

Cinco objeções à tese da representação argumentativa do Poder Judiciário¹

Gustavo da Silva Santos Fontes²  

Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil

E-mail: gustavo_sfuentes@hotmail.com

Afonso Nonato do Nascimento Neto³  

Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil

E-mail: afonsonetto13@hotmail.com

Ubirajara Coelho Neto⁴  

Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil

E-mail: ucneto@academico.ufs.br

Resumo: Este artigo analisa criticamente a tese de que o Poder Judiciário obtém sua legitimidade para a fiscalização constitucional por meio de uma ideia de representação argumentativa. Após fazer uma breve exposição do seu “núcleo duro”, na versão que lhe dão Robert Alexy e Luís Roberto Barroso, o artigo questiona a aplicabilidade do conceito de representação ao Judiciário e levanta objeções tanto conceituais quanto normativas, a partir de um referencial teórico-analítico. As objeções gravitam em torno da reflexão de que, em primeiro lugar, o conceito de representação, conforme descrito pela ciência política, não comporta a atuação judicial, além de que embaralha as funções jurídicas tradicionalmente atribuídas aos tribunais; em segundo, que há também razões normativas para rejeitar a tese, pois as premissas que a embasam – como a desconfiança em relação à democracia representativa e a idealização dos tribunais –, do ponto de vista da legitimidade democrática, são muito mais problemáticas do que aparentam ser e podem conduzir a cenários inaceitáveis, como a “captura” social ou ideológica dos tribunais. O artigo conclui sugerindo o abandono da ideia de representação argumentativa em favor de uma definição conceitual mais transparente.

Palavras-chave: representação argumentativa; representação democrática; controle de constitucionalidade; desconfiança da política.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Tiradentes. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6449-8284>. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/7912095858634540>. E-mail: gustavo_sfuentes@hotmail.com.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9449-3982>. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/0670682255914290>. E-mail: afonsonetto13@hotmail.com.

⁴ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa, sob orientação do Prof. Jorge Miranda. Professor permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Chefe do Departamento de Direito e Coordenador do Curso. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/9260268297028111>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5276-4091>. E-mail: ucneto@academico.ufs.br.

Five objections to the thesis of the argumentative representation of the Judiciary

Abstract: This article critically examines the thesis that the Judiciary derives its legitimacy for constitutional review from an idea of argumentative representation. After briefly presenting its "hard core" in the version formulated by Robert Alexy and Luís Roberto Barroso, the article questions the applicability of the concept of representation to the Judiciary and raises both conceptual and normative objections based on a theoretical-analytical framework. The objections revolve around the argument that, first, the concept of representation, as described by political science, does not accommodate judicial action and blurs the traditionally assigned legal functions of the courts. Second, there are also normative reasons to reject the thesis, as its underlying premises—such as distrust in representative democracy and the idealization of courts—are, from the perspective of democratic legitimacy, far more problematic than they initially appear and may lead to unacceptable scenarios, such as the social or ideological "capture" of the courts. The article concludes by suggesting the abandonment of the idea of argumentative representation in favor of a more transparent conceptual definition.

Keywords: argumentative representation; democratic representation; constitutional review; distrust of politics.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contextualizando a tese. 2.1. A tese de Robert Alexy. 2.2. A tese de Luís Roberto Barroso. 3. Objeções conceituais. 3.1. O Poder Judiciário é representativo da vontade popular? 3.2. Misturando os papéis: representativo, contramajoritário ou iluminista?. 4. Objeções normativas. 4.1. Desconfiando da representação política. 4.2. Uma “*rosy picture*” do Poder Judiciário. 4.3. Dê-se o benefício da dúvida: tribunais deveriam ser ideológica ou socialmente representativos? 5. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais debatidos na literatura constitucional diz respeito ao papel dos tribunais em uma democracia. Esse é um debate muito comum nos Estados Unidos; Friedman (2002), por exemplo, o rotulou como verdadeira “obsessão acadêmica”. No Brasil, em particular, o Supremo Tribunal Federal enfrenta questionamentos sobre sua função na fiscalização constitucional. Afinal, qual é a sua verdadeira identidade? Guardião da Constituição? Protetor da democracia? Defensor das minorias? As tentativas de definir o nosso tribunal de cúpula são inúmeras e refletem as complexas expectativas que a sociedade deposita sobre essa instituição.

