

O PRETENSO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

THE PRETENDED COUNTERMAJORITY ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS

Cognitio Juris

Ano XII - Número 39 - Edição Especial - Março de 2022

ISSN 2236-3009

Autores:

Célio do Prado Guimarães Filho[1]

Thaís Ferreira Viturino Boueres[2]

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o suposto papel contramajoritário das Cortes Constitucionais à luz das estruturas de poder democraticamente eleitas, notadamente na figura do Chefe do Executivo, que detém a legitimidade majoritária de uma nação em um sistema presidencialista. Nas democracias contemporâneas, atribui-se ao judiciário a legitimidade para a defesa do direito das minorias (papel contramajoritário). Todavia, a partir do referencial teórico de Robert Dahl, a presente pesquisa propõe-se a investigar se de fato o judiciário pode atuar contrapondo-se aos interesses da maioria, a chamada dificuldade contramajoritária. Conclui-se que uma Corte Constitucional não pode se afastar muito das “visões majoritárias”, pois, caso isso ocorra, forças políticas maiores colocarão a Corte “de volta na linha” (efeito *backslash*). O resultando do trabalho é uma análise das interrelações entre o Poder Executivo, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal. Metodologicamente, a abordagem é qualitativa e pauta-se numa revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Corte Constitucional. Papel contramajoritário. Efeito *backslash*.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the supposed countermajoritarian role of the Constitutional Courts in the light of democratically elected power structures, notably in the figure of the Chief Executive, who holds the majority legitimacy of a nation in a presidential system. In contemporary democracies, the judiciary is given legitimacy to defend the rights of minorities (countermajoritarian role). However, based on Robert Dahl's theoretical framework, the present research proposes to investigate whether in fact the judiciary can act in opposition to the interests of the majority, the so-called countermajoritarian difficulty. It is concluded that a Constitutional Court cannot stray too far from the "majority views", because, if that happens, larger political forces will put the Court "back in line" (backslash effect). The result of the work is an analysis of the interrelationships between the Executive Power, the National Congress and the Federal Supreme Court. Methodologically, the approach is qualitative and is based on a bibliographic and jurisprudential review.

Keywords: Constitutional Court. Countermajority role. Backslash effect.

Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar o pretense papel contramajoritário das Cortes Constitucionais à luz das estruturas de poder democraticamente eleitas, traduzindo as observações deste trabalho para a atuação do Supremo Tribunal Federal. A concepção tradicional é de que as cortes constitucionais exercem um papel de defesa dos interesses das minorias, notadamente no exercício de sua prerrogativa de análise da constitucionalidade das leis (*judicial review*).

O Poder Judiciário é comumente chamado para se manifestar sobre temas caros para a sociedade, nos quais não há um consenso no tecido social sobre qual é a melhor solução, ou

relativos à criação e implementação de políticas públicas (*public policies*), o que é verificado em maior intensidade nas situações em que aparato normativo que rege a matéria não é claro ou suficiente para solucionar a controvérsia.

Em um sistema democrático, é esperado que prevaleça a vontade da maioria. Todavia, é comumente afirmado que compete ao Poder Judiciário o dever de preservar os interesses das minorias contra eventuais abusos da maioria. Ocorre que essa situação traduz uma dificuldade moral, que se materializa com a problemática de se legitimar, em um sistema democrático em que deve prevalecer a vontade da maioria, que o judiciário se comporte como um órgão contramajoritário.

O que se tem é um aparato teórico que reconhece um papel de defesa das minorias pelo Poder Judiciário, uma salvaguarda necessária para a proteção contra uma eventual tirania da maioria. Em razão disso, se desenvolveu uma farta literatura sobre como conciliar o controle de constitucionalidade (quando exercido por agentes desprovidos de legitimidade democrática), com um sistema democrático, no qual deve prevalecer a soberania da vontade popular.

Entretanto, o que se observa é que a atuação de um Tribunal Constitucional não tende a destoar do entendimento político-ideológico predominante em determinado recorte temporal/social.

Isso porque, os agentes políticos responsáveis por indicar e aprovar a nomeação dos juízes para as Supremas Cortes, irão buscar nomes alinhados com o seu posicionamento. Assim, ao longo do mandato, será oportunizada a possibilidade de indicação de novos membros, de modo que mesmo que haja um desalinhamento ideológico entre Judiciário e Legislativo, esse será apenas momentâneo, dado que com a alteração da composição espera-se que a Corte Constitucional passe a atuar como um órgão que se coadune com o entendimento majoritário.

Assim, pretende-se investigar se a Suprema Corte pode ou não se afastar das “visões majoritárias”, uma vez que se assim o fizer, forças políticas maiores colocarão a Corte “de volta na linha”, seja pela revogabilidade política de suas decisões, seja pela alteração da composição do Tribunal que naturalmente irá ocorrer ao longo do mandato dos agentes políticos.

Quanto aos aspectos metodológicos, será adotada uma abordagem qualitativa a partir de uma revisão bibliográfica da literatura sobre o tema e de estudos de casos da jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal.

Aqui é importante traçar uma limitação metodológica deste trabalho. De fato, é impossível, em dado caso concreto, afirmar se determinado ato normativo ou julgamento atende aos interesses da maioria ou minoria. É nesse sentido que se adota a premissa de que se um ato foi emanado do Legislativo, órgão dotado de legitimidade democrática (seus membros são democraticamente eleitos), presume-se que são atos que representam a vontade da maioria legisladora nacional.

1. Jurisdição Constitucional: o papel contramajoritário do Poder Judiciário

O estado da arte do Direito Constitucional contemporâneo atribui ao Poder Judiciário, em especial para as cortes constitucionais, o exercício de um papel contramajoritário no controle de constitucionalidade das leis, na defesa das minorias.

A jurisdição constitucional é a garantia do império da Constituição como instrumento de organização estatal e previsão de instrumentos aptos a permitir sua concretização[3]. Nesse aspecto, é a Constituição que regula o processo de criação das leis, sua aplicação e o processo de revogação.

