nesse sentido, ao examinar a ascensão das cortes nas democracias constitucionais, sobretudo diante dos fenômenos de judicialização da megapolítica, Ran Hirschl pontua que "a transferência de questões fundamentais de identidade coletiva da esfera política para os tribunais favorece aqueles que têm conhecimento profissional específico e melhor acesso e influência sobre o sistema legal"[63] (Hirschl, 2004, p. 187), em detrimento do povo e da democracia. Diante disso, Hirschl afirma:

> Portanto, uma dependência excessiva dos tribunais para determinar questões controversas, como a razão de ser de uma entidade política, pode minar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve uma deliberação relativamente aberta, às vezes controversa, mas sem dúvida informada e responsável por representantes eleitos.[64] (Hirschl, 2004, p. 187)

---

[63] No original: "the transfer of fundamental questions of collective identity from the political sphere to the courts favors those who have specific professional knowledge and better access to and influence upon the legal system".

[64] No original: "Therefore, an excessive reliance on courts to determine contentious issues such as a polity's raison d'être may undermine the very essence of democratic politics as an enterprise involving a relatively open, at times controversial, but arguably informed and accountable deliberation by elected representatives".

As crises das democracias constitucionais produzidas ou intensificadas pelas cortes constitucionais, contudo, não podem ser atribuídas a um problema institucional, a uma decisão controversa ou a uma tensão com os outros poderes. Há casos que chamam atenção por retratarem enfaticamente a relação entre as cortes constitucionais e as crises das democracias constitucionais, mas não são eles os responsáveis exclusivos pelo contexto criado e agravado pela atuação das cortes. As crises se desenvolvem principalmente nos pequenos casos e nas sombras das cortes constitucionais, na deliberação apressada e muda de um plenário virtual, na inaplicação e na revogação de precedentes importantes para a garantia de direitos, na negociação de direitos fundamentais envernizada de diálogo constitucional, na ampliação lenta e progressiva do poder político dos tribunais.

2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS CRISES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O campo da democracia constitucional é árido. De modo geral, as democracias constitucionais atravessam dificuldades em todo o mundo (Graber; Levinson; Tushnet, 2018, p. 1). No Brasil, não é diferente. A democracia constitucional brasileira atravessou momentos de profunda instabilidade nos últimos anos. As manifestações de junho de 2013, a operação Lava-Jato, o impeachment de Dilma Rousseff, as greves e paralisações de setores importantes da economia brasileira em 2018, o governo de Jair Bolsonaro, a pandemia de Covid-19 e os atentados de 8 de janeiro de 2023 são exemplos simbólicos de que a democracia constitucional brasileira não está bem – e, em certa medida, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído para isso.

De acordo com Emilio Peluso Neder Meyer,

> O constitucionalismo brasileiro, conforme previsto pela Constituição de 1988, está sendo modificado dia a dia, sua sobrevivência é testada continuamente e há disputas sobre os arranjos apropriados para a democracia constitucional. Os atores políticos nessa disputa têm tentado moldar o desempenho judicial. Ao mesmo tempo, membros do poder judiciário têm avançado em espaços políticos reservados, até muito recentemente, apenas aos membros do poder executivo e legislativo.[65] (Meyer, 2021, p. 103)

---

[65] No original: “ Brazilian constitutionalism, as envisaged by the 1988 Constitution, is being modified day by day, its survival is tested continu-ously and there are disputes regarding the appropriate arrangements for constitutional democracy. The political actors in this dispute have been trying to

Nesse sentido, Meyer analisa a crise da democracia constitucional brasileira a partir da atuação do STF em quatro contextos: (i) o julgamento de deputados e senadores, que flexibilizou substancialmente a separação dos poderes no Brasil (Meyer, 2021, p. 105); (ii) a supervisão judicial do impeachment de Dilma Rousseff (Meyer, 2021, p. 110); (iii) a decisão sobre prisão em segunda instância, desafiando a presunção de inocência (Meyer, 2021, p. 113); e (iv) a prisão do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Meyer, 2021, p. 116).

Em relação ao primeiro, Meyer pontua que o STF desempenhou papel central nas investigações da operação Lava-Jato em relação a deputados e senadores, especialmente quanto às imunidades parlamentares e ao andamento das investigações (Meyer, 2021, p. 105). Em um conjunto muito confuso de decisões em relação a deputados e senadores – sobretudo, Delcidio do Amaral (AC n. 4039) e Eduardo Cunha (AC n. 4070) –, o STF "deu mais atenção à forma como a mídia e uma fração da opinião popular viam os fatos do que ao que as normas constitucionais estabeleciam"[66] (Meyer, 2021, p. 109). Meyer (2021, p. 110) destaca que, nesse contexto, o STF se autoatribuiu poderes para além da Constituição que seguem sendo utilizados.

O segundo contexto abordado diz respeito à supervisão judicial do impeachment de Dilma Rousseff. De acordo com Meyer, durante o processo de impeachment da ex-presidenta Dilma, o STF foi chamado a intervir em diversas questões não só procedimentais, mas também de mérito do julgamento realizado pelo Congresso (Meyer, 2021, p. 110). Contudo, apesar dos problemas procedimentais e de legitimidade que atravessaram o julgamento do impeachment de Dilma, o STF escolheu uma postura deferente, argumentando que, após o processo, não havia riscos à Constituição e às instituições (Meyer, 2021, p. 111).[67] Além de "subserviente"

---

shape judicial performance. At the same time, members of the judicial branch have been advancing into political spaces reserved, until very recently, for the members of the executive and the legislative branches alone".

[66] No original: "The Court gave more attention to how the media and a fraction of popular opinion saw the facts than to what constitutional norms established".

[67] As afirmações feitas por Emilio Peluso Neder Meyer (2021, pp. 110-112) levam em consideração uma série de decisões – e suas posições predominantes – proferidas pelo STF. Contudo, merece destaque o voto dissidente do Ministro Fachin na ADPF n. 378/DF, que definiu limites constitucionais para o processo de impeachment, garantindo o contraditório e ampla defesa, assim como defendeu a interpretação da Lei 1.079/50 em conformidade com a Constituição de 1988 e limitou os regimentos internos das Casas Legislativas às questões de auto-organização, preservando o equilíbrio entre legalidade e a política, além de fortalecer o papel do STF na garantia do devido processo legal. A posição do Ministro Fachin, assim, corrigiria grande parte dos problemas decorrentes da atuação do STF no processo de impeachment de Dilma Rousseff.

ao controverso processo de julgamento do impeachment de Dilma, o STF teceu diversas observações políticas que objetivavam legitimá-lo (Meyer, 2021, p. 112).[68]

Os outros dois contextos discutidos por Meyer se referem à presunção de inocência ("prisão em segunda instância") e a prisão do então ex-presidente Lula. Esses contextos estão diretamente relacionados, de modo que sua reflexão conjunta permite que se analise com melhor dimensão o impacto político das decisões proferidas pelo STF. Isso porque, em 2016, o STF alterou sua posição em relação à presunção de inocência ao permitir a execução de penas após a condenação em segunda instância, justificando que essa medida visava dar maior celeridade e efetividade à justiça penal, especialmente em casos de corrupção (Meyer, 2021, p. 113).

Contudo, essa mudança causou controvérsia ao longo dos anos, culminando na prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2018, com base nessa interpretação – o que o impediu de concorrer nas eleições presidenciais de 2018 (Meyer, 2021, pp. 116-117), as quais liderava. Pouco tempo depois, em 2019, o STF reverteu sua decisão e restabeleceu a necessidade do trânsito em julgado antes da execução da pena, afirmando a presunção de inocência como um direito constitucional que só pode ser relativizado em situações excepcionais (Meyer, 2021, p. 115). Embora o STF tenha revisto seu posicionamento, o dano político já havia sido causado; a política brasileira já havia sido impactada. Diante disso, Meyer observa que essa instabilidade gerou consequências negativas sérias para a imagem do judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal em particular[69] (Meyer, 2021, p. 115).

---

[68] Segundo Emilio Peluso Neder Meyer (2021, pp. 111-112), "observações políticas: que o processo de impeachment ocorreu em nove meses e resultou em uma condenação que superou a maioria constitucional de dois terços do Senado; que uma intervenção judicial potencialmente mutável causaria enormes consequências institucionais; que somente uma demonstração cabal da necessidade de evitar danos graves às instituições poderia levar a uma decisão judicial naquele momento; que o presidente é eleito com o vice, como prevê a Constituição de 1988, e que havia a necessidade de não comprometer constitucionalmente sua legitimidade para governar (mesmo que estivesse usando programa político oposto); por fim, faltava a demonstração dos riscos às instituições republicanas, ao direito constitucional ou à ordem constitucional que pudessem permitir qualquer intervenção" – no original: "political observations: that the impeachment process occurred in nine months and resulted in a condemnation that overcame the constitutional majority of two-thirds of the Senate; that a potentially mutable judicial intervention would cause enormous institutional consequences; that only a thorough demonstration of the necessity to avoid grave damages to institutions could lead to a judicial ruling in that moment; that the president is elected with the vice-president, as the 1988 Constitution provides for, and that there was a need to avoid constitutionally compromising his legitimacy to govern (even if he was using the opposite political programme); finally, there was a lack of demonstration of the risks to republican institutions, constitutional law or the constitutional order that could allow any intervention".

[69] No original: "especially on a matter with clear political connotations, would have serious consequences for the image of the Federal Supreme Court and the image of the judicial branch as a whole".

