

O Supremo Tribunal Federal como animal político: a dificuldade contramajoritária de Bickel a Friedman

The Brazilian Supreme Court as a political animal: the countermajoritarian difficulty from Bickel to Friedman

Maurício Sullivan Balhe Guedes*

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG, Brasil

Bernardo Gonçalves Fernandes**

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG, Brasil

1. Introdução

Num Brasil politicamente polarizado, chama atenção o comportamento institucional do Supremo Tribunal Federal (STF). Processualmente privilegiado pela Constituição de 1988, com forte concentração de competências¹, é destaque no espaço público: virtualmente *tudo* chega (ou pode chegar) à corte²,

*Residente Pós-Doutoral, Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – com Área de Estudo em Direito Constitucional, Hermenêutica Constitucional e Teoria da Constituição. Coordenador Adjunto e Pesquisador Associado de Categoria I do *Centre for Comparative Constitutional Law – The Constitutional Centre* (UFMG). Professor Substituto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0785-9438>. E-mail: mauriciosullivan1@gmail.com.

** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Residência de Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra. Coordenador e Pesquisador Associado de Categoria I do *Centre for Comparative Constitutional Law – The Constitutional Centre* (UFMG). Professor Associado IV da Faculdade de Direito da UFMG e Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, no Mestrado e Doutorado, na linha de pesquisa Crítica e Direito. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9044160342461871>. E-mail: bernardogaf@yahoo.com.br.

1 Em especial no tocante àquelas do controle concentrado, expandidas pela via legislativa com o passar dos anos, cf. VIEIRA, 2018, p. 166 e ss.

2 Cuida-se de referência ao vasto rol constitucional de competências atribuídas à corte (art. 102 da Constituição).

em decisões (ou omissões) que impactam diretamente no fortalecimento ou no enfraquecimento da vida constitucional do país: não há escolha política relevante da história recente que não tenha, de alguma forma, passado pelo crivo institucional do Poder Judiciário, o que levou ao surgimento de duas grandes críticas, uma de ordem hermenêutica (destinadas ao modo de decidir e formas de deliberação no tribunal), e outra de ordem institucional (de que o STF usurpa competência de outros poderes e decide em sentido contrário a instâncias majoritárias, aquelas com voto).

A investigação proposta está centrada na crítica de viés institucional destinada ao STF, comum nos escritos doutrinários contrários ao funcionamento de um modelo forte de controle de constitucionalidade. Bastou Bickel afirmar que “a dificuldade central é que a revisão judicial é uma força contramajoritária em nosso país” para toda uma variedade de autores explorar e desenvolver a idealização, construções voltadas ao problema da legitimidade constitucional a partir da perspectiva da chamada “dificuldade contramajoritária”³. Friedman⁴, por sua vez, defende frontalmente que ela *não existe - nunca existiu*.

A ideia de dificuldade contramajoritária assume relevante posição entre as possibilidades de análise do papel do STF, seja como válvula de escape para defesa de uma interpretação “contramajoritária”⁵ da Constituição, seja como objeção em favor de padrões decisórios de autocontenção do poder deliberativo da corte⁶. A esse padrão de conduta, Bickel atribui a expressão “animal político”⁷ – justiça constitucional que deve manifestar virtudes ativas e passivas conforme a matéria sob a sua competência e a análise da conjectura político-jurídica na qual a corte estiver inserida – atuação política com consequência sociojurídica.

Com marco teórico centralizado em Bickel e Friedman (não sem localizar seus críticos), o presente estudo tem por abordagem metodológica a construção interlocucional entre os autores norte-americanos, para contribuir ao entendimento dos comportamentos institucionais assumidos pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, a revisão bibliográfica explora os escritos dos

3 BICKEL, 1986.

4 FRIEDMAN, 2010.

5 BARROSO, 2018.

6 WALDRON, 1999.

7 BICKEL, 1961.

autores sobre o processo deliberativo e o papel da Suprema Corte norte-americana com o jogo democrático, correlaciona a literatura com breve revisão de comportamento jurisprudencial do STF, em específico no período de *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff. O intuito é demonstrar como a corte pode ou não se portar tal como um “animal político”. Não é pretendido, cabe o resguardo, meramente adaptar uma construção teórica alheia à realidade do STF para apontar que a corte faz isso ou aquilo – ambos os autores propostos estão inseridos em contexto jurisdicional (e temporal) diferente e apresentam preocupações que não necessariamente abraçam aquelas disponíveis na conjuntura brasileira.

O objetivo da pesquisa é trabalhar dois elementos comuns à atuação deliberativa comparada da Suprema Corte americana com a brasileira: a tese da dificuldade contramajoritária e a objeção a ela contida no cerne do constitucionalismo popular mediado. Para tanto, a escrita está estruturada em tópicos: o primeiro momento apresenta as idealizações de Bickel para o comportamento da corte, as virtudes ativas e passivas do animal político (tópico 2); o segundo compreende as contestações de Friedman e o processo de formação da vontade popular institucionalizado no Judiciário (tópico 3); em seguida, é analisado um extrato de decisões proferidas pelo STF no período de acirramento do espaço público em decorrência do impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff (tópico 4), para então atingir a conclusão (tópico 5).

2. O animal político com virtude ativa e passiva: a Suprema Corte no jogo democrático

Descrita por Bickel como uma “realidade inelutável”, a dificuldade contramajoritária seria uma “força” que levaria a uma “função mística” do sistema judicial e estaria na raiz (*root*) dos questionamentos acerca da legitimidade das decisões emanadas pela Suprema Corte⁸. Decorrem daí críticas quanto à correição democrática do controle de constitucionalidade dos atos normativos⁹, à razão (e viabilidade de representação) argumentativa da Casa¹⁰, ou mesmo às possibilidades diversas de influência nos jogos políticos de

8 BICKEL, 1986.

9 TUSHNET, 2006.

10 VALE, 2015.

poder¹¹. Todas essas críticas podem ser construídas a partir do chamado déficit democrático de uma corte composta por indivíduos sem voto, cuja incumbência sistemática não deriva do escrutínio das urnas, mas sim da própria Constituição¹².

Ainda que em si o termo *princípio*, dentre outros, não tenha sido melhor desenvolvido pelo autor, Bickel afirma que o papel democrático da corte, a sua *raison d'être*, “é evoluir o princípio ‘preservar, proteger e defender’”¹³, não sendo parte da função da corte resguardar instituições que não se façam agir sob a acomodação do seio constitucional. “Reconhecia, porém, que o sucesso da revisão judicial dependia, em última análise, da aceitação popular das decisões”¹⁴, e que intervenções em demasia nos jogos políticos de poder levariam obrigatoriamente a um desgaste popular e interinstitucional (perante os demais poderes ou mesmo instâncias outras do Poder Judiciário) da imagem do tribunal¹⁵.

É por tal motivo, isto é, em nome da autopreservação da corte e das possibilidades de interlocução no jogo democrático, que cumpre ter algumas questões em mente: “como a corte, cuja função é enunciar princípios, produz ou permite os compromissos necessários?”¹⁶; “como evitar que seja forçada a impor sobre a sociedade, repentinamente, regras rígidas que vão contra as práticas enraizadas?”¹⁷; como, afinal, influenciar estrategicamente, manipular e ser manipulada por atores políticos relevantes (sociedade civil organizada, grupos de pressão em movimentos sociais, partidos políticos, instituições, etc.), participar das conduções e disputar as narrativas do que seja Constituição e interpretação constitucional sem, com isso, tolher, mas sim potencializar a própria democracia?