Dentre as diversas funções atribuídas aos tribunais, surge uma questão central: por que razão eles podem decidir o que decidem? Como um pequeno grupo de juízes, muitas vezes oriundos da elite social e sem legitimidade eleitoral direta, pode invalidar o resultado de um parlamento democraticamente eleito? Essa indagação perpassa o debate sobre o

equilíbrio entre o controle de constitucionalidade e a vontade popular, trazendo à tona os desafios de se compatibilizar a independência judicial – e, por via correlata, a efetividade constitucional – com os princípios democráticos.

Uma teoria que se envolve nessa disputa foi formulada por Robert Alexy. Respondendo às principais objeções à sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, em particular quanto à suposta natureza antidemocrática do teste de proporcionalidade, o alemão elaborou o conceito de “representação argumentativa”. Por meio dela, descreveu que os tribunais constitucionais possuem competência para decidir temas constitucionais porque têm uma representação de tipo diverso, diferente da eleitoral, baseada na forma de argumentação típica das decisões judiciais.

No Brasil, o grande defensor dessa tese é Luís Roberto Barroso. Tentando se desvencilhar das constantes críticas recebidas pelo Supremo de que estaria se transformando em um tribunal ativista, Barroso discorre que há três funções primordiais exercidas pelo órgão: (i) contramajoritária; (ii) representativa e (iii) iluminista. As funções (i) e (iii) já contam com uma produção crítica que discute seus limites e sua legitimidade. A função (ii), entretanto, segue menos explorada. Embora também envolva questões relevantes sobre a atuação do tribunal, essa função ainda não recebeu a mesma atenção. Essa lacuna na literatura exige uma análise mais aprofundada sobre seus efeitos e limitações no sistema constitucional brasileiro.

Assim, é da segunda função em especial que tratará este artigo. A partir das conceituações de Alexy e de Barroso, que, apesar das diferenças, compartilham pontos em comum, busca-se discutir as principais objeções à tese de que o Poder Judiciário possui um tipo de representatividade que lhe é própria, chamada em regra de *argumentativa*, ou por vezes de *discursiva*. O tópico 2 busca descrever a tese com maior detalhamento e fidelidade ao pensamento dos autores.

No tópico 3, serão discutidas as objeções *conceituais*, em um plano teórico-descritivo. Nesse sentido, serão expostas as seguintes premissas: (3.1) não é adequado emprestar o conceito de representatividade ao Poder Judiciário, pois essa ideia não é compatível com o papel de fato exercido por tribunais, em geral, e com supremas cortes, em particular; e (3.2) não é conceitualmente adequado descrever tribunais como, ao mesmo tempo, representativos e contramajoritários, e, no caso de Barroso, também como iluministas.

No tópico 4, serão analisadas as objeções *normativas*, isto é, por que não é uma boa ideia afirmar que o Poder Judiciário tem um papel representativo a exercer. Nessa

perspectiva, serão expostas as seguintes oposições: (4.1) escondida atrás da tese de que é necessário haver um outro tipo de representação existe uma profunda descrença com a democracia, em geral, e com a política partidária, em particular; (4.2) junto à tese da representação argumentativa, conecta-se uma teoria que florea a atividade judicial como *intrinsecamente* legítima, avessa à falseabilidade; e (4.3) a pretensão de mitigar o descompasso entre a atividade judicial e as convicções populares, além de ser empiricamente duvidosa, pode levar à partidarização das indicações às supremas cortes.

Ao final, espera-se concluir que, a partir das premissas apontadas, a tese da representação argumentativa deve ser abandonada, seja por carecer de precisão conceitual, seja por lidar de forma inadequada com as objeções levantadas contra o *constitutional review*.

2 CONTEXTUALIZANDO A TESE

De acordo com alguns autores, o Poder Judiciário pode ser visto como uma instituição representativa devido ao seu dever de argumentar e justificar suas decisões. Eles adotam o que se chama aqui de “tese da representação argumentativa”. Este subtópico apresenta duas abordagens que, de forma semelhante, destacam-se no Brasil e compõem a essência da concepção⁵.