Assim, Emilio Peluso Neder Meyer reconhece que há uma linha tênue entre direito e política nas cortes constitucionais – provocada também pelos atores externos ao judiciário, que indevidamente recorrem à judicialização da política (Meyer, 2021, p. 125) – e que, por isso, "deve-se levar a sério a relação entre o poder judiciário (principalmente as cortes constitucionais e supremas) e o processo democrático para evitar que o sistema jurídico seja abertamente domado pela política pura"[70] (Meyer, 2021, p. 119). Por fim, o autor argumenta que a democracia constitucional brasileira está sob ameaça e que o STF contribui para isso[71] (Meyer, 2021, p. 127).

As tensões travadas entre o STF e o governo Bolsonaro são outros exemplos de como a corte protagonizou crises importantes da democracia constitucional brasileira. O STF, assim, esteve no centro das disputa políticas dos últimos anos, sobretudo em razão das ações sobre a pandemia de Covid-19 e dos inquéritos das *fake news* e dos atos antidemocráticos de janeiro de 2023.

Em relação à pandemia de Covid-19, embora o contrapeso exercido pelo STF tenha sido fundamental para a garantia dos direitos fundamentais e para a proteção sanitária da população brasileira,[72] as tensões resultantes de suas decisões foram significativas. O perfil decisório e a postura do STF moldaram as disputas políticas e ideológicas no Brasil,[73] atravessado pelos movimentos negacionistas e antivacina, assim como influenciaram e polarizaram o debate público (Mendes, 2023, pp. 231-232).

---

[70] No original: "one must take the relationship between the judicial branch (mainly the constitutional and supreme courts) and the democratic process seriously to avoid the juridical system to be openly tamed by pure politics".

[71] Miguel Gualano de Godoy afirma que "o Supremo Tribunal Federal tem estado nos últimos anos, e ainda está hoje, no centro da crise vivida pelo Brasil. Há quem o veja como clássico ator contramajoritário e garante último dos direitos fundamentais. Há quem o veja como árbitro ou mediador da crise. Há quem o veja não como árbitro ou mediador, mas ator dessa crise. Há ainda aqueles que, independentemente da visão que se possa ter quanto ao papel do Tribunal, o analisam e o estudam a partir daquilo que entrega e de como entrega: decisões, não-decisões, performances deficitárias e disfuncionais, traduzidas, por exemplo, em monocratização excessiva, vista como veto, pauta e agenda discricionárias" (Godoy, 2021, pp. 1036-1037).

[72] A esse respeito, destacam-se: a ADI n. 6.421, acerca da responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos; as ADI n. 6.347 e ADPF n. 690, acerca da transparência na divulgação de dados e acesso à informação; as ADIs n. 6.343 e 6.586, acerca do isolamento social e da vacinação compulsória; e as ADIs 6.341, 6.362, 6.394 e a ADPF n. 672, acerca dos conflitos federativos e da competência dos entes federativos, que desarticularam o governo federal.

[73] A esse respeito, Eloísa Machado de Almeida, Luciana Gross Cunha e Luiza Pavan Ferraro publicaram estudo que analisou o papel do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade concentrado realizado durante o primeiro ano da pandemia de Covid-19 no Brasil. De acordo com a pesquisa, a crise sanitária acelerou a atuação do STF, especialmente em casos que questionavam medidas do governo federal, com ênfase em ações de omissão e uso de medidas provisórias pelo Executivo. Os dados apontam que o tribunal julgou essas ações mais rapidamente e, em muitos casos, concedeu liminares monocráticas e colegiadas, refletindo uma postura ativa do STF frente à resposta federal à pandemia (Almeida; Cunha; Ferraro, 2021).

Em relação aos inquéritos das *fake news* (Inq. n. 4781) e dos atos antidemocráticos de janeiro de 2023 (em especial, Inq. n. 4921 e 4922), as conclusões são muito parecidas. Isso porque esses inquéritos, embora distintos, compartilham da expansão de competências e de poder do STF, que se anuncia como guardião da democracia. Tanto o inquérito das *fake news* quanto os inquéritos dos atos de 08 de janeiro de 2023 refletem atuações atípicas da corte: a cumulação de funções de acusação, investigação e julgamento em relação a fatos apenas indiretamente relacionados à institucionalidade da corte (Mendes, 2023, pp. 246-249).

Portanto, são muitas as causas para a compreensão de que o STF tanto participa quanto intensifica as crises da democracia constitucional brasileira. Os casos e contextos apresentados acima são enfáticos para demonstrar o argumento proposto por este trabalho, pois eles descortinam tensões dramáticas, mas não são os únicos nem estão isolados de uma postura progressiva das cortes constitucionais em relação às crises das democracias constitucionais. Mais do que parte, o STF se tornou protagonista e articulador do declínio da democracia e do constitucionalismo no Brasil.

> A crise política e a erosão de direitos dos últimos anos trouxe ao STF a oportunidade (e o ônus) de atender a suas promessas. O STF nos respondeu com um choque de realidade. O desarranjo procedimental cobrou seu preço. Despreparado para a magnitude do desafio, o tribunal reagiu da forma lotérica e volátil de sempre. A prática do STF ridiculariza aquele autorretrato heroico, frustra as mais modestas expectativas e corrói sua pretensão de legitimidade. Por não conseguir encarnar o papel de árbitro, o tribunal tornou-se partícipe da crise. Já não é mais visto como aplicador equidistante do direito, mas como adversário ou parceiro de atores políticos diversos. Desse caminho é difícil voltar. Atado a uma espiral de autodegradação institucional, o poder moderador converteu-se em “poder tensionador”, que multiplica incertezas e acirra conflitos. O ator que deveria apagar incêndios fez-se incendiário. Não foi vítima da conjuntura, mas da própria inépcia. (Mendes, 2023, p. 54)

Diante disso, a compreensão do STF na democracia constitucional brasileira retrata as reflexões acerca das cortes constitucionais nas crises das democracias constitucionais em geral. O problema não é exclusivo brasileiro, assim como o Brasil não está imune a ele. O diagnóstico de que as democracias constitucionais estão em crise e que as cortes constitucionais contribuem para isso, porém, exige o compromisso com a reconstrução de uma democracia constitucional capaz de mediar as suas tensões constitutivas e distensionar as suas crises.

3. COMO AS CORTES CONSTITUCIONAIS DEVEM AGIR NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS?

As cortes constitucionais são fundamentais para a democracia constitucional. Se, por um lado, a sua atuação pode provocar instabilidades e crises, por outro, a sua inexistência ou esvaziamento é igualmente prejudicial para a democracia constitucional. Isso porque qualquer generalização é inadequada para a compreensão das democracias constitucionais e, principalmente, para a garantia de direitos.[74] Segundo Carlos Santiago Nino,

> Mesmo que a ausência de controle judicial da constitucionalidade fosse logicamente compatível com a supremacia constitucional, pode não ser compatível com a nossa concepção de uma dimensão ideal de direitos e de organização do poder. [...] o processo democrático não pode ser o último recurso na proteção dos direitos individuais, uma vez que a principal função dos direitos é conter as decisões da maioria e proteger os interesses dos indivíduos isolados e das minorias.[75] (Nino, 1997, p. 269)

As cortes constitucionais, assim, ocupam um espaço fundamental nas democracias constitucionais. São elas que podem garantir a supremacia da Constituição e a soberania do povo ao exercerem um papel contramajoritário[76] - mas, por outra perspectiva, essas justificativas do poder judicial podem se tornar "um catalisador para a expansão de poderes concedidos a tribunais constitucionais em muitos países – poder que pode ser usado para muitos fins"[77] (Ginsburg; Huq, 2018, p. 187). Por isso, as dificuldades que envolvem o exercício desse poder

---

[74] É nesse sentido que Vera Karam de Chueiri, ao apostar no paradoxo entre democracia e constitucionalismo, afirma que: "O constitucionalismo tensiona com a democracia, porém não a aniquila ao garantir que o poder da maioria não seja abusivo, arbitrário e concentrado, por meio de uma estrutura institucional que separa as funções de governo, organiza o seu funcionamento (típico e atípico), distribui competências, garante direitos, impõe deveres, propõe diretrizes por meio de políticas públicas, ajusta territorialmente o poder, regula a atuação da burocracia, etc. O arranjo institucional pode variar, mas o seu núcleo duro não" (Chueiri, 2024, p. 44).

[75] No original: "Incluso si la ausencia del control judicial de constitucionalidad fuera lógicamente compatible con la supremacía de constitucional, puede suceder que no sea compatible con nuestra concepción de una dimensión ideal de los derechos y de la organización del poder. [...] el proceso democrático no puede ser el último recurso em la protección de los derechos individuales, dado que la principal función de les derechos es contener las decisiones mayoritarias y proteger los intereses de los individuos aislados y de las minorías".

[76] O poder contramajoritário das cortes constitucionais provoca dificuldades significativas para as democracias, pois afasta as decisões fundamentais do povo e atribui a uma minoria o poder de definir o conteúdo da Constituição e dos direitos (Bickel, 1986, pp. 16-23; Gargarella, 2020, pp. 28-30).

[77] No original: "a catalyst for the expansion of powers granted to constitutional courts in many countries—power that can be used for many ends".

contramajoritário, assim como os déficits e vícios explorados nos capítulos anteriores, exigem que se repense o papel das cortes constitucionais nas democracias constitucionais – distensionando suas crises, mediando seus conflitos e dissensos e, enfim, reconstruindo a dimensão deliberativa do autogoverno e da autonomia coletiva.