Está no cerne da ideia de dificuldade contramajoritária a dimensão de “função mística” que a jurisdição constitucional assumiria no ordenamento jurídico, cumpre “ênfaticamente que a corte assume não somente um vetor de controle, mas de legitimação”¹⁸: implica em caso de declaração de

11 COSTA JÚNIOR, 2018.

12 BARROSO, 2018.

13 BICKEL, 1986, p. 188.

14 GOMES; LIMA, 2016.

15 BICKEL, 1986, p. 189.

16 BICKEL, 1986, p. 69.

17 MENDES, 2011, p. 110.

18 BICKEL, 1986, p. 29.

constitucionalidade, quando há pedido inicial pela inconstitucionalidade, potencializar os efeitos políticos que a norma possa ter na vida em sociedade, calar opositores por décadas ao tornar qualquer ação processual juridicamente inviável e fechar-lhes portas de contestação e disputa da narrativa constitucional no Judiciário sobre o tema deliberado, não somente naquele momento, mas sim por gerações.

O aspecto contramajoritário indicado por Bickel apresenta um núcleo circular com outros fatores da teoria normativa: é força por decorrer do impulso de uma função dotada da misticidade de controlar (restringir) ou retirar (declarar nulidade) e potencializar a norma jurídica que, no pensamento do autor, seria ir ao encontro do sentimento representado na majoritariedade do voto. Algo possível tão somente se por questões de princípio, em resguardo ao *ethos* valorativo compartilhado pela sociedade - é contramajoritário em relação ao voto das maiorias eventuais, e, ao mesmo tempo, representativo quanto à cultura e construção histórica de uma dada sociedade.

“Argumentos jurídicos, geralmente de cunho processual”, as virtudes passivas “facultem à corte eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido. Assim, pode afirmar a sua incompetência para decidir, a ausência de legitimidade ativa do requerente, a ‘falta de maturação’ da causa” ou, ainda, “lançar mão da doutrina das ‘questões políticas’, dentre outros argumentos típicos do sistema judicial norte-americano, ainda que assemelhados às construções processuais de outros ordenamentos”¹⁹. Apesar de concentrar esforços naquele modelo, defende-se a possibilidade de manifestação do problema em outros sistemas em que a posição do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição seja uma realidade do processo – estágio último (última instância recursal) ou único (controle concentrado) do trâmite processual²⁰.

Bickel procura enfatizar “a grande área de escolha aberta à corte para decidir se, quando e quanto deliberar”, assim como “a ordem de considerações que devem guiar a escolha. Elas são na maioria de caráter prudencial, mas não devem ser predilecionais, sentimentais ou irracionais” – e segue: “nenhum dos dispositivos para evitar julgamento envolve qualquer interferência no processo democrático, embora o prestígio da corte e a qualidade dos seus

19 GOMES; LIMA, 2016.

20 O que não faz esgotar a esfera política majoritária com a eventual possibilidade de legislação posterior em sentido contrário ao que fora decidido pela corte.

princípios, suas razões e sua retórica, possam torná-la uma influência persuasiva”²¹. Surgem três perguntas-chave que parecem compor a base para a corte determinar se deve agir e enfrentar o caso, com todas as dificuldades que possam surgir da empreitada, ou não-agir: (a) é constitucional?; (b) é o momento certo de decidir?; (c) há razões para esperar?²²

O item (a) expressa um problema de natureza normativa que é a eventual incompatibilidade da produção legislativa face à Constituição. Em um primeiro momento, parece correto afirmar, conforme o desenvolvimento do autor, que, em caso de inconstitucionalidade formal, deve a corte, ao detectá-la, agir e deliberar para resguardar os procedimentos constitucionais. Quando, no entanto, a matéria for motivo de controvérsia (b), urge uma verificação do contexto sociopolítico no qual a corte está inserida para poder deliberar ou não acerca daquele problema suscitado, sem impactar negativamente (ainda que com boas intenções) a vida em sociedade. O que não resta claro, entretanto, é de que forma (c) seria diferenciado de (b), as questões, ao que indica, são de trato conjunto e contínuo, vez que motivos extravagantes podem surgir e alterar as condições de força do tribunal no jogo político de poder.

O aparente “conservadorismo não denota o desejo de manutenção do *status quo*, mas sim o de planejamento cauteloso da mudança”²³. O papel que a corte desempenha é o de proteger a arquitetura político-jurídica necessária para sustentar as promessas constitucionais do passado e viabilizar aquelas do futuro, e não o realizar por si a partir de uma *ratio decidendi* liberal-progressista ou conservadora-manutencista. Bem da verdade, a crença na prudência sustentada pelo autor “é baseada num medo genérico (*general*) de *backlash* político, e não em evidências das ciências sociais (*social scientific evidence*)”²⁴.

Das formas de autocontenção judicial, o minimalismo de Sunstein²⁵ é aquela que melhor dialoga com o pensamento de Bickel: “a conexão é óbvia” e a inspiração é clara: “apreciação pelas ‘virtudes passivas’, e uma insistência na necessidade de que a corte pense de modo estratégico e

21 BICKEL, 1961.

22 Todas as questões que apresentam uma relação circular de aspectos descritivos e normativos: se (a) é x, então (a₁) deve ser (x₁).

23 MENDES, 2011, p. 112.

24 SUNSTEIN, 1996.

25 SUNSTEIN, 1996; sobre o minimalismo e o “uso construtivo do silêncio” como forma de “potencializar a democracia”, ver: SUNSTEIN, 2001.

pragmático sobre quando e se a nação está preparada para os princípios que serão favorecidos no julgamento do tribunal”. Em Bickel, “a corte é o repositório basilar de princípios do governo; por conta do seu isolamento, é a instituição deliberativa central”. O autor “estava focado no declínio da jurisdição, com o pensamento aparente de que, uma vez admitida, a jurisdição deveria resultar em decisão baseada em princípios, completa de razões”, ponto este de afastamento com o minimalismo - que sugere “razões autoconscientemente estreitas e rasas”²⁶.

Por outro lado, “Bickel parecia acreditar que o papel da corte era o de declarar (*announce*) certos valores duradouros (*enduring values*) para discernir princípios que organizariam propriamente a vida constitucional”²⁷. É curioso notar que, apesar de construir a crítica e desenvolver a circularidade de relações que compõem a dificuldade contramajoritária, “demonstrava enorme fé na capacidade dos juízes de pensarem acerca do que a moralidade política exigia” - “não somente não apresentava qualquer entusiasmo”, como afirma de modo literal que “o povo (*the people themselves*) por ação direta nas urnas, é certamente incapaz de sustentar um sistema funcional de valores gerais especificamente aplicados”²⁸.

Da leitura de Sunstein, “Bickel negligenciou o risco de erro judicial na elaboração e deliberação de princípios morais. Ele assume erroneamente que a única razão para a ‘prudência’ seria manter a tensão lincolniana”, e segue: “o argumento é incorreto porque juízes podem se abster de julgar não apenas por conveniência, mas também pela consciência das próprias limitações e capacidade de erro”²⁹. Mesmo a noção de contramajoritariedade seria problemática num sistema de democracia deliberativa, uma vez que “não se tratar de um modelo majoritário, mas sim constitucionalista” de governo, onde não faria sentido um silêncio ou uma decisão mínima, mas sim defender a ordem constitucional³⁰.