2.1 A tese de Robert Alexy

Logo ao início de seu texto, Alexy (2011, p. 164) faz menção ao fato de que a jurisdição constitucional é exercício do poder estatal, e num Estado de Direito essa qualidade deve necessariamente ser remetida ao seu titular original – o povo. É por isso que o Poder Legislativo é naturalmente legítimo: parlamentares representam o povo em um sentido *eleitoral*. Em contraste, o Poder Judiciário enfrenta um problema de legitimação democrática, uma vez que seus membros não são eleitos e, portanto, não estão sujeitos ao controle direto do eleitorado. Dessa forma, a única forma de reconciliar a legitimidade dos tribunais é entendê-los também como representantes, mas de uma qualidade diversa. Juízes

⁵ Partindo de outra perspectiva, Friedman (2010) também desenvolve uma tese sobre a representação popular pelo Poder Judiciário, explorando como a Suprema Corte dos Estados Unidos alinha suas decisões à opinião pública ao longo do tempo. No entanto, seu argumento parte de premissas empíricas distintas das abordadas aqui e não será objeto de análise neste artigo.

devem ser representantes *argumentativos*; diferentemente dos parlamentares, eles não representam a vontade eleitoral, mas a ideia de racionalidade argumentativa.

Alexy (2011, p. 164) considera que é possível articular o seu ideal de *correção normativa*⁶ com a jurisdição constitucional, especialmente porque “se podem ser distinguidos argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins ou melhores de piores”. Isto é, tribunais podem decidir temas constitucionais porque os decidem *racionalmente*. Essa abordagem está conectada à sua teoria discursiva mais ampla, segundo a qual o processo judicial é um caso especial do discurso prático geral (Alexy, 2021). Assim, a legitimidade das decisões judiciais não reside apenas na aplicação de normas preexistentes, mas na capacidade do tribunal de apresentar argumentos que possam ser aceitos por uma comunidade de cidadãos racionais. Isso reforça a ideia de que o papel dos tribunais não é meramente técnico, pois ele envolve a articulação de razões que justifiquem suas decisões segundo as regras do discurso. A jurisdição constitucional, ao aplicar esse modelo, garante que as decisões sejam fruto de um processo deliberativo que respeita a racionalidade prática.

Mas isso, por si só, não faz dos tribunais instituições *representativas* no sentido estrito da expressão. Para vencer esse ponto, Alexy (2011, p. 165) formula a ideia de aceitação racional pelos cidadãos, de modo que “um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos” para que tribunais sejam de fato representativos. Esse processo ocorre quando os tribunais, por meio de suas decisões, conseguem persuadir os cidadãos racionais da correção de seus argumentos. Ele sustenta ainda que os juízes, graças à sua independência e liberdade de decisão, atuam como uma “câmara de argumentos” que representa os diferentes discursos presentes na sociedade. Essa concepção de representação argumentativa está profundamente ligada à ideia de que a independência dos juízes permite que eles ajam como *mediadores* racionais. Para Alexy, a corte constitucional se torna, assim, um espaço em que os diversos interesses e valores sociais são reconciliados por meio de argumentos, ao invés de serem simplesmente subordinados à vontade da maioria ocasional.

2.2 A tese de Luís Roberto Barroso

De acordo com Barroso (2018, p. 2201), a democracia transcende o ato de votar em intervalos regulares e se constitui em um debate público contínuo que deve acompanhar as

⁶ Sobre as ideias de “correção normativa” e “pretensão de correção” no pensamento de Jürgen Habermas e Robert Alexy, cf. Cardoso (2009, p. 95-111; 171-191).