3.1 REPENSANDO O PAPEL DE JUÍZES E CORTES NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS: COMPARTILHANDO A ÚLTIMA PALAVRA

Ao se refletir acerca das crises das democracias constitucionais e de como as cortes constitucionais têm contribuído para elas, uma questão se impõe: *a quem pertence a última palavra acerca da Constituição?*. Isso porque, conforme explorado nos capítulos anteriores, a última palavra na interpretação constitucional tem sido capturada pelas cortes constitucionais ao se compreenderem como guardiãs da Constituição. Uma resposta que atribua às cortes constitucionais essa última palavra, portanto, é incorreta, pois tanto pressupõe que a última palavra pertença a alguém quanto contribui para a legitimação de atuações democraticamente deficitárias e institucionalmente controversas. Conrado Hübner Mendes pontua que

> A revisão judicial seria um estágio em uma conversa de longo prazo com o legislador e a esfera pública mais ampla. Entendê-la como a última palavra seria empiricamente impreciso e normativamente pouco atraente: impreciso porque tal abordagem perderia o quadro mais amplo de uma interação sem fim ao longo do tempo; pouco atraente porque, em vez de um supremacista monológico, o tribunal deveria trabalhar como um parceiro dialógico que desafia os outros poderes a responder às razões qualificadas que apresenta. Nesse sentido, não haveria autoridade máxima sobre o significado constitucional, mas um empreendimento interativo permanente. O tribunal, aqui, ainda é um raciocinador público. No entanto, ele não fala sozinho e busca ser responsivo aos argumentos que ouve.[78] (Mendes, 2013, p. 19)

Dessa forma, não se pode atribuir a última palavra acerca da Constituição a qualquer sujeito ou poder. São igualmente equivocadas as posições que atribuem

---

[78] No original: “Judicial review would be a stage in a long-term conversation with the legislator and the broader public sphere. Understanding it as the last word would be empirically inaccurate and normatively unattractive: inaccurate because such an approach would miss the broader picture of an unending interaction over time; unattractive because rather than a monological supremacist, the court should work as a dialogical partner that challenges the other branches to respond to the qualifi ed reasons it presents. In that sense, there would be no ultimate authority on constitutional meaning but a permanent interactive enterprise. The court, here, is still a public reasoner. It does not, though, speak alone and seeks to be responsive to the arguments it hears”.

essa última palavra ao legislativo, por exemplo, em contraposição ao judiciário (Godoy, 2017, p. 149). O problema que envolve a questão acerca de *a quem pertence a última palavra*, assim, não diz respeito à identificação de um sujeito ou de um poder que melhor poderia guardar a Constituição e dispor acerca do seu significado. O problema é atribuir ela a alguém. Isso porque essa atribuição "encara a separação entre os Poderes de forma estanque e os enxerga como adversários e ignora o fato de que não há instituição perfeita e infalível, que não existe um procedimento que garanta um resultado sempre justo" (Godoy, 2017, p. 149).

Por isso, tendo em vista que as cortes constitucionais tanto criam e intensificam as crises das democracias constitucionais quanto são fundamentais para "uma dimensão ideal dos direitos e da organização do poder"[79] (Nino, 1997, p. 269), é necessário repensar o seu papel. O compartilhamento da última palavra acerca da Constituição é um caminho nessa direção. A *conversação entre iguais* proposta por Roberto Gargarella é, por sua vez, uma forma de compreendê-lo e aplicá-lo.

Ao reconhecer que a concentração de poder realizada pelo judiciário é perigosa – sobretudo porque impõe como solução pública a vontade privada e pessoal dos juízes e cortes como se fosse popular e constitucional (Gargarella, 2021, p. 229) –, Gargarella define a *conversação entre iguais* como um ideal regulador que tem o potencial de revitalizar e democratizar as estruturas constitucionais, possibilitando que o sistema político se aproxime dos cidadãos (Gargarella, 2020, p. 67). Assim, a *conversação entre iguais* se estrutura sob seis elementos decisivos: a igualdade – tanto em relação à dignidade moral quanto ao poder; o desacordo – os dissensos constitutivos das comunidades políticas; a inclusão – que enriquece a deliberação coletiva ao permitir a participação dos potencialmente afetados no processo de deliberação; a deliberação – um processo de correção recíproca e de troca de argumentos que resulte em uma deliberação efetiva; a discussão a respeito de temas de interesse público – são as questões públicas e os problemas comuns (que geram danos coletivamente) que ingressam no campo da *conversação entre iguais*; e o diálogo aberto, contínuo e inacabado – apostando na provisoriedade das decisões (Gargarella, 2021, pp. 35-38).

Diante disso, o autor compreende a *conversação entre iguais* a partir de dois ideais: autonomia coletiva, em que "cada pessoa deve ser 'dona da sua própria vida'

---

[79] No original: "dimensión ideal de los derechos y de la organización del poder".

(deve ser quem determina sua própria ideologia, crenças, ambições, planos de vida [...]"[80] (Gargarella, 2020, p. 67); e autogoverno coletivo, em que cada comunidade "deve poder definir, por si só, de que modo quer se organizar politicamente, economicamente, etc., o que se refere a uma tarefa coletiva [...] e não à tarefa de uma pessoa -o presidente- ou de um pequeno grupo ou elite - os juízes"[81] (Gargarella, 2020, p. 67).

Para Gargarella, esses dois ideais são constitutivos da *conversação entre iguais* e estão relacionados à igual dignidade de cada membro da comunidade política. Em razão disso, a *conversação entre iguais* não se iguala ao autogoverno coletivo puro ou ao majoritarismo, pois é densificada pela autonomia individual (Gargarella, 2020, pp. 67-68). Segundo Gargarella, o princípio igualitário, inerente à autonomia individual, é crucial para a *conversação entre iguais* porque

> Durante muito tempo, e mesmo a partir de posições supostamente igualitárias, o seu valor foi menosprezado ou, o que é pior, foi aceita a possibilidade de o substituir, em nome do sacrossanto respeito pelo princípio democrático. Assim, por exemplo, aceitou-se impor às pessoas "dissidentes" (aquelas que não participavam nas convicções morais prevalecentes) os requisitos ou exigências de uma determinada religião (a religião maioritária – algo que quase todo o constitucionalismo latino-americano fez durante a primeira metade do século XIX). Em outros casos, foram autorizadas punições para quem assumisse formas de sexualidade diferentes das tradicionais (algo que persiste em alguns países da região).[82] (Gargarella, 2020, p. 68)

A *conversação entre iguais* como ideal regulador da comunidade política, assim, faz com que todos os potencialmente afetados por uma decisão se "reúnam para trocar opiniões sobre temas que os preocupam especialmente, e o fazem em uma posição de igualdade"[83] (Gargarella, 2020, p. 69). Por isso, a *conversação entre iguais* afasta as decisões coletivas do espaço do "golpe na mesa" – ou da última

---

[80] No original: "cada persona debe ser 'dueña de su propria vida' (debe ser quien determine su propria ideologia, creencias, ambiciones, planes de vida [...]".

[81] No original: "debe poder definir, por sí sola, de qué modo quiere organizarse politicamente, economicamente, etc., lo que requeire uma tarea colectiva [...] y no la tarea de uma persona – el presidente – o de um pequeño grupo o elite – los jueces".

[82] No original: "Durante demasiado tiempo, y aun desde posiciones supuestamente igualitarias, se desmereció su valor o, lo que es peor, se aceptó la posibilidad de desplazarlo, en nombre del sacrosanto respeto al principio democrático. Así, por ejemplo, se aceptó imponerles a las personas "disidentes" (las que no participaban de las convicciones morales prevalecientes) los requerimientos o exigencias proprias de una religión particular (la religión mayoritaria – algo que hizo casi todo el constitucionalismo latino americano durante la primera mitad del siglo XIX -). En otros casos, se autorizaron castigos para quienes asumían formas de sexualidad diversas de las tradicionales (algo que persiste en algunos países de la región)".

[83] No original: "reúnen a intercambiar opiniones sobre temas que les preocupan especialmente, y lo hacen desde una posición de igualdad".

palavra de uma instituição – e as aproxima de um ideal inclusivo (Gargarella, 2020, p. 69). Ao se afastar da concentração do poder, a conversação ente iguais impõe a participação dos potenciais afetados pela decisão no processo de deliberação por motivos democráticos e epistemológicos – em especial, a compreensão de informações fundamentais para a tomada de decisão e a possibilidade de correção de erros – sem atribuir a qualquer das partes a capacidade de controlar (o começo ou o fim) o processo de deliberação (Gargarella, 2020, pp. 70-71). É nesse sentido que Gargarella pontua que a *conversação entre iguais* exige que "a decisão do caso incorpore mais vozes – e mais vozes críticas – que nos ajudem a repensar e corrigir aquilo que estamos fazendo"[84] (Gargarella, 2020, p. 70).[85]

Nesse sentido, diante dos ideais de autonomia individual e de autogoverno coletivo, Gargarella enfatiza como esses ideais ou princípios constitutivos da *conversação entre iguais* podem ser traduzidos em instituições, orientando os esforços institucionais (Gargarella, 2020, pp. 71-72). Isso porque as reflexões acerca das mudanças institucionais devem considerar, sobretudo, a força política capaz de fazer (e estabilizar) as mudanças institucionais necessárias (Gargarella, 2020, p. 72), de modo que são os ideais da *conversação entre iguais* que direcionam as instituições para o que se espera delas – sobretudo, nas crises das democracias constitucionais.