Por sua vez, os atos infralegais, criados com fundamento na lei, tem por objetivo a sua aplicação, como os decretos e os atos administrativos. Essa estrutura hierárquica permite

observar que dentro dos limites constitucionais, o legislador goza de relativa autonomia para exercer a sua prerrogativa de criação do direito[4].

Com efeito, é a partir da noção de Constituição[5], em que esta passa a figurar como instrumento hierárquico superior da ordem jurídica de um Estado, que se torna cabível a declaração de nulidade de uma lei que esteja em desacordo com a norma constitucional. Tem-se nesse contexto a possibilidade de se declarar a nulidade de um ato emanado pelo Poder Legislativo, órgão dotado de legitimidade democrática, com fundamento na Constituição.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário já implica em uma atividade contramajoritária[6] no sentido de que desafia um ato emanado por indivíduos eleitos democraticamente. A temática ganha contornos ainda mais complexos quando o Poder Judiciário é instado para se manifestar sobre direitos de grupos minoritários, como casamento de pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, meio ambiente, discriminação de gênero, e outros temas correlatos.

Nesse sentido, identifica-se no Judiciário um papel de atuar em defesa de grupos minoritários, em uma autêntica função contramajoritária, vale dizer, é reconhecido ao Judiciário uma atribuição de defesa dos interesses das minorias fundamentada na proteção dos direitos fundamentais e na proteção das regras do sistema democrático[7].

Todavia, a lógica do papel contramajoritário de uma Corte Constitucional desafia a lógica de um sistema democrático em que deve prevalecer a soberania do voto popular. O questionamento que se coloca é como uma Corte Constitucional, onde seus membros não são escolhidos pelo voto popular, podem decidir questões sobre a validade das leis ou legitimidade das políticas públicas adotadas[8].

Assim, a partir das concepções tradicionais de soberania popular e igualdade política, não é cabível legitimar o comportamento de uma Corte Constitucional de forma contramajoritária.

Qualquer releitura da teoria democrática não pode ocultar o fato de que um sistema em que as preferências políticas das minorias prevalecem sobre as maiorias está em desacordo com a lógica democrática e com a soberania popular.

Com efeito, o desafio sobre o déficit de legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário tem sido palco de diversas discussões entre os constitucionalistas (nacionais ou estrangeiros[9]). Essas questões se tornam mais sensíveis naqueles casos em que o Poder Judiciário é provocado para se manifestar sobre questões inerentes a políticas públicas.

2. A Corte Constitucional como uma instituição política?

Apresentada a controvérsia acerca do suposto papel contramajoritário de um Tribunal Constitucional, um ponto que merece melhor análise é a natureza da atuação da corte.

Tradicionalmente, sempre se enxergou nos Tribunais, e um Tribunal Constitucional não é exceção, uma natureza eminentemente jurídica, de aplicação da lei ao caso concreto. Assim, levado um conflito de interesses para o Judiciário, este deve aplicar a lei decidindo a controvérsia.

Não se está aqui afirmando que está é uma atividade mecânica, de mera subsunção dos fatos à norma jurídica. De fato, a muito se reconhece que a aplicação da lei exige uma atividade hermenêutica, vale dizer, é necessário o exercício de atividade interpretativa para extrair do texto legal (significante) o seu sentido (significado)[10].

O que se está afirmando é que nem toda norma jurídica apresenta um grau de indeterminação, isto é, uma dúvida hermenêutica que irá exigir do aplicador da norma, entre os seus diversos significados, extrair aquele que melhor se adequa ao caso concreto[11].

É a partir dessas constatações que se pode concluir que em larga medida um Tribunal Constitucional atua como uma instituição jurídica, interpretando (interpretar no sentido de

extrair significado do texto legal e não de adotar um significado dentre os vários possíveis no caso de uma dúvida hermenêutica) e aplicando a lei ao caso concreto. Essa afirmação é ainda mais relevante quando se observa a realidade do Judiciário brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal é constantemente chamado a se manifestar sobre temas em que solução normativa a ser aplicada não exige maiores dificuldades.

No relatório Supremo em *Números*, constata-se que grande parte das decisões da corte não se voltam para discussões constitucionais propriamente ditas, tendo por objeto a atuação em sede recursal ou de ações originárias[12]. Essa constatação reforça o argumento de que como regra uma Corte Constitucional tem uma atuação eminentemente jurídica, aplicando-se a lei ao caso concreto.

Todavia, o que se busca demonstrar é que pela natureza das questões que são submetidas a um Tribunal Constitucional, a sua atuação em algumas questões terá uma natureza também política. O que se observa é que muitos dos casos submetidos a Corte Constitucional não podem ser decididos pela mera adoção do critério legal, isto é, uma mera interpretação do texto normativo com a extração de um significado único a ser aplicado.

Muitas das controvérsias envolvem a legitimidade de uma política pública, questões relativas à regulação econômica ou temas em que o texto normativo não é claro ou preciso o suficiente, adotando expressões vagas ou ambíguas, o que traduz uma obrigação para o Judiciário em adotar um sentido a partir da hermenêutica.

Trata-se de casos em que docentes e especialistas em Direito Constitucional não possuem uniformidade quanto ao real sentido da Constituição, e a jurisprudência não apresenta qualquer auxílio ao intérprete, trazendo precedentes em diversos sentidos.

Nas hipóteses em que há uma lacuna legal ou mesmo quando o texto normativo é impreciso, exigindo do intérprete a adoção de uma técnica de hermenêutica para a extração do sentido da lei, não se pode negar que o judiciário estará, em algum grau, se aventurando em um

campo reservado ao legislador.

Quando se pensa em um sistema jurídico em que é vedado ao judiciário deixar de decidir na hipótese de uma omissão na lei (*non liquet*), a conclusão lógica é que o judiciário está apto a criar uma regra jurídica (legislar), a fim de solucionar a controvérsia apresentada.

Não se desconhece que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz os critérios a serem adotados (art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), quais sejam, analogia, costumes e princípios gerais. O que se deve ter em perspectiva é que essa ordem de preferência sistemática também resulta em uma maior liberdade ao juiz a cada etapa que se avança.