decisões políticas relevantes; quer dizer, além de *vontade* e *decisão*, a teoria democrática contemporânea demanda também o oferecimento de *razões*. A crise de representatividade dos parlamentos, marcada por descrença popular e bloqueios institucionais, abre espaço para que novos atores se apresentem como protagonistas na busca dessa racionalidade. Por isso, segundo ele, é natural que o Poder Judiciário tenha uma importante atuação no âmbito dessa concepção de democracia, pois, afinal, “a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais”. Barroso (2018, p. 2203) sustenta que a motivação das decisões impede que juízes se pautem por pura vontade discricionária: em uma democracia cada vez mais deliberativa, tribunais não seriam meros aplicadores de normas, mas interlocutores privilegiados em um diálogo público sobre direitos e justiça. Isso garante uma legitimação *discursiva*. Faz com que democracias sejam compostas de, além de voto, também argumentos. Citando Alexy, refere que o constitucionalismo é um “projeto de institucionalização da razão e da correção”.

Além dessa vertente, ele também argumenta que tribunais podem funcionar como verdadeiros intérpretes sociais. Nesse sentido, eles também podem ser descritos como representativos, porque incorporam por meio do discurso as convicções populares que por diversas razões não são canalizadas por meio da representação política tradicional (Barroso, 2018, p. 2205). Se a representação eleitoral falha em expressar o verdadeiro sentimento popular, os tribunais, segundo essa concepção, estariam mais aptos a captar demandas sociais difusas e dar-lhes resposta. É dizer, tribunais são legítimos *(i)* porque decidem com base na razão, de forma motivada e razoável; e *(ii)* porque podem incorporar o verdadeiro sentimento social, omitido pela via tradicional.

3 OBJEÇÕES CONCEITUAIS

Discutir sobre conceitos é sempre uma tarefa complexa. O propósito da análise teórica via de regra é descrever da melhor forma possível o conceito em análise, de modo que ele reproduza fielmente o que se encontra na realidade. O problema é que a realidade, sempre muito colorida, não nos permite pô-la em um laboratório, a fim de testar sob que condições e ângulos um conceito pode ser cientificamente validado como descritivo de um fenômeno social. A principal tarefa das ciências sociais é sobretudo desenvolver uma forma de vencer essa dificuldade epistemológica. Entretanto, como explica Bix (2015, p. 34), no fim, tais definições e teorias não estão totalmente desconectadas do mundo empírico, pois “na medida em que uma análise conceitual pretende refletir os nossos conceitos

compartilhados atuais, ela pode ser criticada por não conseguir fazer isso de forma precisa”⁷.

Para os propósitos deste trabalho, a dificuldade se intensifica: há uma notável imprecisão na literatura sobre representação política, apontada tanto na obra clássica de Pitkin (1967, p. 7-11) quanto, mais recentemente, por Rehfeld (2017, p. 4-5). Isso, contudo, não impede a continuidade do estudo – por uma razão relativamente simples. Como se verá, não é necessário resolver o problema do *melhor* conceito descritivo de representação, já que em nenhum sentido adequado ele pode ser imputado ao Poder Judiciário.

3.1 O Poder Judiciário é representativo da vontade popular?

A primeira objeção à tese é essencialmente conceitual: tribunais são, de algum modo e em algum grau, órgãos representativos? Essa é uma questão que se desdobra em discussões interessantes no âmbito da ciência política. O primeiro passo para se chegar a uma resposta é analisando o que é – e também o que não é – o conceito de representação.

Uma primeira conceituação num sentido descritivo diz que representantes são “delegados” ou “intermediadores” (*proxys*) dos representados. Nessa primeira vertente, diz-se que representantes têm o papel de *reproduzir* os desejos e interesses dos representados quando eles não podem fazê-lo pessoalmente. Essa é uma descrição incipiente da democracia representativa contemporânea, no sentido de que uma sociedade de massas, sem meios diretos de expressar sua vontade coletiva, confia aos intermediadores a tarefa de canalizar suas aspirações políticas. Nesse modelo, os representantes atuam como *extensões* da vontade dos representados, transmitindo suas demandas no cenário institucional de maneira fiel. A mediação se faz necessária para garantir que o processo decisório continue a refletir a pluralidade de interesses em uma sociedade complexa, e a delegação de poder aos representantes assegura que esses interesses sejam considerados de forma adequada. Subjacentes a essa descrição estão as ideias de *delegação* ou de *mediação* (Hutt, 2021, p. 12).