Por isso, tendo em vista o diagnóstico de que a concentração de poder é um problema histórico nas democracias latino-americanas – calcado na desconfiança democrática e na desigualdade constitucional (Gargarella, 2020, pp. 72-73) –, assim como os déficits de representação e dos sistemas de controle político (Gargarella, 2020, pp, 75-76), Gargarella propõe

> 1. como princípio geral, criar formas de intervenção direta dos cidadãos, ou dos setores especificamente afetados, no processo de tomada de decisão; 2. acabar, portanto, com a concentração de poder que existe hoje, em todas as

---

[84] No original: "la decisión del caso incorpore más voces —y más voces críticas- que nos ayudan a repensar y corregir aquello que estamos haciendo".

[85] Pontua-se que, para Gargarella, "a conversação ideal não se satisfaz com a presença de um ramo do governo que se comporte dialeticamente, nem com a participação de dois ou todos os ramos do governo (suponhamos, mediante um "diálogo" entre a justiça e o Poder Executivo), ainda que esses feitos possam representar passos significativos na relação com os processos decisórios que hoje conhecemos (muitas vezes reduzidos ao 'decido sozinho, por surpresa e secretamente')" – no original: "la conversación ideal no queda satisfecha con la presencia de una rama de gobierno que se comporte 'dialégicamente', ni siquiera con la participación de dos o todas las distintas ramas de gobierno (supongamos, mediante un 'dialogo' entre la justicia y el Poder Ejecutivo), aunque dichos logros puedan representar pasos significativos en relación con los procesos decisorios que hoy conocemos (muchas veces reducidos al 'decido solo, por sorpresa y en secreto')".

> esferas (política, económica, constitucional), nomeadamente através de alterações nos atuais arranjos constitucionais – através de uma modificação drástica da atual "sala de máquinas", horizontalizando um poder governamental que hoje é vertical e concentrado; 3. definir ferramentas diferentes e adicionais para a votação, a fim de construir mais uma vez pontes entre os cidadãos e o governo; 4. estabelecer mecanismos que favoreçam o diálogo entre os poderes, e destes com os cidadãos, e dos cidadãos dentro deles; 5. reforçar os controles "populares" sobre o poder, eliminando o quase monopólio que a classe dominante exerce atualmente sobre os mecanismos de controle que sobre si recaem, nas mais diversas áreas, mas particularmente naquelas relacionadas com os seus próprios abusos e privilégios.[86] (Gargarella, 2020, pp. 78-79)

A proposta da *conversação entre iguais* como ideal regulador é fundamental para as reflexões deste trabalho. Ao reconhecer os déficits democráticos das instituições – em especial, do judiciário –, ela atribui significado ao compartilhamento da última palavra acerca da Constituição e seus ideais (autonomia individual e autogoverno coletivo) contribuem para uma nova compreensão das cortes constitucionais nas democracias constitucionais. Em razão disso, a *conversação entre iguais* e seus ideais são fundamentais para o distensionamento das crises das democracias constitucionais provocadas ou intensificadas pela atuação das cortes constitucionais, pois as redefinem e reposicionam.

Ao compartilharem a última palavra, as cortes constitucionais mudam, a comunidade política muda e a democracia constitucional muda. As cortes mudam porque cedem espaço para que a sociedade coletivamente defina os rumos que pretende seguir, sem com isso deixar de exercer um papel contramajoritário essencial para "uma dimensão ideal dos direitos e da organização do poder"[87] (Nino, 1997, p. 269). A comunidade política muda porque deixa de ser afastada das decisões políticas fundamentais, o que contribui tanto para o autogoverno coletivo quanto para a formação de uma identidade constitucional mais robusta – a sociedade passa a se identificar

---

[86] No original: " 1. como principio general, crear formas de intervención directa de la ciudadania, o de sectores especificamente afectados, dentro del proceso decisorio; 2. terminar, por tanto, con la concentracién de poder hoy existente, en todas las esferas (politica, econoémica, constitucional), en particular a partir de cambios en los arreglos constitucionales vigentes -mediante una modificacién drastica de la actual "sala de maquinas", horizontalizando un poder de gobierno hoy vertical y concentrado-; 3. definir herramientas distintas y adicionales al voto, de modo de volver a tender puentes entre ciudadania y gobierno; 4. establecer mecanismos que favorezcan el diálogo entre las ramas del poder, y el de ellas con la ciudadania, y el de la ciudadania en su interior; 5. fortalecer los controles "populares" sobre el poder, quitando el cuasimonopolio que hoy ejerce la clase dirigente de los mecanismos de control que recaen sobre ella misma, en las áreas más diversas, pero en particular en aquellas relacionadas con sus propios abusos y privilegios".

[87] No original: "dimensión ideal de los derechos y de la organización del poder".

com o processo democrático que a constitui.[88] A democracia constitucional muda porque as suas tensões não são ignoradas nem se tornam irreconciliáveis - e, assim, suas crises diminuem.[89]

Assim, especialmente nos contextos de crise provocados ou intensificados pelas cortes constitucionais, o compartilhamento da última palavra na interpretação constitucional pautado pelos ideais de uma *conversação entre iguais* é fundamental para a reconstrução das democracias constitucionais, pois

> uma dependência excessiva dos tribunais para determinar questões controversas, como a razão de ser de uma entidade política, pode minar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve uma deliberação relativamente aberta, às vezes controversa, mas sem dúvida informada e responsável por representantes eleitos.[90] (Hirschl, 2004, p. 187)

Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes argumenta que as cortes constitucionais devem assumir um papel de "guardiãs" da deliberação pública, garantindo que o processo deliberativo ocorra sob condições para decisões coletivas racionais (Mendes, 2021, p. 85). Seu papel é assegurar um ambiente deliberativo que torne possível a formação de escolhas coletivas fundamentadas, de modo que as cortes constitucionais devem atuar como mediadoras da prática política concreta – dos dissensos constitutivos da democracia constitucional – e promover uma deliberação que seja democrática e imparcial (Mendes, 2013, pp. 85-86).

Assim, Mendes atribui às cortes constitucionais um papel deliberativo em dois sentidos: externo e interno. O primeiro sentido diz respeito à interlocução ativa e engajada em um diálogo continuo tanto com os demais poderes quanto com a sociedade: as cortes ouvem e respondem aos argumentos externos, estabelecendo

---

[88] A identidade constitucional e democrática da comunidade política depende da sua integração ao processo de tomada de decisões constitucionais como exercício do poder constituinte. Vera Karam de Chueiri (2024a, p. 241) afirma que "Co-instituir prestigia antes a participação igualitária do que a obediência [...]. O poder de constituir pressupõe e estimula relações de associação, isto é, o sujeito constituinte tem uma existência coletiva e sua identidade se forja nesse contexto".

[89] Isso porque, de acordo com Balkin e Levinson (2009, p. 714), as crises das democracias constitucionais são "situações em que desacordos publicamente articulados sobre a constituição levam os atores políticos a se envolverem em formas extraordinárias de protesto que vão além de meros desacordos legais e protestos políticos" – no original: "situations where publicly articulated disagreements about the constitution lead political actors to engage in extraordinary forms of protest beyond mere legal disagreements and political protests".

[90] No original: "an excessive reliance on courts to determine contentious issues such as a polity's raison d'être may undermine the very essence of democratic politics as an enterprise involving a relatively open, at times controversial, but arguably informed and accountable deliberation by elected representatives".

uma interação horizontal e aberta ao diálogo entre os poderes e com a sociedade (Mendes, 2013, pp. 90-91). Isso porque “as cortes dialógicas sabem que, no longo prazo, as últimas palavras são provisórias e ficam confusas na sequência de decisões legislativas que continuam a contestar as decisões judiciais, independentemente da supremacia formal da corte”[91] (Mendes, 2013, p. 91). O segundo sentido diz respeito ao fortalecimento da sua deliberação interna, do diálogo entre seus membros, o que possibilita decisões colegiadas mais sólidas (Mendes, 2013, pp. 92-94).

Contudo, por mais virtuosos que sejam, tanto a *conversação entre iguais* (e o compartilhamento da última palavra acerca da Constituição) quanto esse papel deliberativo das cortes constitucionais são insuficientes para distensionar as crises das democracias constitucionais causadas ou intensificadas pelas cortes. Em outras palavras, a *conversação entre iguais* e o papel deliberativo das cortes dão conta apenas de parte do problema – em relação às decisões constitucionais fundamentais. A outra parte exige uma postura menos ativa – não necessariamente deferente à política, mas especialmente discreta.

Essa outra parte do problema diz respeito a decisões que exercem impacto direto na política, mas que logicamente não podem ser submetidas à deliberação pública e nas quais a função contramajoritária das cortes sequer se justifica. Algumas circunstâncias conhecidas se encaixam nessa parte do problema: eleições e impedimentos eleitorais, julgamentos de atores políticos importantes – especialmente na experiência das supremas cortes –, questões processuais e procedimentais ou estritamente jurídicas entre outras. Principalmente nessa parte do problema, as cortes constitucionais e seus membros devem ter um papel reduzido e discreto, autocontido, com ampla deliberação interna na formação das decisões, devem se afastar do campo da política e fazer um controle muito estrito para garantir a Constituição, mas com sensibilidade política do impacto de suas decisões.[92] Essas questões mais sensíveis à política ou mais técnicas exigem das cortes e de seus juízes uma postura menos ativa e especialmente discreta, pois os custos decorrentes dos erros de política e da

---

[91] No original: “ Dialogical courts know that, in the long run, last words are provisional and get blurred in the sequence of legislative decisions that keep challenging the judicial decisions irrespective of the court’s formal supremacy”.