Nesse sentido, é inegável que na solução de uma controvérsia com fundamento nos princípios gerais do direito, o grau de discricionariedade do juiz será maior do que quando se consegue solucionar a controvérsia pela analogia.

Na hipótese em que já existe uma regra jurídica aplicável, mas que ao mesmo tempo traduz uma imprecisão terminológica que tolera múltiplas interpretações, também não se pode negar que o juiz também tem um espaço de discricionariedade. Importante observar que não há no ordenamento jurídico brasileiro uma regra pré-definida (como se tem no caso de lacuna legal), para solucionar uma ambiguidade da norma. Não se está afirmando que o juiz tem total liberdade interpretativa, mas dentre os significados tolerados pelo texto legal, deve-se reconhecer que o jurista está em um campo de discricionariedade[13].

Destarte, seja nos casos de lacuna legal, em que serão aplicados algum método de integração, ou na hipótese de uma dúvida hermenêutica em que o juiz deverá adotar alguma das soluções possíveis dentro moldura do texto legal, a definição de qual será o significado correto ou da interpretação correta é uma discussão que adentra no ramo da política do direito[14].

Todavia, não apenas em face de uma lacuna ou indeterminação normativa é que um Tribunal Constitucional pode vir a atuar como uma instituição política. Os casos complexos (*hard cases*) exigem que a solução a ser decidida também considere aspectos extrajurídicos.

Por exemplo, no julgamento *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada para se manifestar sobre a questão da segregação racial em escolas públicas. A controvérsia versava sobre a constitucionalidade da legislação do Estado do Kansas que autorizava a segregação racial em escolas públicas.

Quando se analisa a natureza da discussão envolvendo *Brown v. Board of Education*, a declaração de inconstitucionalidade da legislação do Estado do Kansas, bem como os processos que se seguiram para concretizar seus efeitos demonstram que a atuação da Suprema Corte não se limita ao espectro jurídico. No caso em comento, mesmo após o reconhecimento da inconstitucionalidade, o Tribunal não tentou implementar de imediato a sua decisão. Foram realizadas audiências públicas, reuniões com os Procuradores-Gerais dos Estados e um plano de dessegregação que durou anos até que fosse completamente implementado[15].

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes já se deparou com os *hard cases* (casos difíceis), em que a resposta meramente jurídica não seria apta a solucionar a questão.

No julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF que versava sobre as violações generalizadas de direitos fundamentais e reiterada inércia estatal no sistema carcerário brasileiro, o STF não apenas reconheceu um estado de coisa inconstitucional, como também expediu diversas determinações ao poder público que, em última análise, implicavam na atuação do judiciário no espaço decisório das políticas públicas[16].

A decisão em comento, ao reconhecer um quadro de violação massivo e persistente de direitos fundamentais, impôs diversas obrigações aos Poderes da Federação, como a

determinação para que a União abstenha-se de contingenciar os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, liberando os recursos para a sua finalidade e a implantação das audiências de custódia, viabilizando a apresentação do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas[17].

Com efeito, a complexidade dos casos (*hard cases*), a ausência de resposta clara na Constituição, as controvérsias envolvendo a implementação de políticas públicas e a ausência de posição uniforme na sociedade sobre o tema traduzem um contexto em que é exigido do Tribunal Constitucional uma resposta que não se limite ao espectro jurídico, também analisando o tema sobre o viés político.

3. Influência político-ideológica e atuação contramajoritária

De início, conforme já exposto em linhas pretéritas, o Poder Judiciário, como regra, atua aplicando a lei ao caso concreto, sobre temas nos quais não há grandes controvérsias e o texto legal indica qual é a solução a ser adotada de forma clara. Nesses casos, tem-se uma atuação eminentemente jurídica.

Todavia, em questões em que a solução normativa não é clara ou quando há grande divergência social sobre o tema, os chamados *hard cases*, o aspecto político-ideológica também estará presente no processo de tomada de decisão. A partir dessas premissas, o que se verifica é que a ideologia política dominante influencia na decisão judicial, o que se faz presente de forma ainda mais significativa quando se analisa o comportamento de uma Corte Constitucional.

No livro "*Are Judges Political*"[18], foi apresentada uma pesquisa empírica acerca da influência ideológica na tomada de decisões dos juízes. Buscou-se analisar o comportamento dos juízes federais dos Estados Unidos, que são nomeados por indicação do Presidente, categorizando os votos com uma conotação liberal ou conservadora.

Nesse sentido, foram analisados casos envolvendo a pena de morte, discriminação racial, ações afirmativas, direito das pessoas com necessidade, discriminação sexual, proteção do meio ambiente, entre outras questões que envolvem uma alta carga ideológica[19].

Os votos foram classificados com um estereótipo liberal ou um estereótipo conservador. O trabalho adotou três hipóteses que posteriormente foram confrontadas com os dados colhidos pelos pesquisadores, quais sejam: (a) indicados democratas tendem a prolatar votos do estereótipo liberal e indicados republicanos a votar a partir do estereótipo conservador; (b) os votos dos juízes são influenciados pela filiação partidária do presidente que nomeou os outros juízes do órgão colegiado de que fazem parte; e (c) essas duas influências resultam em decisões judiciais que são afetadas pela composição do órgão colegiado.

A pesquisa realizada demonstrou como em questões sensíveis ou nos chamados *hard cases*, a influência ideológica é notória no comportamento do magistrado. Mais ainda, verificou-se uma amplificação ou um amortecimento ideológico de acordo com a composição do órgão colegiado. Assim, juízes indicados por um presidente democrata quando atuavam de outros democratas tinham uma maior chance de proferir um voto liberal (amplificação ideológica); em sentido oposto, juízes democratas quando atuavam junto de juízes indicados por um presidente republicano tinham menor probabilidade de proferir um voto liberal (amortecimento ideológico).

Um aspecto notável da pesquisa é que um nomeado democrata isolado atuando com juízes republicanos têm uma menor probabilidade de proferir um voto liberal (por exemplo em uma discussão sobre ações afirmativas) do que um nomeado republicano isolado atuando com juízes democratas, confirmando a terceira hipótese de que a composição do painel influencia nos votos.