Acontece que abster ou dizer quais as significantes do significado constitucional, o que é ou o que deve ser a Constituição no dia a dia das pessoas, das instituições, implica num ônus democrático sustentado por

26 SUNSTEIN, 1996.

27 SUNSTEIN, 2009, p. 127.

28 BICKEL, 1986, p. 27.

29 SUNSTEIN, 2009, p. 139.

30 FLEMING, 2015, p. 185.

diversas cortes mundo afora inseridas no contexto do constitucionalismo normativo. Se Bickel deposita fé em demasia na figura do juiz constitucional, os seus críticos parecem desconsiderar a necessidade da corte trabalhar com habilidade política a eficácia e legitimidade das decisões por ela emanadas, existe uma interação entre autonomia e autoridade que permite a própria existência da atividade jurisdicional³¹. Assim, se o “silêncio” não é uma opção aceita em muitos ordenamentos, a proposta do autor, aos olhos do presente, demonstra-se um tanto mais ambiciosa do que a interlocução pareceu revelar - *existe uma eloquência no não-dito*, e mesmo aquilo escolhido por não ser deliberado, é, igualmente, decidido.

A jurisdição constitucional (*judicial review*) é o modelo vitorioso no último século, sendo amplamente documentada a criação de cortes constitucionais ou a expansão dos poderes daquelas já existentes, fenômeno observável em diversos países, que atribuíram ao Judiciário a competência para revisar a compatibilidade de atos normativos face à Constituição³² e, acaso inconstitucionais, retirar-lhes validade, suspender eficácia, atacar a existência, ou, ainda, declarar a nulidade. Quando Bickel escreveu acerca da contramajoritariedade que a corte pode assumir ao decidir sobre certos temas controversos na sociedade, ele não tinha por intenção dar início a uma escola da restrição judicial com as “virtudes passivas”, pelo contrário: seu trabalho “era uma defesa da revisão judicial, profundamente pensada e matizada”³³, que em nada tinha o interesse de atacar a corte, mas, sim, de alertá-la quanto as repercussões sociais das suas decisões e aconselhá-la a não-decidir “certos casos” sem considerar a conjectura sociopolítica, sob pena de que a suas decisões fossem socialmente rejeitadas, e a sua imagem perante a população, fosse arranhada.

Ao mesmo passo, Bickel não via a corte Warren de forma negativa. Sua preocupação era destinada ao horizonte conservador que a postura liberal-progressista da corte parecia fomentar no legislativo norte-americano. Por mais que entendesse existir, naquela deliberação, um passo no caminho correto para o avanço civilizatório, temia por revides normativos da figura do legislador. E, cuida expressar, não da possibilidade de cassar a decisão ou de gerar desconfortos institucionais pela resistência do cumprimento

31 BRINKS; BLASS, 2017.

32 BRINKS; BLASS, 2017.

33 FRIEDMAN, 2009, p. 268.

- apavorava o autor imaginar da ingerência dos demais poderes na composição, procedimentos e ritos deliberativos, e a posição sistemática ocupada pela corte no traço constitucional. É justamente para frear o ataque político à sua figura, que *urge* para a Suprema Corte *agir como animal político e assumir os ônus oriundos de tal papel*³⁴.

O agir como animal político é uma *virtude ativa* do comportamento assumido pela corte no jogo democrático, dela decorre um ônus (“dificuldade”) contramajoritário que deve ser exercido de maneira passiva: é algo como saber escolher quais lutas merecem ser lutadas e quais caminhos podem (ou não) ser trilhados com os recursos disponíveis ao tribunal. No pensamento de Bickel, tal postura é contramajoritária em relação às maiorias eventuais do processo político democrático, porém representativas da cultura e história constitucional do país (“decisão por princípios”, “valores duradouros”, etc.). Ao assumir tal postura comportamental, a corte escolhe defender a Constituição e mediar (constitucionalismo popular mediado) uma interpretação que transcenda o querer imediato do momento transitório em detrimento da mera urgência passageira.

Ficou ao largo dos seus interlocutores, no entanto, *a virtude ativa do elemento passivo*, ou *omissão comissiva* – longe de ser “muda” ou “entusiasta da ideia de recusar a resolver questões controvertidas na sociedade”³⁵, a Suprema Corte influencia ativamente nos jogos políticos de poder ao decidir não-deliberar sobre determinado tema. A performatividade do silêncio é ensurdecadora³⁶: o poder da ideia de Bickel é “a forma na qual ele enxerga a corte engajada numa interação contínua com a esfera política e social”³⁷, sem com isso reduzir o tribunal a um mero elemento da política, mas enquadrá-lo como ator relevante de construção e compreensão do significado constitucional.

A dificuldade contramajoritária é mais do que um mero elemento binário que compreende princípio majoritário (*majoritarianism*) e responsabilidade eleitoral (*electoral accountability*)³⁸, uma leitura “simplista” da democracia reconhecida pelo próprio Bickel: trata-se, bem da verdade, de compreender

34 Para estudo comparado que busca analisar o papel “intervencionista” e as consequências para tribunais constitucionais de vários países, ver: BROWN; WALLER, 2016.

35 SUNSTEIN, 2015, p. 19.

36 Sobre a atuação ativa do silêncio na linguagem, ver: BURKE, 1993, p. 161 e ss.

37 PILDES, 2012.

38 Em sentido contrário: BASSOK; DOTAN, 2013.

um papel maximizador na vida democrática ao instigar a controvérsia, a discordância, de permitir que a maturação de vozes organizadas na sociedade influenciem no processo político legislativo ou judicial ao ponto de legitimar a deliberação política do legislador ou político-jurídica da corte. Não significa, portanto, “não querer decidir”, é saber esperar as circunstâncias sociais se alinharem a favor ou contra o *quando e se* decidir; é *amadurecer o processo deliberativo e decisório*, e, acaso mantida a controvérsia sem a apreensão de vozes que restem vitoriosas, exercer da virtude passiva “não decisão” do mérito como forma de manter uma porta aberta para o futuro, de eventualmente reviver o debate – afinal, o que é “excêntrico” (*off the wall*) num dado momento histórico, pode ser “normal” (*on the wall*) noutro espaço-tempo³⁹.

3. Barry Friedman e a influência da premissa contramajoritária no significado de constituição

Para Mendes⁴⁰, existem três teses que resumem o “coração” do argumento de Barry Friedman: “a lei não é sempre majoritária. A revisão judicial não é sempre contramajoritária. Ao contrário, raramente o é. Ela cumpre papel singular, mas não tem como ser explicada nos termos de uma oposição entre maioria e minoria. Tal hipótese é implausível e contrafactual”. Cuida-se, de fato, de um grave erro de premissa que “está no cerne da maioria dos trabalhos normativos sobre revisão judicial”⁴¹, aquela que afirma “que os juízes atuam de forma contrária às preferências dos cidadãos ao invalidar decisões governamentais com base em reivindicações constitucionais”⁴², quando que parece existir circularidade entre opinião popular e deliberação jurisdicional.