[92] Sensibilidade política do impacto das decisões não significa que as cortes e seus ministros devem proferir decisões consequencialistas. Significa que as decisões não devem ser inconsequencialistas, apartadas da realidade política e constitucional, negligentes ou exageradas, que levem as disputas ao tudo ou nada. Sensibilidade política do impacto das decisões significa que as cortes devem estar atentas ao contexto em que estão inseridas, aos custos políticos de seus erros e acertos.

desconfiança democrática são elevados demais para as democracias constitucionais (Graber; Levinson; Tushnet, 2018, p. 4).

De modo geral, as cortes constitucionais precisam se afastar da posição central que assumiram nas democracias constitucionais para mitigar suas crises. Esse espaço deve ser ocupado pela comunidade política. Uma posição mais compatível com a democracia constitucional, portanto, exige que as cortes assumam um papel deliberativo amplo, medeiem os dissensos constitutivos da comunidade política, integrem o povo no processo de deliberação democrática em posição de igualdade, garantindo a Constituição e os direitos fundamentais em sua justa medida, e traduzam a deliberação democrática em linguagem normativa.

3.2 A DEMOCRATIZAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: LEVANDO A DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA A SÉRIO

Repensar as cortes constitucionais a partir das crises das democracias constitucionais significa não apenas refletir acerca do papel das cortes, mas principalmente de práticas que democratizem a jurisdição constitucional e contribuam para o distensionamento dessas crises. Por isso, "[i]mporta como os juízes decidem os casos", principalmente "[...] para as pessoas azaradas ou litigiosas ou perversas ou santas o suficiente para se encontrarem no tribunal"[93] (Dworkin, 1986, p. 1). Portanto, diante dos déficits institucionais e democráticos, dos vícios e dificuldades das cortes constitucionais, é preciso encontrar caminhos para a melhoria da função jurisdicional e política desempenhada pelas cortes.

Nesse sentido, ao reconhecer que há desacordos racionais que dividem a sociedade em assuntos de interesse público e que a conversação coletiva é um caminho para resolver tais desacordos, Roberto Gargarella (2021, p. 232) propõe uma redefinição do papel exercido pelos juízes no controle de constitucionalidade a partir de duas considerações (ou princípios):

> Primeiro, e em oposição ao que os juízes frequentemente fazem [...], deveriam permitir que a comunidade decida sobre seus próprios assuntos, por meio do diálogo coletivo (dada a prioridade deste em face do "fato do desacordo"); e, segundo, contrariamente ao que algumas doutrinas [...] suge-

---

[93] No original: "It matters how judges decide cases. It matters most to people unlucky or litigious or wicked or saintly enough to find themselves in court".

> rem, os magistrados deveriam concentrar-se na proteção das condições para esse diálogo coletivo.[94] (Gargarella, 2021, pp. 232-233)

Assim, a redefinição do papel dos juízes e das cortes constitucionais proposta por Gargarella escapa de posições que genericamente traçam um perfil ideal para a atuação jurisdicional: ou ativismo ou autocontenção. Isso porque os juízes e as cortes constitucionais "[e]m alguns casos específicos (nas questões 'substantivas', que devem ser decididas politicamente) teriam que se autorrestringir, enquanto teriam de ser muito ativos diante de outros casos (relativos à custódia das condições procedimentais do diálogo)"[95] (Gargarella, 2021, p. 233). Sem defender um modelo procedimental de democracia, Gargarella afirma que é o mesmo compromisso das cortes constitucionais com a deliberação democrática (com a *conversação entre iguais*) que as afastam dos temas substantivos (que devem ser decididos coletivamente) e que as aproxima de problemas que costumam negligenciar (Gargarella, 2021, p. 234). Seu papel, portanto, é "proteger e recuperar as vozes dos grupos sociais marginalizados"[96] (Gargarella, 2021, p. 236).

Essa redefinição da função judicial, contudo, exige um compromisso com a criação de mecanismos e instrumentos que rompam com o velho sistema constitucional e concretizem os ideais da deliberação democrática e da *conversação entre iguais* (autonomia individual e autogoverno coletivo), tais como audiências públicas e diálogos entre poderes (Gargarella, 2021, p. 236). Diante disso, o autor apresenta duas experiências importantes para o favorecimento do diálogo em contextos democráticos: o caso "Grootboom", na África do Sul; e a cláusula do "não obstante" (*notwithstanding*), no Canadá.

No caso "Grootboom", diante de uma grave crise social a respeito do direito à terra e habitação, a corte constitucional sul-africana adotou uma postura notável – segura e prudente – ao "ordenar aos ramos políticos que desenhassem um plano coerente e coordenado, com o qual deixassem claro de que modo iriam cumprir suas

---

[94] No original: "Primero, y contra lo que los jueces suelen […], deberían permitir que la comunidad decida acerca de sus proprios asuntos, por medio del dialogo colectivo (en razón de la prioridad de este en relación frente al "hecho del desacuerdo"); y segundo, contra lo que algunas doctrinas […] sugieren, los magistrados deberían concentrarse en el resguardo de las condiciones de ese dialogo colectivo".

[95] No original: "En algunos casos específicos (en las cuestiones "sustantivas", que deben ser decididas políticamente) tendrían que autorrestringirse, mientras que tendrían que ser muy activos frente a otro tipo de casos (relativos a la custodia de las condiciones procedimentales del diálogo)".

[96] No original: "proteger y recobrar las voces de los grupos sociales marginalizados".

obrigações constitucionais”[97] (Gargarella, 2021, p. 254). Ao apostar no respeito e diálogo entre as instituições e nos compromissos constitucionais dos poderes, a atuação da corte constitucional sul-africana garantiu direitos sem enfraquecer a democracia (Gargarella, 2021, pp. 254-255).

A cláusula do “não obstante” (*notwithstanding* ou *override clause*), incorporada pela seção 33 da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (1982)[98], por sua vez, representou uma inovação no sistema institucional ao permitir que as legislaturas mantivessem a vigência de leis derrubadas pelos tribunais – não obstante declaradas incompatíveis com os direitos da Carta – por um período de cinco anos (Gargarella, 2021 pp. 255-256). Esse mecanismo constitucional é interessante porque abre espaço para o diálogo entre os poderes, reconhecendo a importância da objeção democrática e reforçando a possibilidade de mudanças institucionais que devolvem à política a última palavra em matérias sensíveis, sem enfraquecer os direitos ou o sistema institucional (Gargarella, 2021, p. 256).

Desse modo, Gargarella também apresenta três instrumentos que favorecem e viabilizam o constitucionalismo dialógico: (i) as audiências públicas, que são mecanismos a partir dos quais se busca “ganhar em informação, consultando pontos de vista diferentes ou prestando atenção a vozes que de outro modo não teriam acesso aos poderes públicos”[99] (Gargarella, 2021, p. 257); (ii) as consultas prévias, previstas na Convenção n. 169, da OIT, que são mecanismos que favorecem “a

---

[97] No original: “ordenó a las ramas políticas que diseñaran un plan coherente y coordinado, con el cual dejasen en claro de qué modo iban a cumplir sus obligaciones constitucionales”.

[98] Art. 33, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades: “(1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode adotar uma lei onde seja expressamente declarado que essa lei, ou uma das suas disposições, terá validade, não obstante uma disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta. (2) A lei, ou a disposição da lei, em relação à qual uma declaração feita ao abrigo deste artigo se encontra em vigor, tem o efeito que teria, exceto pela disposição desta Carta referida na declaração. (3) A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessa de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor, ou em uma data anterior conforme indicado na declaração. (4) O Parlamento, ou uma legislatura provincial, pode adoptar de novo uma declaração feita ao abrigo do parágrafo (1). (5) O parágrafo (3) aplica-se a toda a declaração adotada ao abrigo do parágrafo (4)” – no original: “(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”.

[99] No original: “ganar en información, consultando puntos de vista diferentes o prestando atención a voces que de otro modo no accedían a los poderes públicos”.

consideração das demandas e pontos de vista das comunidades indígenas diante das decisões públicas que poderiam afetá-las de modo direto e relevante”[100] (Gargarella, 2021, p. 258); e (iii) o compromisso significativo (*meaningful engagement*), concebido pela corte constitucional sul-africana no caso *Olivia Road* ao determinar que as partes do processo “iniciassem, o mais rápido possível, ‘um esforço destinado a resolver suas diferenças e dificuldades [...] à luz dos valores da Constituição [...] e dos direitos e deveres dos cidadãos afetados’”[101] (Gargarella, 2021, p. 259).

Nesse mesmo sentido, Miguel Gualano de Godoy discute os diálogos institucionais como uma abordagem fundamental para tornar a interpretação constitucional mais colaborativa e menos centrada na supremacia judicial, promovendo uma interação fundamental entre os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) que fortalece a democracia (Godoy, 2017, pp. 149-150). Os diálogos institucionais, assim, pressupõem posições de igualdade entre os poderes – igualmente comprometidos com a interpretação constitucional – e não podem depender “do mero voluntarismo de cada Poder ou de seus membros”, de modo que “previsões normativas são necessárias para incentivar e promover esse diálogo” (Godoy, 2017, p. 162).

Conforme Godoy, “[o] diálogo nasce, assim, da conjugação entre um desenho institucional e uma cultura política, de incentivos normativos e disposição dialógica” (Godoy, 2017, p. 163), sem que os poderes atuem como opositores: é a interação entre eles que contribui para a melhor aplicação e interpretação constitucional (Godoy, 2017, p. 163). O autor também pontua que os diálogos institucionais conciliam “a provisoriedade das decisões judiciais com a continuidade da política democrática” (Godoy, 2017, p. 164), uma vez que os significados da Constituição são (re)construídos cotidianamente pela comunidade e pelos atores políticos (Godoy, 2017, pp. 164-165). Diante disso, partido de uma concepção deliberativa de democracia, Godoy pontua que o controle judicial de constitucionalidade ganha, sobretudo, uma função deliberativa e legitimadora (Godoy, 2017, p. 165). Para o autor,

---

[100] No original: “la consideración de las demandas y puntos de vista de las comunidades indígenas frente a las decisiones públicas que podían afectarlas de modo directo y relevante”.