As conclusões do trabalho demonstram que: (a) o voto ideológico é observável; (b) os efeitos da amplificação e do amortecimento ideológico são substanciais; e (c) como resultado, há

uma grande influência da composição do colegiado na interpretação e aplicação da lei.

Traduzindo as observações para o Judiciário brasileiro, a forma de investidura dos magistrados federais impede a transposição das conclusões do trabalho. Mesmo no caso do STF, em que compete ao Presidente da República a indicação dos Ministros, o pluripartidarismo brasileiro traduz uma dificuldade para que possam ser incorporadas as ideias apontadas em sua integralidade. Todavia, alguns pontos merecem uma melhor análise.

O que se tem visto no Brasil, principalmente em anos recentes, é que o Chefe do Executivo tem buscado indicar ao STF ministros que compartilhem da visão político-ideológica do partido. Ao longo do mandato presidencial, com a oportunidade de nomeação de novos ministros, é possível alterar gradativamente a inclinação da corte, resultando em um alinhamento político-ideológico entre a Corte Constitucional e o grupo político que ocupa o poder naquela oportunidade.

Analisando a composição do STF em dezembro de 2021, tem-se um Ministro indicado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso (Ministro Gilmar Mendes), três indicados pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Ministro Ricardo Lewandowski, Ministra Cármen Lúcia e Ministro Dias Toffoli), quatro indicados pela Presidente Dilma Rousseff (Ministro Luiz Fuz, Ministra Rosa Weber, Ministro Luíz Roberto Barroso e Ministro Edson Fachin), um indicado pelo Presidente Michel Temer (Ministro Alexandre de Moraes) e dois indicados pelo Presidente Jair Bolsonaro (Ministro Nunes Marques e Ministro André Mendonça).

De fato, o que se observa é que a cada legislatura em maior ou menor medida será oportunizado ao Chefe do Executivo a indicação de algum Ministro para a Corte Constitucional. Considerando que essa alternância naturalmente tende a produzir uma composição paritária entre os membros diante dos diversos espectros ideológicos da política brasileira, a indicação de um ou dois ministros é suficiente para alterar a maioria dominante

na corte, alinhando o comportamento do Tribunal com a ideologia política dominante naquele momento.

O que se constata é que a mudança da ideologia política dominante, ao indicar Ministros com o mesmo viés, tende a provocar uma maior divergência na Corte, promovendo o debate. Essa conclusão foi observada em trabalho empírico sobre como o procedimento de escolha dos Ministros do STF afeta a independência do judiciário[20]. Todavia, o mesmo trabalho também indica que o modelo de escolha dos ministros do STF por indicação política do Chefe do Executivo não compromete a independência Poder do Judiciário[21].

4. O pretense papel contramajoritário do Poder Judiciário e a revogabilidade política de suas decisões

A tese da atuação majoritária da Corte Constitucional se sustenta na lógica de que os seus julgamentos refletem a vontade da maioria legislativa nacional. Nesse sentido, da mesma forma que os representantes políticos eleitos pela população se alteram ao longo de cada legislatura, a nomeação de novos ministros indicados pelo Chefe do Executivo fará com que o Tribunal altere o seu posicionamento de acordo com a posição político-ideológica da nova maioria. Assim, a composição do tribunal vai se alterando para se adaptar ao entendimento da maioria política.

É essa alteração da composição dos membros de uma Corte Constitucional que permite explicar como a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo Poder Legislativo não desqualifica a tese da atuação majoritária do Tribunal.

O posicionamento político do Judiciário não irá destoar da visão política da maioria legislativa, e caso haja essa dissonância de ideias, com a possibilidade de nomeação de novos juízes, é esperado que ocorra o alinhamento da visão político-ideológica entre legislativo e judiciário.

O trabalho de Robert Dahl sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos em uma democracia

elucida essa questão. O autor analisou o número de indicações que os Presidentes dos Estados Unidos fizeram ao longo dos seus mandatos, constatando que ao longo do primeiro ano de mandato o Presidente tem 20% de chances de fazer ao menos uma indicação, com 90% de chances de fazer uma indicação ao longo de 4 anos[22].

No Brasil, mesmo no período anterior a ditadura, é possível constatar como todos os Presidentes da República, em maior ou menor grau, tiveram a oportunidade de indicar Ministros para o STF. Todavia, como o propósito do trabalho é analisar como será haverá uma conformação de entendimento entre uma Corte Constitucional e a maioria política dominante, a análise irá se limitar para o período pós ditadura militar, a partir das primeiras eleições diretas com a escolha do Presidente Fernando Collor de Mello.

No período em questão, todos os Presidentes conseguiram indicar ao menos um Ministro[23]. No caso dos Presidentes Itamar Franco e Michel Temer, que apenas conseguiram indicar um Ministro, esse fato pode ser facialmente explicado uma vez que ambos assumiram o cargo no curso do mandato em face do *impeachment* do titular.

O que se observa é que a longo prazo, com o transcurso do mandato do Presidente da República, este terá a oportunidade de indicar novos Ministros para o STF, alinhando o posicionamento do Tribunal com o entendimento político dominante naquele momento.

Essa alteração na composição decorrente da mudança da maioria política dominante é o que explica a declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo Legislativo ser um ato de representação majoritária do Tribunal.

Nesse ponto, Dahl examinou todos os casos em que a Suprema Corte dos EUA tinha declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal e correlacionou essas decisões com o tempo de promulgação da lei e prolação da decisão de inconstitucionalidade.

Para essa análise, o autor adotou como premissa que seriam contramajoritárias as decisões

que caíram dentro de quatro anos da promulgação de um estatuto, dado que uma lei recém aprovada é de se presumir estar de acordo com as preferencias da maioria política vigente. Dahl observou que mais da metade das decisões reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei foram proferidas após o curso de quatro anos da sua promulgação.

No Brasil, o espectro de competências do STF dificulta essa análise, seja pelo excessivo número de demandas em controle concentrado que o Tribunal julga, mas também porque o órgão exerce suas prerrogativas como Corte Constitucional em sede recursal, definindo teses em repercussão geral que funcionam como parâmetros para o Judiciário e para a Administração Pública.