Em um segundo sentido, o conceito de representação pode ser lido de modo que os representantes sejam visualizados como curadores (*trustees*) dos representados. Quer dizer, têm independência para decidir, em nome dos representados, qual é a melhor solução em um determinado contexto. O objetivo dos curadores é velar pelos interesses dos representados da melhor forma possível, ainda que não sejam meros reprodutores dos seus desejos.

⁷ Tradução livre. No original: “[...] to the extent that a conceptual analysis purports to track our current shared concepts, the analysis can be criticised for failing to do so accurately”.

Subjacente a essa descrição está a ideia de confiança, ou de procuração (*advocacy*) (Hutt, 2019, p. 11).

No sentido proposto por Urbinati (2010), os representantes não agem apenas como delegados passivos; eles assumem um papel ativo de *advocacy*, isto é, defendem e articulam os interesses dos representados dentro de um contexto de deliberação democrática. Assim como um advogado age em defesa de seu cliente no tribunal, o representante age como defensor dos interesses de seus eleitores no governo (Urbinati, 2010, p. 77). O advogado, embora deva considerar as instruções e os interesses do cliente, possui autonomia para tomar decisões estratégicas durante o processo. Ele pode adotar um caminho que julgue mais adequado para garantir o melhor resultado possível. De forma semelhante, o representante é responsável por interpretar e defender os interesses dos representados, mas tem liberdade para ajustar suas ações conforme os desafios e contextos. Isso exige que ele ouça as demandas, compreenda as necessidades e lute pelos interesses daqueles que representa de forma *responsiva*. Há sempre uma dimensão de *accountability*.

Urbinati (2010, p. 81 *et seq.*) argumenta que essa ideia de *responsividade* é fundamental para a legitimidade da representação em uma democracia moderna. Ela sugere que o ato de representar envolve uma constante mediação entre os interesses imediatos dos representados e as necessidades práticas que surgem no debate público. Nesse sentido, a deliberação é central, pois é o meio através do qual os representantes exercem sua função de curadores, avaliando as demandas dos representados à luz de considerações práticas, éticas e coletivas. Esse processo deliberativo é, portanto, uma forma de garantir que os representantes não sejam apenas porta-vozes de desejos e interesses, mas agentes críticos que participam ativamente da formação da vontade pública.

Desse modo, de acordo com a concepção de interesse e responsividade da representação, uma atividade é considerada “representativa” quando é realizada de maneira que: (i) persegue intencionalmente os interesses de outra pessoa ou grupo (condição de busca de interesses); e/ou (ii) é responsiva a outra pessoa ou grupo (chamada de condição de responsividade). Ou seja, no momento do voto um congressista está “representando” quando intencionalmente persegue os interesses de outros e/ou quando vota de maneira responsiva a eles. O que torna o ato de representar conceitualmente distinto é essa variação entre atender aos interesses objetivos dos representados e ser responsivo a eles. A diferenciação entre interesses e responsividade está relacionada ao debate “curador/intermediador”: curadores são aqueles que tendem a enfatizar a primeira condição de busca de interesses, enquanto intermediadores enfatizam o critério de responsividade (Rehfeld, 2017, p. 6).

O que salta aos olhos dessas conceituações é que em nenhum sentido o Poder Judiciário pode ser descrito como intermediador ou curador popular. Ainda que se utilize da qualificação da representação *argumentativa*, fato é que desde o princípio de *representação* não se trata. Quer se adote uma ou outra descrição, os representantes são sempre orientados pelos desejos dos representados e se comportam como *accountable* perante eles. Seja como intermediador ou curador, o representante sempre deve lidar com o potencial de responsabilização – ou de destituição periódica, como costuma ser. Não estando satisfeito com o resultado da representação – isto é, com a reprodução ou a perseguição de seus interesses –, o representado pode sempre substituir a figura do representante por outra mais adequada, segundo seu próprio juízo.

O problema é que o Poder Judiciário não é *accountable* em nenhuma medida relevante. Diferentemente do parlamento ou da chefia dos poderes executivos, um tribunal supremo não possui caráter de *delegação*, via de regra seus cargos não estão sujeitos a mecanismos de responsabilização e revogação e não dependem de qualquer eleição popular. E isso é mesmo uma importante característica de sua atuação, que lhe garante independência institucional e decisória.