[101] No original: “iniciaran, tan pronto como fuera posible, ‘un esfuerzo destinado a resolver sus diferencias y dificultades [...] a la luz de los valores de la Constitución [...] y los derechos y deberes de los ciudadanos afectados’”.

> Os diálogos institucionais entre os Poderes e entre estes e o povo são uma possibilidade (dentre outras) que se abre para apostarmos em um experimentalismo democrático que promova um aprofundamento da democracia a partir de uma nova compreensão dos tradicionais arranjos institucionais, especialmente da separação entre os Poderes, a fim de que, assim, se promova uma política energizada, ampla, inclusiva, baseada em uma cidadania ativa e deliberativamente democrática. (Godoy, 2017, p. 174)

Os diálogos institucionais e seu experimentalismo democrático, contudo, não podem ser confundidos com atuações falsamente dialógicas e democráticas. Embora faltem incentivos políticos e normativos para a implementação dos diálogos institucionais (Godoy, 2017, pp. 177-178), o experimentalismo democrático não pode se tornar uma oitiva protocolar que busca justificar formalmente a legitimidade democrática da corte e de suas decisões (Godoy, 2017, pp. 174-175), excluindo o povo do espaço institucional de tomada de decisão (Godoy, 2017, p. 179).[102]

Diante disso, a deliberação democrática e institucional representa um mecanismo fundamental para um sistema constitucional e institucional mais democrático e que melhor enfrente as suas crises. Isso porque, de acordo com Conrado Hübner Mendes, "[o]s deliberadores são propensos tanto a ouvir quanto a falar, e estão dispostos a mudar duas preferências anteriores à luz dos novos argumentos que são levantados durante a discussão"[103] (Mendes, 2013, p. 122).

---

[102] Exemplo de atuação falsamente dialógica e democrática é a Comissão Especial de conciliação instalada pelo STF acerca da tese do marco temporal. Essa tese reformulada pelo STF no caso Raposa Serra do Sol (Pet. n. 3.388), em 2009, e afastada pela corte no caso Xokleng (RE/RP n. 1.017.365), em 2023, foi objeto discutido pelo Congresso Nacional – em resposta à decisão mais recente do STF – na Lei n. 14.701/2023 (Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas). Em face dessa lei, foram propostas as ações ADC n. 87, ADI n. 7.582, ADI n. 7.583, ADI n. 7.586 e ADO 86, no âmbito das quais o STF instalou a Comissão Especial de conciliação. Conforme aponta Conrado Hübner Mendes, desde o recebimento das ações, houve inúmeros problemas jurisdicionais e interpretativos que ampliaram a violação dos direitos fundamentais indígenas: não distribuição para o relator das ações que já tramitavam no STF acerca do tema (Ministro Edson Fachin), mas ao Ministro Gilmar Mendes; não apreciação pelo plenário; desconsideração de julgamento do plenário que já havia afastado a tese; e a criação de conciliação conjunta a ações sobre mineração (Mendes, 2024). Longe de uma prática dialógica e democrática, a conciliação montada pelo STF demonstra uma atuação deficitária, de oitiva protocolar – especialmente porque, apesar das denúncias realizadas e da saída da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), a conciliação continuou a despeito das comunidades duramente atingidas por essa tese – e que tenta justificar formalmente a legitimidade democrática de decisões politicamente sensíveis. Assim, conforme afirma Mendes, "[s]e a definição de um direito fundamental vai para a mesa de conciliação, não é mais direito fundamental, mas outra coisa […]: favor, migalha, concessão; assédio, exploração, expropriação; desfaçatez, manipulação, dominação; escambo, comércio, leilão" (Mendes, 2024). A atuação do STF acerca do marco temporal, portanto, é um exemplo do que não é *conversação entre iguais*, do que não são os diálogos institucionais e do que não deve fazer uma corte constitucional.

[103] No original: "Deliberators are prone both to listen and to speak and are disposed to change their previous preferences in the light of the new arguments that are raised during discussion".

Contudo, o autor faz uma consideração importante: embora fundamentais, os valores da deliberação democrática “ainda não resolvem as dificuldades que os deliberadores enfrentam e as escolhas polêmicas que eles precisam fazer no curso dessa atividade”[104] (Mendes, 2013, p. 122).

Mendes, assim, propõe uma ética da deliberação estruturada sob virtudes que “constroem uma cultura de tomada de decisão que é indispensável à credibilidade de um tribunal deliberativo”[105] (Mendes, 2013, p. 126), que são divididas em três fases da deliberação: pré-decisional – (i) curiosidade respeitosa (em relação aos interlocutores); decisional – (ii) colegialidade, (iii) modéstia cognitiva, (iv) ambição cognitiva e (v) empatia (em relação aos colegas); e pós-decisional – (vi) responsividade, (vii) clareza e (viii) senso de falibilidade e provisoriedade (em relação aos interlocutores) (Mendes, 2013, pp. 126-127).

Nesse sentido, a fase pré-decisional diz respeito à contestação pública e é caracterizada pela curiosidade respeitosa. Nessa fase, as cortes constitucionais devem se tornar acessíveis a ideias e argumentos externos, captando informações cruciais para as fases seguintes da deliberação (Mendes, 2013, p. 127). Para o autor, a “curiosidade respeitosa, portanto, consiste em colocar a ‘escuta ativa’ em prática, cuidando dos riscos que ela pode trazer”, de forma que “os juízes devem resistir a formar suas posições antes de experimentarem a sequência de interação argumentativa que supostamente devem assistir posteriormente”[106] (Mendes, 2013, pp. 127-128), dependendo da participação dos interlocutores (Mendes, 2013, p. 128).

A fase decisional, por sua vez, está relacionada ao envolvimento colegiado entre aquelas e aqueles que devem decidir e, para isso, formar uma posição individual, sem extinguir o desacordo e a dissidência (Mendes, 2013, p. 128). Nessa fase, há quatro virtudes essenciais: a colegialidade – o compromisso colaborativo com uma “cultura institucional interna que favorece a deliberação e a busca pela unidade”[107] (Mendes, 2013, p. 129); a modéstia cognitiva – a disposição para questionar as próprias conclusões, adotando uma postura aberta à deliberação colegiada e

---

[104] No original: “still do not solve the difficulties deliberators face and the polemical choices they need to make in the course of that activity”.

[105] No original: “construct a decision-making culture that is indispensable to the credibility of a deliberative court”.

[106] No original: “Respectful curiosity, therefore, consists in putting ‘active listening’ into practice, taking care of the risks it can bring” [...] “judges must resist forming their positions before they experience the sequence of argumentative interaction they are supposed to attend subsequently”.

[107] No original: “internal institutional culture that favors deliberation and the search of unity”.

construtiva (Mendes, 2013, p. 134); a ambição cognitiva – que “consiste na vontade institucional ou na disposição coletiva de se esforçar e persistir na busca da melhor decisão possível” (Mendes, 2013, p. 134); e a empatia – um exercício vicário em relação aos argumentos não expressos formalmente no curso processual deliberativo, capaz de preencher lacunas argumentativas (Mendes, 2013, pp. 135-136).

A fase pós-decisional, por fim, diz respeito à decisão deliberativa escrita resultante das fases anteriores, que comunica publicamente a decisão e que “expressa uma identidade institucional despersonificada, qualquer que seja o formato que possa assumir [*per curiam* ou *per seriatim*[108]]”[109] (Mendes, 2013, p. 136). Essa fase envolve três virtudes essenciais: a responsividade – que exige dos tribunais tanto uma seleção cuidadosa dos argumentos que merecem resposta (de interlocutores e de precedentes) quanto uma resposta de tom adequado para toda comunidade (Mendes, 2013, p. 137); a clareza – uma forma de comunicação ampla e inteligível para toda a sociedade (e não apenas para a comunidade jurídica) (Mendes, 2013, pp. 137-138); e o senso de falibilidade e provisoriedade – que reconhece a possibilidade de mudança das decisões e reforça o caráter iterativo e contínuo do processo deliberativo (Mendes, 2013, pp. 138-139).

As reflexões acerca da democratização das cortes constitucionais, assim, são fundamentais diante das rupturas das democracias constitucionais causadas ou intensificadas pelos juízes e tribunais. Isso porque as crises que atravessam a realidade constitucional e democrática de diversos países exigem que os atores políticos assumam um compromisso incondicional com os valores da democracia constitucional, com o distensionamento de divergências cada vez mais inconciliáveis e com a reconstrução de uma comunidade atualmente muito fragmentada e polarizada. Levar a deliberação democrática a sério – especialmente na atuação das cortes constitucionais –, portanto, representa um caminho para a (re)construção do autogoverno coletivo, de uma identidade constitucional e democrática da comunidade política e, enfim, de uma estrutura institucional mais coerente e legítima.

---

[108] *Per curiam* é uma decisão emitida em nome do tribunal como um todo, sem atribuição explicita e específica a um juiz ou juíza; *per seriatim* é uma decisão em que cada juíza ou juiz apresenta sua opinião individualmente (mesmo quando concordam com o resultado).