Ademais, os pedidos de vista que em muitas hipóteses atrasam o julgamento da demanda por anos, em que alguns votos são proferidos dentro da margem de quatro anos e outros não, afetam a transposição das observações de Dahl para o sistema brasileiro[24].

Ademais, o pluralismo político brasileiro, com um sistema de eleição proporcional para a Câmara dos Deputados e multipartidário, dificulta a transposição das ideias defendidas por Dahl, uma vez que o espectro político que representa a maioria dominante não irá se resumir em partido republicano ou partido democrata (como ocorre nos Estados Unidos). Todavia, diversas evidências corroboram a tese de que o STF também se comporta como um órgão majoritário.

Um ponto que merece destaque é analisar o que ocorre quando a Corte Constitucional desafia o entendimento da maioria política dominante, ou seja, quando de fato se comporta como um órgão contramajoritário. Nesse cenário, o esperado é uma reação do Poder Legislativo no sentido de reafirmar o seu posicionamento perante o Judiciário, o que se entende por revogabilidade política da decisão. Para isso, o Legislativo pode se valer dos diversos instrumentos normativos, como a edição de uma nova lei ou mesmo alterando o texto da Constituição.

Um exemplo marcante desse confronto entre o Judiciário e a maioria política dominante é o que ocorreu no período do governo do Presidente Roosevelt nos EUA. No período, a corte julgou inconstitucional mais de doze legislações sobre o programa do *New Deal*. Um ponto de destaque é que as medidas decorrentes do *New Deal* estavam alinhadas com a posição da maioria política dominante, seja porque decorreu de uma legislação aprovada pelo congresso americano em menos de quatro anos (adotando o critério de Dahl), ou porque a medida foi submetida a referendo popular obtendo grande aprovação[25]. Outro ponto de destaque é que as dificuldades iniciais de implementação das medidas do *New Deal* também decorreram da impossibilidade inicial do presidente eleito de indicar novos juízes para a Suprema Corte[26].

A oposição da Corte ao *New Deal* somadas as dificuldades iniciais em indicar juízes, resultou em uma reação do Presidente, que buscou aprovar uma legislação que adicionasse juízes à Corte, permitindo que o Poder Executivo pudesse nomear mais juízes favoráveis aos seus programas.

A ideia era permitir ao presidente nomear um novo juiz para cada juiz com mais de setenta anos que se recusasse a se aposentar. A lei teria dado a Roosevelt seis novos nomeados (desde que ninguém se aposentasse nesse ínterim), o suficiente para criar uma maioria para que a Corte passasse a se posicionar em favor das medidas do *New Deal*. Alternativamente, a pressão pela aprovação da lei poderia provocar uma mudança no comportamento da Corte, o que de fato ocorreu. Assim, com o objetivo de resguardar a sua independência, a Corte mudou seu posicionamento atendendo aos interesses do governo[27].

No Constitucionalismo brasileiro, é possível observar alguns casos de conflitos entre o Legislativo e o STF, em que o Congresso Nacional buscou a revogabilidade política das decisões do Tribunal. No ano de 2016, no julgamento da ADI nº 4.983/CE[28], o STF julgou inconstitucional a Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada, reconhecendo que houve violação ao inciso VII do art. 225 da CRFB por submeter os animais

à crueldade.

Em reação à decisão judicial, o Congresso Nacional aprovou a Emenda à Constituição nº 96, de 6 de junho de 2017, alterando a redação do art. 225 da CRFB para reconhecer que as práticas esportivas envolvendo animais, desde que sejam manifestações culturais e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, não são consideradas cruéis. No mesmo sentido, foi aprovada a Lei nº 13.873/2019, para elevar a vaquejada à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

O que se observa é que o comportamento do Judiciário quando confronta com a ideologia política dominante gera um atrito, que pode resultar em uma revogabilidade política da decisão judicial. Lado outro, não se pode afirmar que toda reação do legislativo irá resultar na edição de uma nova lei ou na alteração do texto constitucional.

Isso porque a reação dos agentes políticos também está muito atrelada ao grau de legitimidade da maioria política em determinado momento. Um governo enfraquecimento, com baixa popularidade e que não encontra respaldo da sociedade no que toca as políticas adotadas, irá encontrar pouco sucesso na tentativa de revogar politicamente as decisões de uma Corte Constitucional.

O enfraquecimento da classe política no poder também significa que outra ideologia política está surgindo, o que explica como decisões judiciais aparentemente contrárias aos interesses da classe política dominante (ou adotando o critério de Dahl, atos normativos aprovados a menos de quatro anos e declarados inconstitucionais) se sobrepõem à posição da maioria.

A postura do STF durante o processo de *impeachment* da Presidente Dilma pode explicar como o Tribunal adotou uma postura contrária ao partido responsável pela indicação da maioria dos seus membros. O enfraquecimento da até então maioria política dominante pode explicar como o partido que tinha o Presidente da República e a maioria dos parlamentares

em ambas as casas foi incapaz que impedir o prosseguimento do processo de *impeachment*. O Ministro do STF Luíz Roberto Barroso, em palestra defendendo um modelo de sistema semipresidencialista, afirmou que presidente Dilma Rousseff não foi afastada por crimes de responsabilidade ou por corrupção, mas, sim, por perda de sustentação política[29].

O que se observa é que a postura do Tribunal tende a refletir a posição da maioria legislativa nacional. Mesmo que em um primeiro momento não haja uma identidade de ideias entre Tribunal e a maioria legislativa, a composição da Corte vai se alterando para se adaptar ao entendimento dominante.

Quando o Tribunal desvia do entendimento da maioria legislativa nacional, essa postura poderá ensejar uma reação, sujeitando as decisões judiciais a uma revogabilidade política, seja pela edição de uma lei, ou até pela alteração do texto constitucional.

Ocorre que em alguns casos, mesmo o Tribunal adotando uma postura em desconformidade com a posição da maioria legislativa, não se constata qualquer reação da classe política. Isso pode ser explicado porque o Tribunal está renunciando a formação de nova maioria política.