Trata-se de afirmar a existência de uma “interação vigorosa no cotidiano constitucional”, em que os atores políticos relevantes não estão condicionados a figuras como uma corte ou um grupo de legisladores, mas sim a um caos interpretativo que perpassa o corpo da sociedade plural e condiciona a opinião popular a um ou alguns significados da Constituição. Nesse contexto, cada um dos cidadãos é parte legítima que, com voz organizada, legitima o processo de deliberação constitucional, a qual é, de alguma forma,

39 BALKIN, 2011a, 2011b.

40 MENDES, 2011, p. 115.

41 FRIEDMAN, 2003.

42 CARVALHO, 2017, p.103.

elucidada pelos outros participantes da relação, seja a Suprema Corte, seja o legislador ordinário, “é uma babel de vozes que se chocam, se acomodam e transformam-se, em progressão infinita. Aos poderes cabe negociar e definir uma direção em meio a essa pluralidade”⁴³.

Quando do emprego do termo “*public opinion*” por Friedman, o escrito entendeu por traduzir e adaptar como “opinião popular” ao invés de “opinião pública” no processo de interação entre a corte, o legislador e a opinião popular (*public opinion*). O termo “opinião pública” assume um ônus que não parece contido do raciocínio: a tarja pejorativa no contexto brasileiro⁴⁴, que performa para longe da fonte descritiva do constitucionalismo democrático com os elementos de condição de consentimento e condição de valor público⁴⁵, que, tal qual uma teoria normativa do constitucionalismo popular, ajudam a compor o pensamento do autor. O argumento baseia-se em algumas hipóteses: (i) as decisões judiciais se encontram numa margem aceitável para a maioria das pessoas, (ii) mesmo em caso de eventual desacordo aceitam a prática do controle judicial, pois (iii) acaso insatisfeitas com os resultados - poderão modificar o sistema; e (iv) disputar a narrativa da melhor interpretação constitucional, implica, obrigatoriamente, numa constante interação entre aqueles que discordam sobre o melhor significado.

Larry Kramer⁴⁶ talvez tenha o que defenda por ideal, porém não da forma que quer⁴⁷: defensores do “constitucionalismo popular” tendem a afirmar que a “revisão judicial deve refletir os pontos de vista da população a respeito do significado e sentido da Constituição”⁴⁸, e advogam por uma “participação mais direta na formação do direito constitucional”, ao ponto de, assim, “retomarem a Constituição das cortes”⁴⁹. Uma vez que é “impensável”

43 MENDES, 2011, p. 115.

44 Seja pela falta do domínio de técnica específica ou pelo papel antijurídico que possa assumir; uma natureza “irracional”, por todos: BONAVIDES, 2011, p. 494-498.

45 Em suma, *condição de consentimento* implica um apego do movimento popular a argumentos constitucionais, compatíveis com a Constituição, uma interlocução argumentativa em detrimento de um agir violento; *condição de valor público*, remete a uma relevância ao público, esfera pública, valores sedimentados em matéria de princípio compartilhados pela sociedade e que precisam ser resguardados - e neles fundamentados a mudança pretendida do entendimento constitucional, cf.: SIEGEL, 2006.

46 KRAMER, 2004.

47 Uma adaptação de: “(...) popular constitutionalists may be getting what they want, albeit not in the precise form in which they ask for it” (FRIEDMAN, 2003).

48 FRIEDMAN, 2003.

49 TUSHNET, 1999.

que “a responsabilidade para implementação do projeto constitucional esteja nas mãos de juízes” sem votos, “um princípio vital que faz parte da tradição constitucional desde sempre”⁵⁰. Assim, cabe ao povo decidir os rumos da vida constitucional do próprio país.

Acontece que, para Friedman⁵¹, “o sistema em que vivemos é de constitucionalismo popular, no qual as interpretações judiciais da Constituição irão refletir a vontade do povo com o passar do tempo”. A premissa de que o controle de constitucionalidade impõe uma dificuldade contramajoritária está errada (*may well be wrong*), não existe, nunca existiu, sempre foi um subterfúgio argumentativo para aqueles “insatisfeitos” com o papel desempenhado pela corte⁵².

A narrativa apresenta duas perspectivas opostas comumente encontradas na doutrina sobre o papel da Suprema Corte: “aqueles incomodados com os rumos decisórios que a corte comporta, acusa-a de interferir com a vontade majoritária”. Essa é a “ameaça (*threat*) da jurisdição constitucional”. Por outro lado, “há os que estão em favor da revisão judicial, que enfatizam a necessidade de proteção dos direitos constitucionais”, é a “esperança” (*hope*) do controle de constitucionalidade⁵³. Ambas as construções (“ameaça” ou “esperança”) se referem ao papel da corte para com a sociedade democrática, isto é, à possibilidade de apreensão e expressão deliberativa do significado constitucional no contexto em que está inserida⁵⁴.

É dessa forma, por meio do choque de perspectivas e constante tensão entre os atores envolvidos, como a sociedade civilmente organizada e a Suprema Corte, que, mesmo quando há divergência entre a majoritariedade do pensamento popular e a decisão da corte, o povo (ainda assim) vê *legitimidade* no Judiciário para manifestar juízos sobre qual interpretação a Constituição deve assumir em determinada situação da vida. Neste sentido, “a função do *judicial review* é servir como catalisador para forçar o debate público, e por fim (*ultimately*) ratificar as visões do povo americano sobre qual significado a Carta deve ter”⁵⁵.

50 KRAMER, 2001.

51 FRIEDMAN, 2003.

52 FRIEDMAN, 2009.

53 FRIEDMAN, 2009.

54 FRIEDMAN, 2009.

55 FRIEDMAN, 2009.

A compilação da obra do autor apresenta três questões que permitem ilustrar o desenvolvimento do pensamento: (i) as decisões da Suprema Corte estão conforme o pensamento popular? (ii) o povo enxerga legitimidade na corte para decidir sobre o que seja a Constituição? (iii) isso é algo bom? Daí surgem cinco subquestões: (a) se as decisões judiciais estão consoantes ao querer popular, a Constituição foi abandonada? (b) o que significa ter uma Constituição regularmente interpretada a representar um significado do que o povo americano quer que seja? (c) popularidade (populismo?) é o que desejamos dos *Justices*, é o que queremos? (d) qual a capacidade da corte para defender a Constituição em tempos em que os valores constitucionais são ameaçados exatamente por serem impopulares para o povo? (e) existe esperança na Suprema Corte para a proteção das liberdades constitucionais (*constitutional liberty*)?

Friedman defende exatamente o contrário: não somente a Constituição *está* (e sempre esteve) com o povo, como a Suprema Corte é a voz que declara o entendimento popular sobre determinada situação da vida que implique explicar o significado do que ela é. Para que a hipótese seja confirmada, seria preciso superar a dificuldade contramajoritária (*countermajority difficulty*) além de explicar como funcionaria o processo de mudança (do significado) constitucional: quem é o Povo? Teria o Povo perdido a voz? Seria flexível esse modelo de Constituição? Deve a voz popular ser levada em consideração por quem julga?

Em sentido próximo a Bickel, Friedman⁵⁶ sustenta que o modelo por ele proposto é “notadamente mediado por aspectos notáveis do sistema, tais como juízes não-eleitos, um público nem-sempre tão bem-informado, e representantes que podem ou não seguir a vontade popular”. A aproximação da deliberação judicial (ou legislativa) com o querer da opinião popular, em nada significa que exista um “ouvir” do “sentimento” público ou uma necessidade de imediatismo da resposta institucional em reação às ruas. A relação é “mediada” porque os atores políticos relevantes criam espaços privilegiados entre si para debater e deliberar o significado que a Constituição deve assumir em dado contexto, o qual é maturado pela experiência, construído e influenciado pela história, reflete valores duradouros daquela sociedade - os quais serão lidos para dizer se comportam uma interpretação ou outra, um significado constitucional ou não.