[109] No original: “It expresses a de-personifi ed institutional identity, whatever format it might take”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

> *Disagreements concerning deep and important matters of opinion exist. But they are disagreements among persons who share a view of the points that are in issue in the argument, whilst assigning different weight to different components, singly or in some combination or combinations. In this sense, they are reasonable disagreements among reasonable persons, persisting after careful and thoughtful debate and deliberation.*[110] **Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*** (2005, p. 276)

As democracias constitucionais enfrentam tempos áridos. Cada vez mais, as democracias estão se enfraquecendo, a comunidade política está se fragmentando e os dissensos se tornando irreconciliáveis. No mesmo sentido, o constitucionalismo tem perdido força em razão dos déficits institucionais – e da incapacidade das instituições em geral para mediarem conflitos – e de uma progressiva desconfiança da comunidade política em relação à Constituição, frequentemente vulnerada e esvaziada pela política ordinária e pelos tribunais.

O declínio da democracia constitucional em vários países é resultado disso, mas as suas causas são diferentes do que se esperava – do tradicional golpe de Estado, dos tanques nas ruas, do fechamento do legislativo, da censura direta às vozes críticas. A democracia e o constitucionalismo estão se enfraquecendo lentamente e por dentro, as estruturas sociais e políticas, a unidade da comunidade política, a identidade constitucional, tudo está se desmanchando progressivamente (Graber; Levinson; Tushnet, 2018, p. 1) – às vezes mais rápido, às vezes mais lentamente; às vezes por acontecimentos que chamam atenção e assustam, às vezes por manobras imperceptíveis, porém sempre no mesmo sentido: a crise.

O caminho traçado pelas cortes constitucionais parece ter o mesmo destino. A despeito das perspectivas otimistas que orbitam o imaginário das cortes constitucionais, a atuação delas tem se mostrado significativamente prejudicial às democracias constitucionais. Seus déficits e vícios institucionais – tais como a captura

---

[110] No original: “Desentendimentos sobre questões profundas e importantes de opinião existem. Mas são desacordos entre pessoas que compartilham uma visão dos pontos que estão em questão no argumento, enquanto atribuem peso diferente a diferentes componentes, individualmente ou em alguma combinação ou combinações. Nesse sentido, são desacordos razoáveis entre pessoas razoáveis, persistindo após debate e deliberação cuidadosos e ponderados”.

da última palavra acerca da Constituição, os juízos políticos e as manifestações públicas controversas de seus membros, entre outros – colocaram-nas no centro das principais disputas políticas e como alvo fácil da retórica e das práticas autoritárias que espreitam as instituições e os movimentos políticos em todo o mundo – principalmente, porque as pessoas passaram a desconfiar das cortes constitucionais independentemente do seu acerto ou do seu erro.

Isso, contudo, não é decorrência do azar das cortes constitucionais. É, sim, reflexo de um exercício inadequado da jurisdição constitucional, de práticas inconsequencialistas das cortes, das fissuras provocadas pelos juízes e tribunais na busca de uma vitória rápida – ainda que efêmera –, da garantia da sua autoridade em vez da garantia da Constituição e do povo, do afastamento da comunidade política da identidade constitucional e democrática que a constitui (ou que deveria constitui-la). São muitos os motivos que permitem afirmar que as cortes constitucionais criam ou intensificam as crises das democracias constitucionais – especialmente, conforme destaca Hirschl, a "dependência excessiva [...] para determinar questões controversas, como a razão de ser de uma entidade política", o que rompe a "essência da política democrática como um empreendimento que envolve uma deliberação relativamente aberta [...] informada e responsável"[111] (Hirschl, 2004, p. 187).

Essas reflexões poderiam nos conduzir à conclusão de que somos melhores sem as cortes, que elas são as vilãs das democracias constitucionais e que nossos direitos estariam mais bem garantidos se elas não existissem, que a atuação dos juízes e tribunais nos desconstitui enquanto comunidade política. Se essa conclusão estivesse integralmente correta, sobraria pouquíssimo espaço para a preservação da democracia constitucional, constituída sob a tensão e sob o dissenso que precisam ser mediados. Isso porque a mediação dos dissensos depende de uma estrutura institucional capaz de exercer um papel contramajoritário, ao menos logicamente[112] -

---

[111] No original: "an excessive reliance […] to determine contentious issues such as a polity's raison d'être" […] "essence of democratic politics as an enterprise involving a relatively open […] informed and accountable deliberation".

[112] Isso não significa que o papel das cortes constitucionais *é* contramajoritário e favorável à democracia constitucional. Significa somente que ele *pode ser*. Enquanto as estruturas representativas (como o legislativo e o executivo) são logicamente majoritárias, as cortes constitucionais têm uma disposição independente do majoritarismo e, por isso, podem mediar os dissensos da comunidade política com igual consideração em relação à maioria e à minoria, o que é fundamental para as democracias constitucionais. No entanto, isso exige mais que uma disposição lógica. Sem uma correção normativa e comportamental, as cortes constitucionais se enodam em uma trama muito controversa.

sobretudo tendo em vista que a virtude da democracia constitucional não consiste na prevalência da democracia ou do constitucionalismo, mas na relação complexa e paradoxal que tecem em prol da garantia de uma comunidade política plural, igualitária e mais justa. Por isso, reforçando a afirmação de Carlos Santiago Nino,

> Mesmo que a ausência de controle judicial da constitucionalidade fosse logicamente compatível com a supremacia constitucional, pode não ser compatível com a nossa concepção de uma dimensão ideal de direitos e de organização do poder. [...] o processo democrático não pode ser o último recurso na proteção dos direitos individuais, uma vez que a principal função dos direitos é conter as decisões da maioria e proteger os interesses dos indivíduos isolados e das minorias.[113] (Nino, 1997, p. 269)

Nesse sentido, o reconhecimento de que as democracias constitucionais estão em crise e de que as cortes constitucionais contribuem para isso exige um compromisso normativo e comportamental de correção dos problemas e déficits que as atravessam. Ou seja, esse diagnóstico não deve significar a morte das cortes constitucionais ou da democracia constitucional, mas, pelo contrário, deve contribuir para uma reflexão acerca de caminhos que permitam a reconstrução de um sistema institucional capaz de mediar as tensões constitutivas das democracias constitucionais e distensionar suas crises.[114] Portanto, antes de qualquer coisa, o papel das cortes constitucionais nas democracias constitucionais deve ser tanto responsável em relação aos impactos políticos e sociais de suas decisões quanto

---

[113] No original: “Incluso si la ausencia del control judicial de constitucionalidad fuera lógicamente compatible con la supremacía de constitucional, puede suceder que no sea compatible con nuestra concepción de una dimensión ideal de los derechos y de la organización del poder. [...] el proceso democrático no puede ser el último recurso em la protección de los derechos individuales, dado que la principal función de les derechos es contener las decisiones mayoritarias y proteger los intereses de los individuos aislados y de las minorías”.

[114] A esse respeito, de acordo com Vera Karam de Chueiri, “Uma constituição radical é aquela que retém o impulso constituinte. Ela não se acomoda na estrutura liberal da casa de máquinas e dos direitos enumerados se arriscando a ser mais do que isso. Os direitos estão na constituição na medida em que ela viabiliza a sua (dos direitos) constante reinvenção e demanda. Repito, uma constituição radical não sintetiza a tensão entre poder constituinte (democracia) e poderes constituídos (constitucionalismo): ela é precisamente isso, a tensão (produtiva)” (Chueiri, 2024, p. 118), de modo que “Por radicalizar a constituição proponho uma compreensão dela como um evento, numa ruidosa relação entre promessa e efetividade, potência e ato, ação política e ordem constituída, democracia e constitucionalismo, mas não só. É preciso internalizar esse ruído nas práticas políticas e jurisdicionais, de maneira a aprofundar o compromisso de todos com a democracia e o constitucionalismo. Isto significa o impacto da noção de constituição radical no exercício cotidiano dos direitos fundamentais, mediado por instituições — como, por exemplo, a jurisdição constitucional, o parlamento e demais instâncias deliberativas — e, também, pelo que excede as instituições — isto é, o povo em sua performance e no tempo dos eventos. Não há engrenagens na sala de máquinas da democracia constitucional que não sejam ruidosas e que não extravasem os limites das suas paredes” (Chueiri, 2024, pp. 109-110).

autoconsciente de que a última palavra acerca da Constituição é sempre provisória e não pertence a ninguém.

Assim, diante das crises das democracias constitucionais, os juízes, juízas e tribunais devem se afastar da posição central que assumiram – esse espaço pertence ao povo e deve ser ocupado pela comunidade política. O campo das cortes constitucionais deve ser outro: mais discreto e mais coerente com a ideia de que a Constituição e sua interpretação pertencem ao povo. Ou seja, tendo em vista as crises que atravessam o constitucionalismo democrático, as cortes constitucionais devem assumir um compromisso profundo com os valores da democracia e do constitucionalismo, com uma postura menos ativa e mais responsável e com a (re)construção de um espaço seguro e produtivo para o dissenso razoável.

É fundamental que as cortes levem a deliberação democrática, o autogoverno coletivo e a autonomia individual a sério. O distensionamento das crises das democracias constitucionais depende disso em grande medida. Por isso, no lugar do autoatribuído papel de motor da história, as cortes constitucionais devem assumir uma função deliberativa ampla, capaz de mediar os conflitos próprios da vida coletiva das democracias constitucionais, integrando o povo no processo de deliberação democrática em posição de igualdade, garantindo a Constituição e os direitos fundamentais e traduzindo a deliberação democrática – a decisão coletivamente tomada – em linguagem normativa, sempre em (re)construção.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes / Bruce Ackerman; trad. Isabelle M. C. Vasconcelos, Eliana V. Santos.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

ÁFRICA DO SUL. The Constitutional Court of South Africa. **Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others**, Judge Yacoob, j. 04 out. 2000.