Além disso, tribunais também não se orientam pelos desejos e convicções dos cidadãos. Veja-se o caso brasileiro. A Constituição Federal de 1988 desenhou o Supremo Tribunal Federal como instituição *contramajoritária* – ainda que se possa discutir o grau e a posição de tal mecanismo. Mas está fora de disputa a garantia de sua forte independência. A título de substituição há apenas uma medida ordinária, referente à aposentadoria dos ministros, seja opcional ou compulsória; na qualidade de medida extraordinária, há apenas a possibilidade de *impeachment*, que de tão gravosa só foi utilizada uma vez na história brasileira (Germano, 2016).

Hutt (2021, p. 11) chama essa importante característica de “função de orientação pelo direito”. Isso significa que, enquanto as instituições representativas — como o Legislativo e o Executivo — são *funcionalmente* direcionadas pela vontade dos seus representados, os tribunais têm como objetivo central a aplicação e a interpretação do direito. Essa distinção é fundamental para entender a natureza e o papel dessas instituições no contexto do Estado Democrático de Direito. A natureza do direito é, por definição, antitética ao conceito de representação no sentido político. No sentido mais comum, a função jurisdicional não é uma extensão do processo político; ela existe precisamente para contrabalancear os excessos de uma vontade popular que, em determinados momentos, pode contrariar os preceitos constitucionais.

Tribunais operam em um espaço que, embora possa *tangenciar* o campo político, é determinado sobretudo pela interpretação do direito. Juízes não dão voz à “vontade do povo”; ao contrário, sua função é aplicar normas e princípios jurídicos, ainda que isso exija *contrariar* a vontade popular. Pode-se discutir o grau de vinculação que o direito de fato exerce sobre a atividade dos tribunais; coisa diversa é dizer que os tribunais procuram vinculação em outro lugar. Isso diferencia seu papel das instituições representativas. Mesmo quando há margem para interpretação ou decisões discricionárias, o ponto de partida dos tribunais é sempre o direito – ou as fontes sociais reconhecidas pela regra de reconhecimento do sistema jurídico, como ensina Hart (2009) –, o que lhes confere uma função distinta e separada das outras esferas do poder. Não sendo diretamente eleitos, os tribunais não podem recorrer à legitimação por meio da ideia de representação de interesses, mas sim pela racionalidade *jurídica* de suas decisões. Enquadrar os tribunais na lógica representativa dilui a singularidade da função jurisdicional. Como diz Hutt (2019, p. 9), “o que se espera desses tribunais é a determinação do significado constitucional, e não a consideração das opiniões ou preferências da cidadania”⁸.

3.2 Misturando os papéis: representativo, contramajoritário ou iluminista?

De acordo com Barroso (2018, p. 2197-2198), na maior do tempo tribunais supremos são contramajoritários, na medida em que protegem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático de eventuais deliberações políticas majoritárias. Mas não é só; segundo ele, juízes também podem ser iluministas, de modo a “empurrar a história para a frente” e conduzir o processo civilizatório em direção ao progresso social. A expressão “iluminista” advém da concepção de que, além de resguardar os direitos das violações eventuais e traduzir o sentimento social, tribunais também se utilizam da *razão* para vencer a superstição e o preconceito, em nome de uma “intervenção humanitária” (Barroso, 2018, p. 2207-2208).

Ainda que se quisesse insistir na tese da representação argumentativa, o argumento revela uma contradição ao atribuir simultaneamente uma função representativa e, ao mesmo tempo, contramajoritária e iluminista. A objeção é simples: essa não é uma boa tipologia conceitual.