56 FRIEDMAN, 2003.

O significado constitucional é moldado e modificado ao longo das interações entre os agentes da relação mediada no sistema. A história demonstra que os argumentos na teoria da Constituição tendem a revolver entre ciclos temporais que fazem as peças (conservadores, liberais, acadêmicos, instituições, etc.) mudarem de posição ao ponto de ocuparem espaços interlocucionais de outros atores diametralmente opostos⁵⁷ - “assim como as cortes são criticadas por interferir na vontade popular, foram, ao longo da história, igual e duramente condenadas quando falharam em defender a Constituição quando a situação exigiu”⁵⁸.

Escritos para “mudar a natureza do debate acerca do judicial review, de premissas simplistas como dificuldade contramajoritária para uma visão de nuance mais acurada, que percebe o processo decisório como uma simbiose entre outros aspectos da democracia”⁵⁹, Friedman cumpre o papel de provocar a comunidade acadêmica a (re)pensar o (já comum) ponto de crítica do constitucionalismo normativo de supremacia judicial, resguardadas as peculiaridades da formação estrutural (histórico-cultural) de cada país, e levanta sérios questionamentos acerca das possibilidades de atuação *no e do judicial review* a partir de observações descritivas da realidade.

“Para uma instituição destinada a resolver divergências, a Suprema Corte dos Estados Unidos é notavelmente boa em provocar problemas”. É dessa forma que Jenna Bednar⁶⁰ inicia uma provocante crítica ao que assume como perspectiva binária adotada por Friedman: “Nós nos acostumamos tanto a esse debate sobre revisão judicial que não conseguimos fazer a pergunta óbvia: e se ambos os lados estiverem errados?” E se todos os lados que disputam o significado constitucional estiverem corretos?⁶¹ E se o processo deliberativo depender da composição de elementos de (in)certeza e (im)precisão de todos os componentes com voz ativa de participação, e por isso mesmo couber à corte uma atuação passiva de elemento ativo ao fim de provocar o jogo democrático?

A mediação em Friedman é justamente a dimensão argumentativa de que não há uma opinião vinculativa no decidir da corte, mas sim que

57 FRIEDMAN, 2004.

58 FRIEDMAN, 2009.

59 FRIEDMAN, 2010.

60 BEDNAR, 2010.

61 A provocação é de Nathalia Brito de Carvalho.

a opinião popular influi diretamente na deliberação do sentido constitucional. Trata-se de uma relação mediada por diversos atores que atuam a influenciá-la. A relação dos elementos é circular e interativa, com constante dinâmica interpretativa dos sentidos múltiplos que Constituição pode assumir. É, para usar a reflexão de William Forbath⁶², uma nova possibilidade de leitura do constitucionalismo e de como a pluralidade democrática pode influenciar nos rumos do país, ainda que pela via judicial. É por tal motivo que a crítica de Primus⁶³ demonstra uma incompreensão comum na leitura de Barry Friedman.

O problema é: (i) assumir que o Tribunal erra na deliberação do sentido constitucional e que isso, por si mesmo, não afasta a possibilidade de interpretação constitucional de “boa-fé” não é diferente do que Friedman afirma. Considerar a corte como um participante ativo da construção do significado da Constituição não escusa a possibilidade de leitura equivocada da realidade ou dos procedimentos que compõem o processo do que seja real num determinado espaço-tempo – com todas as agitações possíveis de representar a esfera pública – com a disputa de narrativas de movimentos sociais, o lobby empresarial eventual, grupos políticos de pressão organizados na sociedade civil, imprensa, redes sociais, e as demais variáveis de influência eventual e permanente no processo político majoritário e na própria prestação jurisdicional.

Não há (ii) uma “integração” ou “desintegração” do “consenso público”, a falha de Primus está em não reconhecer *a flutuação de significantes do significado de Constituição como forma de moldar o constitucionalismo*, de influenciar na política do cotidiano e de compreender a dupla função que a corte assume na peculiar posição que ocupa: *mediar um processo de interação sobre a melhor interpretação constitucional possível para um determinado contexto, ao mesmo tempo, em que influencia ativa e passivamente para resguardar a sua posição e deliberar conforme o seu prazer hermenêutico, seja ele qual for*. Tal leitura de Friedman somente é possível após a compreensão da extensão da construção de Bickel.

Escrever para “superar” a dificuldade contramajoritária em nada implica negligenciá-la ou marginalizar a importância conceitual para a doutrina e o desenvolvimento da teoria constitucional. Ao mesmo passo, é necessário

62 FORBATH, 2010.

63 PRIMUS, 2010.

perceber a performatividade que assume em sistemas de constitucionalismo normativo com controle constitucional pela via judicial, que privilegiam o papel político e a relevância sociojurídica da corte - não como uma instituição que eventualmente empreende por caminhos contramajoritários (entendido aqui como em sentido contrário a uma majoritariedade eventual), mas que permite a ebulição dos mecanismos democráticos (virtude passiva) ao ponto de neles influenciar (virtude ativa) com a deliberação do significado constitucional após reconhecer o produto das disputas de narrativas da Constituição (constitucionalismo popular mediado).

4 O Supremo Tribunal Federal na mediação do significado constitucional – as “virtudes” do animal político.

Apesar de estar inserido num contexto socioeconômico e político-jurídico diferente daquele abordado na proposta de diálogo da leitura de Bickel e Friedman apresentada no texto, o STF não fica imune às críticas direcionadas à Suprema Corte americana. Essas críticas deram origem ao desenvolvimento dos dois autores a partir de uma mesma problemática, embora sob diferentes perspectivas, a saber, a questão da dificuldade contramajoritária. A problemática do viés da legitimidade democrática parece ser aplicável a todos os tribunais no exercício da jurisdição constitucional de forma ampla, sendo ponto-comum afirmativas no sentido de que cortes constitucionais invocam para si a competência para a “última palavra, se não a única” como forma de “empoderamento institucional”⁶⁴.

Para alguns, a jurisdição constitucional exercida de maneira forte (*agressive*), é um elemento característico do constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*) quando propõe uma mudança interpretativa no significado de Constituição para determinado evento da vida política do país (*constitutional change*). Para outros, é a atuação da corte que protege ou agrava o processo de derrocada democrática de um ordenamento jurídico, seja pelo domínio forçado dos poderes da corte por quem detiver o poder, seja pelo não cumprimento do seu papel de defesa da democracia por resguardo institucional contra a ação dos outros poderes⁶⁵.

64 FRIEDMAN, 2009.

65 LANDAU, 2013; ISSACHAROFF, 2007.

O “desafio”, na toada de Friedman⁶⁶, parece mesmo aquele de defender um modelo que pode deliberar em sentido contrário ao que *um constitucionalista* defende por razão ideológica ou convicção doutrinária, uma vez que o endosso ou a crítica negativa de uma decisão da corte a partir dos mesmos pressupostos: a “supremacia judicial” é “boa” quando defende o que convém e “péssima para a democracia” quando em contrário ao que não interessa ao querer argumentativo do crítico. Cumpre identificar a mudança de posições argumentativas entre conservadores e liberais em ciclos argumentativos da teoria constitucional⁶⁷, que fazem girar críticas antes de repulsa⁶⁸, as quais, pelos mesmos fundamentos, agora expressam elogios⁶⁹ ao desempenho da corte.