A partir dessas constatações, é possível perceber como a noção de uma Corte Constitucional atuando de forma contramajoritária não se sustenta, uma vez que os atores políticos possuem instrumentos para conformar a atuação do Tribunal com o entendimento da maioria política dominante, e, sempre que essa lógica é quebrada, a conclusão a que se chega é a de que o Judiciário ou está flertando com o desastre (o que resultará em uma reação do Poder Legislativo, como ocorreu no caso da Vaquejada) ou antecipando a formação de uma nova maioria legislativa[30].

Conclusão

A atuação de um Tribunal Constitucional, notadamente no caso em comento, o STF não se limita a um órgão estritamente jurídico. Como um agente das políticas públicas, sua atuação

dialoga com os demais poderes, em especial com o que se apresentou aqui como maioria legisladora nacional.

As evidências apresentadas nesse trabalho refutam a noção de que o Tribunal tem um papel contramajoritário no sistema democrático, com um suposto dever de defesa das minorias contra os abusos das minorias.

O que se constata é que a Suprema Corte também é um agente político que se comporta a partir de quem seja a maioria legisladora nacional, o que não significa que o Tribunal é um simples espelho da política. Trata-se de um órgão que possui também uma conotação política, fortalecida no caso brasileiro pelo rol extenso e densidade dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, e tendo como principal base de poder a interpretação constitucional.

É a legitimidade de interpretação e aplicação da Constituição que irá legitimar ou confrontar o Tribunal Constitucional com a aliança política dominante. Exceto nas ocasiões de transição de poder, em que pode não haver uma conformação clara entre Tribunal e maioria legisladora, o Tribunal tende a adotar uma postura em conformidade com as políticas públicas defendidas pela maioria legislativa.

De fato, analisando a questão sob uma perspectiva crítica, provavelmente é impossível classificar uma decisão como de acordo com a posição majoritária ou como defesa dos interesses das minorias. No Brasil, em face do pluralismo social que se reflete na composição do Congresso Nacional, a ideia de uma maioria política dominante é de difícil identificação, ou, a depender do tema, ela pode ser fluida, variando em curto espaço de tempo de acordo com a visão social.

Outros aspectos também podem afetar o resultado do julgamento do STF, invalidando a hipótese apresentada. É recorrente que nos julgamentos do Tribunal os ministros apresentam pedidos de vista que duram anos. Durante a suspensão pelo pedido de vista, a

composição do Tribunal poderá ser alterada significativamente, assim como a posição política dominante

Ademais, deve-se ponderar que historicamente o processo de indicação de ministros do STF não é tão influenciado por aspectos político-ideológicos, como ocorre nos EUA. Em que pese esse cenário estar se alterando nos últimos anos, não se observa como um critério preponderante do Chefe do Executivo no processo de indicação de Ministros do STF qual é o alinhamento político do pretense Ministro^[31].

Com efeito, analisando as estruturas republicanas e reconhecendo que em um sistema democrático a soberania da vontade popular deve prevalecer, a conclusão deve ser no sentido de que uma Corte Constitucional, no caso o STF, é um agente político que irá atuar em conformidade com as políticas públicas defendidas pela maioria legisladora nacional.

A noção de uma Corte Constitucional atuando de forma contramajoritária não se sustenta, porquanto os agentes políticos detêm instrumentos para conformar a atuação do Tribunal com o entendimento da maioria política dominante.

Finalmente, um ponto a ser destacado é que o reconhecimento da atuação majoritária de uma Corte Constitucional não afasta a dificuldade moral em legitimar a atuação de um órgão em declarar a invalidade de leis emanadas pelo Poder Legislativo. Mesmo assumindo o papel majoritário do Tribunal, uma vez que seus agentes são desprovidos de legitimidade democrática (não são eleitos pelo voto popular), o questionamento sobre como o Poder Judiciário pode anular as decisões das instituições representativas dos governos se mantem?

Outrossim, mesmo assumindo que no longo prazo ocorra a conformação de entendimento entre a maioria legisladora e o Tribunal com a indicação de novos nomes, não há como negar que até que ocorram essas nomeações, o Tribunal poderá atrasar importantes políticas nacionais (como ocorreu no *New Deal*). A teoria majoritária não pode responder a esse tipo de questionamento.

Referências Bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências.** Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 21 n. 124 Jun./Set. 2019 p. 411-425. Disponível em:
<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2022>. Acesso em: 10 set 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista:** Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro** in Interesse Público – IP, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, n. 19, maio-junho de 2003 (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público).

DAHL, Robert. **Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker.** Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>. Acesso em 04 dez 2021.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Nova Iorque: Bloomsbury Publishing, Edição do Kindle.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise econômica do processo civil.** São Paulo: Editora Foco, Edição do Kindle, 2020, p. 102/103.

GROVE, Tara Leigh. **The Structural Safeguards of Federal Jurisdiction.** Harvard Law Review, Vol. 124, Forthcoming, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 434, FSU

College of Law, Law, Business & Economics Paper No. 10-6, Disponível em:
<https://ssrn.com/abstract=1585973>.

KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSER, William. **Supreme Court and the New Deal**, The Limits of Judicial Power: The Supreme Court in American Politics. [S. l.: s. n.]. v. 1 ISBN 0-8078-4233-8978-0-8078-4233-1. Disponível em:
<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lsdlc&AN=lsdlec.uncaadz0001.8&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 29 dez. 2021.

LAW, David S; VERSTEEG, Mila, **The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism** (June 13, 2011). California Law Review, Vol. 99, p. 1163, 2011, APSA 2010 Annual Meeting Paper, 5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 10-10-01, Disponível em:
<https://ssrn.com/abstract=1643628>.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito**: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. Revista Direito GV [online]. 2019, v. 15, n. 2. Disponível em:
<<https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>>. Acesso em: 23 dez 2021.

MARIA F. Jaloretto; e BERNARDO P. M. Mueller. **O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - uma análise empírica**. Economic Analysis of Law Review. Brasília, V. 2, nº 1, p. 170-187, Jan-Jun, 2011.