ALMEIDA, Eloísa Machado de; CUNHA, Luciana Gross; FERRARO, Luiza Pavan. **STF e a pandemia: controle constitucional concentrado durante o primeiro ano da pandemia COVID-19 no Brasil.** In: 45º Encontro Anual da Anpocs, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo: entre o direito e a política / Diego Werneck Arguelhes.** 1 ed. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido / Aliomar Baleeiro.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. **Constitutional Democracy in Crisis? / Edited by Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2018. pp. 13-28.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, vol. 8, 2012. pp. 59-85.

BARROSO, Luis Roberto. A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **Revista Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI)**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jan-mar 2022, pp. 33-56.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito E Práxis**, vol. 9, n. 4, dez. 2018. pp. 2171-2228.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.754/2016**, 16 mar. 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 658/2022**, 22 mar. 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2318399. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 28/2024**, 10 jul. 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2448732. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.701/2023** – Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14701.htm. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. Presidente (2019-2022: Jair Messias Bolsonaro). **Discurso de 07 de setembro de 2021.** São Paulo, 07 set. 2021. Disponível em: https://www.poder360.com.br/governo/leia-a-integra-do-discurso-de-bolsonaro-no-ato-de-7-de-setembro-em-sao-paulo/. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 08/2021**, 09 abr. 2021. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148030. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n. 4070 REF**, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, j. 05 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n. 4039**, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43**, Rel Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 07 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44**, Rel Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 07 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54**, Rel Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 07 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 87**, Rel Min. Gilmar Mendes, j. 22 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5017**, Rel Min. Joaquim Barbosa, j. 17 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.582**, Rel Min. Gilmar Mendes, p. 28 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.583**, Rel Min. Gilmar Mendes, p. 29 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.586**, Rel Min. Gilmar Mendes, p. 05 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n**. **86**, Rel Min. Gilmar Mendes, p. 18 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 470**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709**, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 05 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 742 MC-REF**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Edson Fachin, j. 24 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378**, Rel. Min. Edson Fachin, v. 16 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126292**, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152752**, Rel. Min. Edson Fachin, j. 12 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4781**, Min. Rel. Alexandre de Moraes, j. 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4921**, Min. Rel. Alexandre de Moraes, j. 03 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4922**, Min. Rel. Alexandre de Moraes, j. 03 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.378**, Min. Rel. Rosa Weber, j. 06 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.379**, Min. Rel. Rosa Weber, j. 06 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.384**, Min. Rel. Rosa Weber, j. 09 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 34.394**, Min. Rel. Rosa Weber, j. 08 set. 2016.

CANADÁ**. The Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982)**. Disponível em: https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/pdf/charter-poster.pdf. Acesso em: 01 nov. 2024.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Constituição Radical: percursos de constitucionalismo e democracia / Vera Karam de Chueiri.** Belo Horizonte: Arraes, 2024.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 58, 2013. pp. 25-36.

CHUEIRI, Vera Karam de. Is There Such Thing as a Radical Constitution? In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism.** Springer: Switzerland, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de. Poder Constituinte com(o) direito de resistência: alternativas teóricas e práticas da crise da democracia constitucional. **Gralha Azul**. Curitiba, edição n. 25, ago./set. 2024a, p. 238-249.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison: uma leitura crítica.** Curitiba: Juruá, 2017.

CÓLON-RIOS, Joel L. **Weak Constitucionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power.** Abingdon: Routledge, 2012.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o "fundamento místico da autoridade" / Jacques Derrida; trad. Leyla Perrone-Moisés.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Oxford: Hart Publishing, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito / Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of United States**. Disponível em: https://www.archives.gov/founding-docs/constitution. Acesso em: 01 nov. 2024.

EUA. U.S. Supreme Court. **Bush v. Gore**, 531 U.S 98 (2000). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/. Acesso em: 01 nov. 2024.

EUA. U.S. Supreme Court. **Loper Bright Enterprises v. Raimondo**, 603 U.S (2024). Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions /23pdf/22-4517m58.pdf. Acesso em: 01 nov. 2024.

EUA. U.S. Supreme Court. **Marbury vs. Madison**, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/fede ral/us/5/137/. Acesso em: 01 nov. 2024.

EUA. U.S. Supreme Court. **Trump v. United States**, 603 U.S (2024). Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/23-939_e2pg.pdf. Acesso em: 01 nov. 2024.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial**, 15 set. 2024. Disponível em: https://www.dof.gob.mx/notadetalle.php?codigo=5738985&fecha=15/09/2024#gsc.tab=0. Acesso em: 01 nov. 2024.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como uma conversación entre iguales / Roberto Gargarella.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho em America Latina / Roberto Gargarella.** 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010).** Buenos Aires: Katz, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Latin America: Constitutions in Trouble. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. **Constitutional Democracy in Crisis? /**

Edited by Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018. pp. 177-190.

GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a judicial voice. **New York University Law Review**, December 1992, vol. 67, n. 6, pp. 1185-1209.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a Constitutional Democracy / Tom Ginsburg, Aziz Z. Huq.** Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

GLEZER, Rubens. **Catimba Constitucional: O STF, Do Antijogo à Crise Constitucional / Rubens Glezer.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário / The Brazilian Supreme Court against the rules of constitutional process: individual precautionary measures, transaction of the constitutionality and the silence of the Plenary of the Court. **Revista Direito E Práxis**, vol 12, n. 2, jun. 2021. pp. 1034-1069.

GODOY, Miguel Gualano de. **STF e Processo Constitucional: Caminhos possíveis entre a ministrocracia e o plenário mudo.** Belo Horizonte: Editora Arraes, 2021.

GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis? / Edited by Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2018.

GRABER, Mark; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in Crisis? Introduction. In: _____. **Constitutional Democracy in Crisis? / Edited by Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2018. pp. 1-12.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

HAMILTON, Alexander. The Federalist 78. In: _____; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 379-385.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBES, Thomas. **Do Cidadão / Thomas Hobbes; trad. Renato Janine Ribeiro.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional / Hans Kelsen: introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya**. Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial.** 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. Impeachment: a Arma Nuclear Constitucional. **Lua Nova**, n. 108, 2019. pp. 157-176.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, vol. 157, n. 3, February 2009. pp. 707-753.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

MADISON, James. The Federalist 46. In: _____; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 233-239.

MADISON, James. The Federalist 47. In: _____; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 239-245.

MADISON, James. The Federalist 48. In: _____; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 245-249.

MADISON, James. The Federalist 49. In: _____; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 249-253.

MADISON, James. The Federalist 50. In: _____; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 253-256.

MADISON, James. The Federalist 51. In: _____; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers / Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; ed. Lawrence Goldman.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. pp. 256-260.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy / Conrado Hübner Mendes.** Oxford: Oxford Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **O discreto charme da magistocracia: vícios e disfarces do judiciário brasileiro.** São Paulo: Editora Todavia, 2023.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional Erosión in Brazil / Emilo Peluso Neder Meyer.** Nova Iorque: Hart Publishing, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis / Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOUFFE, Chantal. **On the political: thinking in action / Chantal Mouffe.** London and New York: Routledge, 2005.

NICAS, Jack. Ele é o defensor da democracia no brasil. Mas será que ele é realmente bom para a democracia? **The New York Times**. Nova Iorque, 22 jan. 2023. Disponível

em: https://www.nytimes.com/pt/2023/01/22/world/americas/stf-censura-bolsonaro-moraes.html. Acesso em: 01 nov. 2024.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa / Carlos Santiago Nino.** Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

O GLOBO. Gilmar Mendes: PT instalou uma “cleptocracia” no país. **O Globo**, 19 set. 2015, n. 29993, p. 4. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515712/noticia.html?ref=thegadsdenpost.com. Acesso em: 01 nov. 2024.

OIT. **Convenção n. 169** – sobre Povos Indígenas e Tribais. Genebra, 07 jun. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 01 nov. 2024.

PUGLIESE, William Soares. **Instituições de Direito Processual Civil e Precedentes como Fonte do Direito / William Soares Pugliese**. Londrina: Thoth Editora, 2022.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência / William Soares Pugliese**. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O Tribunal: como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária / Felipe Recondo; Luiz Weber.** 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2023.

ROMERO, Felipe; SOARES, João Victor. Bolsonaro volta a falar em não cumprir decisão do STF sobre Marco Temporal. **CNN Brasil**, 27 mai. 2022. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-volta-a-falar-em-nao-cumprir-decisao-do-stf-sobre-marco-temporal/. Acesso em: 01 nov. 2024.

SENADO FEDERAL. Lewandowski ressalta ampla defesa assegurada a Dilma. **Senado**, Brasília, 31 ago. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/31/lewandowski-ressalta-ampla-defesa-assegurada-a-dilma. Acesso em: 01 nov. 2024.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil RightsCivil Liberties Law Review**, vol. 47, pp. 371-455, 2012.

SUNSTEIN, Cass. **Constitutional Personae / Cass Sunstein.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

TOQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes; trad. Eduardo Brandão.** vol. 1. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TSE. **TSE indefere pedido de registro de candidatura de Lula à Presidência da República**, 01 set. 2018. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica. Acesso em: 01 nov. 2024.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **Marshall Law Review**, n. 523, 37 J., 2004, pp. 523-553.

TUSHNET, Mark. **Taking Constitution Away from the Courts / Mark Tushnet. Princeton**: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** Princeton: Princeton University Press, 2008.

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

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: ventanas y desventajas de tomar decisión es por mayoría em el Congreso y em los tribunales / Jeremy Waldron.** Ciudad Atónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.