Vencido o período ditatorial, foi “na defesa da ascensão e da centralidade do Poder Judiciário na tutela e na concretização da Constituição”⁷⁰ que o sistema de proteção constitucional foi desenhado, e, posteriormente, expandido pela via legislativa (em especial a EC nº 45/2004 e Leis nº 9.868/99, 9.882/99, 12.063/2009 e 13.300/2016) com forte incremento nas possibilidades de atuação da corte: surgem a repercussão geral, as súmulas vinculantes, a modulação dos efeitos da decisão, a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto⁷¹, dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante. Tem-se, assim, um constitucionalismo normativo que, desde a concepção é radicalizado ao ponto de conferir relevância aguda ao STF nos rumos constitucionais do país. Um *animal político* que, pelo aparato jurídico de escolha política a ele conferido, tem por *desejável* a sua participação ativa na formação do significado constitucional⁷².

É por isso que críticas doutrinárias que partem do pressuposto de que há pelo STF uma usurpação hermenêutica para fins de expansão das suas possibilidades de atuação, negligenciam o relevante papel destinado à corte

66 FRIEDMAN, 2004.

67 FRIEDMAN, 2004.

68 VIEIRA, 2008.

69 VIEIRA, 2018.

70 BARROSO, 2012, p. 58.

71 Ainda que alguns já há tempos presentes do cotidiano jurisprudencial da corte, foram referendadas pela via legislativa, além de contar com a ampliação de poderes frente à administração pública e a possibilidade de criação de ato normativo.

72 BARROSO, 2018.

pelo desenho constitucional de 1988 e as escolhas políticas expansionistas de tal lugar por ele ocupado a partir de decisões do legislador. Esse constitucionalismo normativo radical, tão radicalizado que permite à corte criar atos de natureza normativa, com força de lei,⁷³ é uma característica brasileira que em nada (ou em muito pouco) tem a ver com a participação da corte no jogo político de poder quando da interpretação constitucional. Em outras palavras, ignoram a interação interinstitucional e a deferência legislativa ao Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, fenômeno que conta, em alguma medida, com anuência da sociedade.

Ainda que curto, o recorte temporal permite uma imagem parcial da atuação da corte em importante momento da história brasileira, além de delinear como uma instituição de tamanho poder na arquitetura constitucional atua em período de polarização dos posicionamentos político-ideológicos, com um espaço público de pouca clareza acerca dos significados constitucionais. Destacam-se eventos que contribuíram para a efervescência da vida política do país: a AC 4070 e a ADPF 402 na discussão sobre a possibilidade de manutenção no cargo eletivo e na linha sucessória da presidência da república de político réu em persecução criminal; MS 34070 e MS 34071 e a viabilidade do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva de ser empossado como Ministro de Estado Chefe da Casa Civil; MS 34193, MS 34371, MS 34441 e ADPF 378 que questionam os procedimentos processuais e a matéria quanto ao impedimento de Dilma Rousseff.

O cuidado da Ação Cautelar 4.070 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 merece atenção em conjunto: a AC 4070 foi protocolada pelo Ministério Público Federal em desfavor do então Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha, para afastá-lo do exercício do mandato eletivo e da função de presidente da Câmara dos Deputados, sob suspeita de beneficiamento próprio e condutas criminais diversas. Já na ADPF 402, tem-se que o objeto em análise trata da possibilidade de declaração de afastamento de pessoa em exercício de mandato eletivo quando recebida denúncia e instaurada ação penal em desfavor do réu, além do impedimento de constar da linha sucessória à presidência da república, notoriamente a circunstância enfrentada pelo Senador Renan Calheiros. O fato que tornou a situação um tanto mais problemática para o julgamento da corte foi a posição então exercida pelos afetados por decisões em ambos os casos.

73 Refere-se a súmulas vinculantes.

Tanto Eduardo Cunha quanto Renan Calheiros não eram políticos em posições marginais, desimportantes, alheias ao debate das mais relevantes questões para o país. Ao contrário, em grande medida dominavam a esfera política, seja na participação em grupos de pressão dentro do Poder Legislativo com forte base aliada, o chamado “centrão”, ou na influência exercida nos rumos do cambaleante governo Dilma. O primeiro, um ferrenho opositor da Presidente da República, após não conseguir apoio do Partido dos Trabalhadores para a defesa dos seus interesses junto a Comissão de Ética da Câmara, como forma de vingança⁷⁴, recebeu do pedido de impedimento e instaurou o processo que resultou no impeachment de Dilma Rousseff; o segundo guardou posição de apoiar a figura da Presidente até o momento em que a discussão chegou ao Senado Federal, ao perceber que nada poderia ser feito para salvar o mandato de Dilma, Renan Calheiros buscou aproximação com Michel Temer, vice que assumiu o Poder Executivo.

É curioso notar que o Supremo Tribunal Federal adotou medidas de gravidade diferentes para casos semelhantes: na AC 4070, o Plenário decidiu pela suspensão do mandato eletivo de Eduardo Cunha e, por consequência, do exercício da função de Presidente da Câmara dos Deputados, motivo que levou o partido REDE Sustentabilidade a apresentar pedido cautelar na ADPF 402, ao fim de afetar a posição de Renan Calheiros. O Relator, Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática seguiu, o anteriormente decidido pela Casa, e afastou o Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal, sem a suspensão do mandato. Constatou do dispositivo: “Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de presidente do Senado, o senador Renan Calheiros”.

Com a posição política enfraquecida pelos diversos episódios que culminaram na cassação do mandato, seguida de prisão preventiva e posterior decisão penal condenatória, Eduardo Cunha acatou o decidido pela corte e passou a enfrentar juridicamente as alegações contra ele aduzidas; Renan Calheiros, por sua vez, apresentou melhor manejo do aparato de poder à sua disposição e foi para o *hardball* contra a Suprema Corte: recusou dar cumprimento à decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, ato que o Min. Luís Roberto Barroso taxou de “crime ou golpe de estado”⁷⁵, e, após recusar

74 VIEIRA, 2018.

75 O GLOBO, 2016b.

a receber a intimação por duas vezes, a Mesa do Senado Federal atacou a conduta do STF a qual “impacta gravemente no funcionamento das atividades legislativas”⁷⁶. Trata-se de uma estratégia que consagrou relevante vitória com aumento do capital político do Senador, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 3, revogar a liminar no que compete à suspensão do exercício da presidência do Senado, afastou-o, tão somente, da linha sucessória da presidência da república.

É forçoso notar que a corte assume papéis diferentes para situações convergentes – ao decidir pelo afastamento de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados e declarar a suspensão do mandato eletivo, atuou de forma ativa e enfraqueceu a posição política do então Deputado, interferiu fortemente no jogo político majoritário e influenciou a opinião popular ao declarar para a sociedade o seu sentir jurídico em relação aos atos imputados ao réu. Valeu-se, por tanto, de uma virtude ativa para interagir com o Legislativo; não esperava o STF que o Senador Renan Calheiros fosse utilizar da sua posição para angariar apoio dos colegas senadores e enfrentar a autoridade da corte, vez apresentar momento diferente daquele vivenciado por Cunha. Renan seguia forte e com a base política estável, o que forçou um recuo da Suprema Corte ao temer um choque interinstitucional com perdas para ambos os lados, uma virtude passiva do animal político após o fracasso de, mais uma vez, ativamente atuar na circularidade da relação.