MOELLER, J. Alexander M. Bickel: **Toward a Theory of Politics**. *Journal of Politics*, [s. l.], v. 47, n. 1, p. 113, 1985. DOI 10.2307/2131068. Disponível em:
<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=poh&AN=4810590&lang=pt-br&sit>

e=ehost-live. Acesso em: 1 dez. 2021.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES; Diego Werneck; e ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. **VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

PILDES, Richard H. **Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?** Supreme Court Review, 2010, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1733169>.

ROMERO, Francine Sanders. **The Supreme Court and the Protection of Minority Rights: An Empirical Examination of Racial Discrimination Cases.** Law & Society Review, vol. 34, no. 2, [Wiley, Law and Society Association], 2000, pp. 291–313, <https://doi.org/10.2307/3115085>. SUNSTEIN, Cass R; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; e SAWICKI, Andres. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary.** Brookings Institution Press: Washington, D.C.

[1] Mestrando em Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento (UniCeub). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (2019/2020). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade de Administração, Ciências, Educação e Letras de Curitiba (2017/2018). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (2017). Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: celio_pgf@yahoo.com.br.

[2] Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Especialista em Direito Processual Civil (UNIDERP). Procuradora do Município de João Pessoa/PB e advogada. E-mail: thaisboueres@gmail.com.

[3] KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123.

[4] Sobre o ponto Kelsen reconhece que o legislador se submete a limitações relativamente fracas no processo de criação das leis, de modo que essas restrições vão se tornando mais severas com a cada grau que desce na relação hierárquica: *“O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não para de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui”* (KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126).

[5] Kelsen já trazia em sua obra um conceito do que entendia como a noção de constituição como *“a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender”* (KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130).

[6] Importante observar que o controle de constitucionalidade pode ou não ser uma atribuição do Poder Judiciário. Kelsen na sua obra *Jurisdição Constitucional* atribui à uma Corte Constitucional a prerrogativa de declarar inválido um ato emanado do Legislativo (KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20). Todavia, o que se deve observar é que essa prerrogativa pode ser atribuída para outro órgão, inclusive para o próprio legislativo, como ocorreu na Constituição do Império de 1824 no Brasil. O Ato Adicional de 1834 teve o seu alcance limitado pela Lei de Interpretação, de 1840, em uma interpretação da espécie autêntica realizada pelo próprio Legislativo.

[7] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Rev. Direito Práx.,

Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228.

[8] DAHL, Robert. **Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker**. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>.

Acesso em 04 dez 2021.

[9] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74/75.

[10] As ideias aqui enunciadas já eram defendidas por Kelsen que reconhecia no ato de aplicação da norma também uma atividade interpretativa no sentido de fixar um significado. O que se observa é que as normas jurídicas não traduzem um significado unívoco, havendo uma moldura de possíveis significados. Cabe ao intérprete a escolha do significado (solução interpretativa) a partir do significante (norma legal). No mesmo sentido, o autor também afirma que a escolha do sentido correto não compete ao campo da política e não ao direito. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387/388.

[11] O que se está afirmando na espécie é que diversas normas jurídicas apresentam uma precisão terminológica que não suscitam maiores dúvidas para o seu aplicador. É claro que mesmo textos com uma redação precisa necessitam ser interpretados, mas isso não significa que eles possuem uma ambiguidade ou obscuridade que de fato configure uma dúvida hermenêutica.

[12] Uma conclusão importante a ser extraída do relatório é que se observa uma atenção maior da corte com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, Ações Declaratórias de Constitucionalidade, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e Mandados de Injunção. Nas demandas dessa categoria observa-se uma tendência de julgamentos colegiados e presenciais, uma vez que se discute nesses processos a prevalência da Constituição como o cerne do sistema jurídico. PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES; Diego Werneck; e ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. **VIII**

Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? Tipos de decisão colegiada no tribunal. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

[13] Sobre o ponto Gico Jr. entende que a atividade hermenêutica não é dotada de um caráter científico, mas sim de uma escolha política do julgador que terá impacto na sociedade. Nesse sentido: *“No caso de ambiguidade da lei, a interpretação do direito é um exercício político que terá impacto sobre a vida alheia e não o resultado objetivo de um exercício técnico ou científico, como se o julgador não estivesse, na realidade, fazendo uma escolha. Por isso já tive a oportunidade de afirmar que: ‘Não se descobre o direito. Das três uma: (i) o direito preexiste ao caso concreto e é aplicado pelo julgador (subsunção); (ii) ele não existe e é criado pelo julgador (integração); ou (iii) a norma jurídica é ambígua e o julgador escolherá, subjetivamente, que regra aplicará, ainda que dentro de alguns limites (interpretação). Não por outra razão, não existe regra hermenêutica que responda qual regra hermenêutica deve prevalecer no caso concreto, como se vê em Ferrara. Trata-se de uma escolha do julgador (ou do intérprete) a ser determinada pelas suas preferências subjetivas idiossincráticas”*. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise econômica do processo civil**. Editora Foco: São Paulo. Kindle, 2020, p. 102/103.

[14] No mesmo sentido: *“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer — segundo o próprio pressuposto de que se parte — uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito*

*mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a Obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, nossa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo". In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 395/396.*

[15] Para uma melhor análise sobre as questões envolvendo o caso *Brown v. Board of Education*, consultar o site oficial da Suprema Corte dos Estados Unidos: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 09 dez 2021.

[16] Nos termos do voto do Min. Relator Marco Aurélio, o reconhecimento do estado de coisa inconstitucional permitia que o Poder Judiciário determinasse a adoção de diversas medidas pela administração pública no sentido de afastar as massivas violações aos direitos fundamentais. O que se observa é que o STF, indo além de uma decisão jurídica, apresentou

uma solução que invariavelmente adentrava a seara das políticas públicas, traduzindo em obrigações comissivas a serem adotadas pelas autoridades administrativas. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho: *“Conclui que, presente cenário de forte violação de direitos fundamentais dos presos e falência do conjunto de políticas públicas voltado à melhoria do sistema carcerário, o Supremo deve impor aos poderes públicos, em síntese, as seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; consideração do “estado de coisas inconstitucional” quando da aplicação e execução da pena”*.

[17] Um ponto a ser observado é que as medidas impostas pelo STF no julgamento da medida cautelar e confirmada no julgamento do mérito da ADPF não foram efetivas no sentido de alterar o quadro sistemático de violação dos direitos fundamentais no sistema carcerário. O que se observou é que as respostas institucionais apresentadas foram da mesma natureza daquelas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil. Ademais, a demora da Suprema Corte em analisar o mérito da ação (ao passo que a liminar foi deferida em setembro de 2015, o STF apenas julgou o mérito em julho de 2021), contribuiu para uma resposta institucional que apenas reproduzisse a postura Estatal já praticada sobre o sistema prisional. Sobre o tema conferir: MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito**: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. Revista Direito GV [online]. 2019, v. 15, n. 2. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>>. Acesso em: 23 dez 2021.

[18] SUNSTEIN, Cass R; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; e SAWICKI, Andres. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Brookings Institution Press: Washington, D.C.

[19] Reproduzindo o trecho da obra em comento quanto ao objeto de estudo dos casos: *“We*

*examined a total of 6,408 published three-judge panel decisions and the 19,224 associated votes of individual judges. The cases involved abortion, capital punishment, the Americans with Disabilities Act (ADA), criminal appeals, takings, the Contracts Clause, affirmative action, racial discrimination cases brought by African American plaintiffs under Title VII of the Civil Rights Act of 1964, sex discrimination, campaign finance, sexual harassment, cases in which plaintiffs sought to pierce the corporate veil, the National Environmental Policy Act (NEPA), gay and lesbian rights, congressional abrogation of state sovereign immunity, First Amendment challenges to commercial advertising restrictions, challenges to punitive damage awards, constitutional and statutory challenges to obscenity rulings, challenges to environmental regulations, challenges to Federal Communication Commission (FCC) rulings, challenges to National Labor Relations Board (NLRB) rulings, racial segregation cases, standing to bring suit in federal court, and federalism challenges to congressional enactments under the Commerce Clause”: SUNSTEIN, Cass R; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; e SAWICKI, Andres. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Brookings Institution Press: Washington, D.C, p. 17/18.*

[20] Sobre o tema, destaca-se trecho do trabalho empírico sobre a influência política e a independência do STF no julgamento das ações de inconstitucionalidade: “... *infere-se que a porcentagem de divergência na Corte aumentou na medida em que o número de ministros nomeados pelo Presidente Lula cresceu, atingindo seu pico no caso em que o grupo de nomeados pelo Presidente Lula contava com cinco integrantes e o grupo dos nomeados pelos demais Presidentes totalizava seis ministros. Quando o primeiro grupo atingiu a maioria na Corte, a porcentagem de divergências decaiu. Tal relação não permite afirmar que a indicação presidencial tem esta pode ser decorrente somente de aspectos jurídicos das ações e não necessariamente de influência política. Entretanto, é fato que a indicação de novos ministros pelo representante de um partido com ideologias diversas dos anteriores, contribuiu para a presença de uma maior discussão e divergência na Corte*”. MARIA F. Jaloretto; e BERNARDO P. M. Mueller. **O Procedimento de Escolha dos Ministros do**

Supremo Tribunal Federal - uma análise empírica. Economic Analysis of Law Review. Brasília, V. 2, nº 1, p. 170-187, Jan-Jun, 2011.

[21] MARIA F. Jaloretto; e BERNARDO P. M. Mueller. **O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - uma análise empírica.** Economic Analysis of Law Review. Brasília, V. 2, nº 1, p. 170-187, Jan-Jun, 2011.

[22] DAHL, Robert. **Decision-making in a democracy:** the Supreme Court as a national policy-maker. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>. Acesso em 04 dez 2021.

[23] As informações sobre a composição do STF, formação do colegiado e o Presidente responsável pela sua indicação podem ser conferidas no sítio do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>. Acesso em: 25 dez 2021.

[24] No julgamento da ADI 4650, por exemplo, o Min. Gilmar Mendes pediu vista, suspendendo o julgamento da ação por um ano e cinco meses até a devolução dos autos com a apresentação do seu voto. Na mesma linha, entre o deferimento da medida cautelar na ADPF 347/DF com o reconhecimento do estado de coisa inconstitucional no sistema penal brasileiro e o julgamento definitivo do mérito da demanda, transcorreu mais de cinco anos.

[25] LASSER, William. **Supreme Court and the New Deal, The Limits of Judicial Power:** The Supreme Court in American Politics. [S. l.: s. n.]. v. 1 ISBN 0-8078-4233-8978-0-8078-4233-1. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lsdlc&AN=lsdleca.uncaadz0001.8&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 29 dez. 2021.

[26] O Presidente Roosevelt teve que esperar quatro anos para conseguir a sua primeira nomeação para a Suprema Corte. Curiosamente, após o final do seu segundo mandato, este

conseguiu indicar cinco novos juízes, alterando por completo a composição do Tribunal, e por conseguinte, a sua inclinação política.

[27] LASSER, William. **Supreme Court and the New Deal, The Limits of Judicial Power:**

The Supreme Court in American Politics. [S. l.: s. n.]. v. 1 ISBN

0-8078-4233-8978-0-8078-4233-1. Disponível em:

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lsdlc&AN=lsdlecaad0001.8&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 29 dez. 2021.

[28] ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, Dje de 26/04/2017.

[29] POMPEU, Ana. Barroso: Dilma 'não foi afastada por crimes de responsabilidade ou corrupção'. Jota, Brasília, 05 jul 2021. Disponível em:

<https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-dilma-nao-foi-afastada-por-crimes-de-responsabilidade-ou-corrupcao-05072021>. Acesso em: 31 dez 2021.

[30] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **O Supremo Tribunal Federal:** composição, organização e competências. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 21 n. 124 Jun./Set. 2019 p. 411-425. Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2022>. Acesso em: 10 set 2021.

[31] A título de exemplo, o Presidente Lula, integrante de um partido de esquerda, indicou para o STF o Ministro Menezes Direito, de claro perfil conservador.