Mas não é somente contra o Poder Legislativo que o Supremo Tribunal Federal lança mão das suas virtudes para influenciar ativamente no significado constitucional: nos Mandados de Segurança 34.070 e 34.071, restou clara a tendência exposta na voz monocrática do Rel. Min. Gilmar Mendes que para o STF a nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para Ministro da Casa Civil configurava uma tentativa de conferir foro por prerrogativa de função, e retirar os diversos processos criminais da primeira instância, notadamente aqueles sob competência da 12ª Vara Criminal Federal de Curitiba, em decorrência das investigações da Operação Lava Jato.

Chamou atenção, no entanto, como o recurso apresentado pela defesa de Lula contra a interlocutória proferida no seu desfavor foi somente levada ao Plenário da corte quase três anos após o protocolo. A urgência da matéria é que poderia, caso com decisão revertida em favor do recorrente, ter influenciado nos eventos que levaram à prisão do ex-presidente, em

76 G1, 2016b.

controversa condenação criminal. Com 9 votos a 0, o Plenário Virtual do STF entendeu que a questão estava prejudicada com a perda superveniente do objeto, tendo em vista publicada a exoneração como Ministro Chefe da Casa Civil após a suspensão da nomeação por decisão da corte. Ao alongar o trâmite e pautar o *mandamus* anos depois, com a clara perda do objeto, o Supremo permitiu o decorrer político e o destino jurídico de Lula na primeira instância, sem com isso remexer (ainda mais) um espaço público já exaltado.

Menos de um ano após a decisão de caráter liminar que impediu a diplomação de Lula como Ministro de Estado, o STF enfrentou problemática em circunstâncias muito próximas quando o Ex-Presidente Michel Temer nomeou o Secretário Moreira Franco para Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência, por decreto atacado nos Mandados de Segurança 34.609 e 34.615. Investigado pela Operação Lava-Jato, muitos foram aqueles que interpretaram o ato como uma forma de garantir foro privilegiado e obstruir os procedimentos criminais em andamento. Da relatoria do Min. Celso de Mello, monocraticamente entendeu por rejeitar a interlocutória em razão de tratar de ato exclusivo da presidência da república, entendimento posteriormente referendado pelo Plenário da corte mais de dois anos depois, em março de 2019.

Situação dramática também foi aquela em que a corte apreciou o *impeachment*: com os mais baixos índices de aprovação da história de um presidente da república⁷⁷, com governo avaliado como “ruim ou péssimo” (respeitada a oscilação) para 69% dos brasileiros⁷⁸, o Supremo Tribunal Federal, não imune a fortes críticas, corroborou o impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff ao somente interferir em formalidades processuais. Não adentrou no mérito da existência de crimes de responsabilidade, escusou-se da questão por entender ser juízo de conveniência estritamente política, posição defensiva da corte ao perceber que uma interferência ativa poderia inflamar um ambiente já confuso e extremado, com eventuais consequências negativas ao arranjo ostentado pelo STF no jogo constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, na análise do Mandado de Segurança 34.193, teve a oportunidade de fazer juízo acerca da instauração de processo por crime de responsabilidade contra Dilma Rousseff no Senado Federal.

77 Índice de rejeição que posteriormente seria vencido pelo Governo Michel Temer, “ruim ou péssimo” para 82% dos brasileiros, VALOR, 2018.

78 O GLOBO, 2016a.

Negada a liminar e após o trâmite com consequente impedimento da ex-presidente, constou da decisão de Rel. Min. Alexandre de Moraes que cabia ao STF tão somente eventual “juízo de constitucionalidade do recebimento da acusação”, e argumentou que está aquém da corte “a possibilidade de ingerência em questões eminentemente políticas” e forma contraditória, concluiu que “o STF tem o dever de analisar se a decisão da Câmara dos Deputados, no exercício de seu poder discricionário, está vinculada ao império constitucional”, e arrematou “não havendo qualquer comprovação de ilegalidade, consequentemente, torna-se inviável o presente mandado de segurança”.

Já quando dos *mandamus* nº 34.371 e 34.441, era questionado “dois aspectos do processo de impeachment: a tipificação das condutas (crimes que não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal) e o ato de pronúncia”, vez que “o relator no Senado teria adotado classificação jurídica diferente da contida na denúncia aprovada pela Câmara dos Deputados” - além de que “o impeachment estaria viciado por um ‘patente e indubitado desvio de poder’, que não teria decorrido apenas da ação ‘degenerada e ilícita’ do então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, e de seus apoiadores diretos”, mas sim “de um conjunto muito mais amplo de deputados e senadores”. No mérito, o Supremo Tribunal Federal usou de virtude passiva e se disse incompetente para julgar dos pedidos, vez que o juízo natural seria o do Senado Federal. Ainda assim, avançou para afirmar a não existência de ilegalidade demonstrada pelos impetrantes, o que impedia a acolhida da segurança.

Ficou clara a preferência do STF em lançar mão de institutos processuais disponíveis no ordenamento jurídico que possibilitam o exercício das virtudes passivas da corte para resguardar posição que poderia ser configurada como desfavorável à atuação política do *Animal*. A o mesmo passo em que argumentos de autocontenção da atividade jurisdicional começam a aparecer como subterfúgio para assegurar tal *locus*, ainda que transparência, de modo contraditório, um agir com forte ingerência da corte em outros poderes quando lhe convém ao prazer interpretativo do que entenda e defenda por significado constitucional. Ademais, a narrativa consolidada de golpe contra Dilma Rousseff, que contou “com Supremo com tudo, num grande acordo nacional”⁷⁹, não escusa a responsabilidade do povo brasileiro. Dados

79 Famosa frase proferida pelo Senador Romero Jucá - em áudio obtido em investigação criminal, o político afirmou obter apoio de ministros do STF. FOLHA DE S.PAULO, 2016.

da época reportavam expressivo apoio de 68% da população favorável ao impedimento da ex-presidente⁸⁰, o que revela um querer entregue pelas instituições.

5. Conclusão

No início da segunda metade do século XX, Bickel chamou a atenção para a existência de uma “contramajoritariedade”. Ele referia-se à dificuldade que a Suprema Corte enfrenta ao desempenhar a função de controlar a constitucionalidade dos atos normativos de outros poderes, em especial daquelas instâncias de Poder que detém voto, algo que ele descrevia como uma espécie de “função mística”. Bickel argumentava que essa dificuldade decorria da complexidade da tarefa de conciliar a democracia, que preza pela regra da maioria, com a necessidade de proteger direitos fundamentais. Friedman, por sua vez, escreveu na defesa do papel exercido pela Corte Suprema e argumentou que os entendimentos por ela emanados costumavam ser compatíveis com o pensamento sociopolítico dominante, majoritário.

Da leitura de Bickel, com os desenvolvimentos de Friedman, parece compreensível que as idealizações não são exatamente opostas, mas sim complementares. Eles contribuíram juntos para o entendimento do processo de formação e interpretação do significado constitucional em situações específicas da vida política de um país. Desafiaram a visão da “dificuldade contramajoritária” como algo inerente à “supremacia judicial” e a enxergaram como uma ferramenta política que a corte pode usar para interagir tanto com outras instituições quanto com o público, como ocorre no caso das virtudes ativas e passivas ou da mediação no processo de interação e deliberação com e para a sociedade.

Isso significa que a Suprema Corte pode desempenhar um papel variado, às vezes apenas mediando e esperando o desenvolvimento das instâncias majoritárias e sociais, e em outros momentos, atuando ativamente para estabelecer uma interpretação constitucional que atenda aos seus interesses, sem, necessariamente, com isso, perder o apoio popular ou sofrer ataques de outros poderes. Essa dinâmica só é possível quando existe um sistema jurídico que concede à Suprema Corte uma posição de destaque e participação ativa nos caminhos do país. Isso é evidenciado no modelo brasileiro

80 G1, 2016a.

estabelecido em 1988 e posteriormente expandido, que permitiu ao Supremo Tribunal Federal desempenhar um papel relevante e influente nas decisões políticas. Essa interação é um exemplo claro da relação circular entre a corte e a sociedade, na medida que o STF, por vezes protege os seus poderes específicos e, outras vezes, influencia diretamente os resultados políticos a partir de deliberações jurídicas, demonstrando as complexidades da política em ação, como um animal político.

Referências

- BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011a.
- BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011b.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, pp. 2171-2228, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BASSOK, Or; DOTAN, Yoav. Solving the countermajoritarian difficulty? *International Journal of Constitutional Law*, [S.l.], v. 11, n. 1, pp. 13-33, 2013.
- BEDNAR, Jenna. The dialogic theory of judicial review: a new social science research agenda. *The George Washington Law Review*, [S.l.], v. 78, n. 6, 2010.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BICKEL, Alexander. The passive virtues. *Harvard Law Review*, [S.l.], n. 75, pp. 40-75, 1961.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRINKS, Daniel M.; BLASS, Abby. Rethinking judicial empowerment: the new foundations of constitutional justice. *International Journal of Constitutional Law*, [S.l.], v. 15, n. 2, pp. 296-331, 2017.
- BROWN, Nathan J.; WALLER, Julian G. Constitutional courts and political uncertainty: constitutional ruptures and the rule of judges. *International Journal of Constitutional Law*, [S.l.], v. 14, n. 4, pp. 817-850, 2016.
- BURKE, Peter. *The art of conversation*. Oxford: Basil Blackwell, 1993.

- CARVALHO, Nathalia Brito de. *Constitucionalismo democrático no Brasil?* Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.
- COSTA JÚNIOR, Paulo Alkmin. *O continente e as 11 ilhas: a mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- FLEMING, James E. *Fidelity to our imperfect constitution: for moral readings and against originalisms*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- FOLHA DE S.PAULO. Em diálogos gravados, Jucá fala em pacto para deter avanço da Lava Jato. *Folha de S.Paulo*, [S.l.], 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1774018-em-dialogos-gravados-juca-fala-em-pacto-para-deter-avanco-da-lava-jato.shtml>. Acesso em: 2 maio 2022.
- FORBATH, William E. The will of the people? Pollsters, elites, and other difficulties. *The George Washington Law Review*, [S.l.], v. 78, n. 6, 2010.
- FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 101, n. 8, 2003.
- FRIEDMAN, Barry. The cycles of constitutional theory. *Law and Contemporary Problems*, [S.l.], v. 67, n. 149, 2004.
- FRIEDMAN, Barry. The will of the people and constitutional change. *The George Washington Law Review*, [S.l.], v. 78, n. 6, pp. 1232-1254, 2010.
- FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- G1. 68% apoiam impeachment de Dilma, diz pesquisa Datafolha. *G1*, [S.l.], 2016a. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/68-apoiam-impeachment-de-dilma-diz-pesquisa-datafolha.html>. Acesso em: 2 maio 2022.
- G1. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. *G1*, [S.l.], 2016b. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2022.
- GOMES, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Explorando o “maravilhoso mistério do tempo”: as hipóteses de “perda de objeto” como evidência de virtudes passivas no Supremo Tribunal Federal (STF). In: *ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA*, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais [...]*. [S.l.]: [s.e.], 2016.

- ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 120, n. 6, 2007.
- KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Cambridge: Oxford University Press, 2004.
- KRAMER, Larry. The Supreme Court 2000 term: foreword: we the Court. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 115, n. 4, 2001.
- LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *University College Davis Law Review*, [S.l.], v. 49, n. 189, 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- O GLOBO. Avaliação ruim/péssima do governo Dilma oscila para 69%, mostra CNI Ibope. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2016a. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/avaliacao-ruimpessima-do-governo-dilma-oscila-para-69-mostra-cniibope-18981434>. Acesso em: 1 maio 2022.
- O GLOBO. Barroso, do STF, diz que descumprir decisão judicial é crime ou golpe de Estado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2016b. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-do-stf-diz-que-descumprir-decisao-judicial-crime-ou-golpe-de-estado-20603850>. Acesso em: 30 abr. 2022.
- PILDES, Richard H. 10 x 10. *International Journal of Constitutional Law*, [S.l.], v. 10, n. 3, pp. 792-798, 2012.
- PRIMUS, Richard. Public consensus as constitutional authority. *The George Washington Law Review*, [S.l.], v. 78, n. 6, 2010.
- SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change. *Faculty Scholarship Series*, [S.l.], n. 1097, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document does not mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional personae*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.
- SUNSTEIN, Cass R. Foreword: leaving things undecided. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 110, n. 4, 1996.
- SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET, Mark V. Popular constitutionalism as political law. *Chicago Kent Law Review*, [S.l.], n. 81, pp. 991-1006, 2006.

- VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional*: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- VALOR. Ibope: governo de Michel Temer é ruim ou péssimo para 82%. *Valor*, [S.l.], 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5886367/ibope-governo-de-michel-temer-e-ruim-ou-pessimo-para-82>. Acesso em: 2 maio 2022.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*: da transição democrática ao mal estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 441-464, 2008.
- WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Recebido em 25 de julho de 2022.

Aprovado em 01 de maio de 2024

RESUMO: Com marco teórico centralizado em Bickel e Friedman, não sem localizar os seus críticos, o presente estudo tem por abordagem metodológica a construção interlocucional entre os autores norte-americanos, para contribuir ao entendimento dos comportamentos institucionais assumidos pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo da pesquisa é trabalhar dois elementos comuns à atuação deliberativa comparada da suprema corte americana com a brasileira: a tese da dificuldade contramajoritária e a objeção a ela contida no cerne do constitucionalismo popular mediado. O trabalho conclui pela possibilidade de movimentação político-jurídica da corte, como elemento da estrutura constitucional, em que a compreensão das virtudes ativas e passivas auxiliam no entendimento do animal político.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, animal político, dificuldade contramajoritária, Alexander Bickel, Barry Friedman.

ABSTRACT: The current study revolves around the theoretical underpinning of Bickel and Friedman, while also acknowledging their critics. The research takes a methodological approach that involves constructing a dialogue between the American authors. The objective is to enhance our understanding of the institutional behaviors adopted by the Supreme Federal Court. The study seeks to explore two key aspects common to the deliberative processes of the American and Brazilian supreme courts: the concept of counter-majoritarian difficulty and the associated objections within the context of mediated popular constitutionalism. Ultimately, the study concludes by suggesting that the court holds the potential for both political and juridical maneuvering, acting as an essential component of the constitutional framework. This understanding of active and passive virtues aids in comprehending the court as a political animal.

Keywords: brazilian Supreme Court, political animal, countermajoritarian difficulty, Alexander Bickel, Barry Friedman.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: GUEDES, Maurício Sullivan Balhe; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. O Supremo Tribunal Federal como animal político: a dificuldade contramajoritária de Bickel e Friedman. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 68, jan/jun, 2026. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.1928>.