O propósito de uma tipologia é manter uma estrutura dentro da qual uma discussão significativa possa ocorrer. A ideia de precisão descritiva é importante nesse sentido, pois é

⁸ Tradução livre. No original: “[...] what is expected from these courts is the determination of constitutional meaning, not what the views or the preferences of the citizenry are”.

importante saber se duas pessoas que parecem estar discutindo o mesmo assunto estão, de fato, fazendo isso. É dizer, a *categoria* comum que fundamenta a discussão deve ser delimitada por uma *definição* em comum a respeito da categoria (Bix, 2015, p. 32-39). O problema conceitual de tomar os tribunais como sendo ao mesmo tempo contramajoritários, representativos e iluministas é precisamente esse: a partir da tese, não é possível estabelecer com uma mínima precisão o papel de fato exercido por supremas cortes em determinado contexto político. A função contramajoritária, que protege direitos fundamentais contra a vontade da maioria política, e a função iluminista, que busca conduzir o progresso social, contrapõem-se à ideia de representação argumentativa. Esta última pressupõe que os tribunais, de alguma forma, refletem ou traduzem o sentimento popular. Segundo essa tipologia, as cortes são qualquer coisa que elas afirmem ser.

É possível se questionar sobre a própria utilidade de tal descrição. Pode uma instituição ser desenhada para se legitimar por atender ao clamor popular e, ao mesmo tempo, ignorá-lo completamente? Com essa crítica, Arguelhes (2017, p. 83) pretende lançar luz a um problema grave na teoria de Barroso quanto às três funções exercidas pelo Supremo: a ideia de *design* institucional pressupõe um modelo segundo o qual a atuação de uma instituição concreta deve ser avaliada. Isto é, boas tipologias conceituais servem para definir erros e acertos cometidos por uma instituição. No entanto, Arguelhes (2017, p. 84) evidencia que a multifuncionalidade proposta por Barroso não admite erros; ela “funciona como um completo manual de instruções das muitas narrativas nas quais um observador sempre pode considerar que o STF tem razão (ainda que sem voto) para ter feito o que fez. O destino do STF é ser legítimo”.

Quando os tribunais se colocam como protetores de minorias, representantes da sociedade e agentes do progresso, qualquer decisão que tomem pode ser justificada sob uma dessas funções, tornando-os quase imunes à responsabilização. Isso é uma tipologia inadequada; a falta de uma definição clara sobre as funções dos tribunais permite que eles moldem seu papel de acordo com a situação. Ora são contramajoritários, ora representam o povo, ora guiam o progresso. O Supremo, nessa mistura de conceitos, adota uma postura que pode ser vista como infalível.

4 OBJEÇÕES NORMATIVAS

Mais acima, definiu-se que o conceito de representação não se ajusta de forma adequada ao papel realmente exercido por tribunais, sobretudo no que se refere a suas

competências de fiscalização constitucional. Se essa é uma conclusão extraída de um ponto de vista conceitual, por força de premissas teórico-descritivas, há também argumentos *normativos* para considerar que tribunais de fato *não devem* ser representativos. Neste tópico, desconsiderem-se as objeções conceituais. Ainda que se pudesse acatar conceitualmente a tese da representação, do ponto de vista das funções atribuídas a cortes e parlamentos em uma democracia constitucional, essa não seria uma boa ideia.

4.1 Desconfiando da representação política

Sandalow (1981, p. 446) narra que no contexto das eleições norte-americanas de 1981, o presidente eleito Ronald Reagan, no dia seguinte a sua posse, convocou seu gabinete e fez um comunicado aos secretários de governo: no exercício de suas atividades, eles não deveriam ser influenciados por *convicções políticas*; suas ações deveriam ser guiadas apenas pelos mais nobres interesses do povo. O relato narrado é anedótico, mas serve para assimilar um sentimento generalizado nas democracias ocidentais de que a política é vulgar e ideológica, e dela se deve afastar para alcançar juízos mais *técnicos* e coerentes com o *verdadeiro sentimento popular*.

A bem da verdade, esse não é uma suspeita recente. Como destaca Urbinati (2009, p. 66), de Platão, no século IV a.C., ao Marquês de *Condorcet*, no século XVIII, o princípio democrático do consentimento social foi criticado a partir da idealização de bens superiores *a priori*, como a verdade ou a justiça, supostamente inalcançáveis por meio da deliberação popular. Essa desconfiança com a democracia se funda na ideia de que nela há uma natureza partidária inevitável, de modo que os “amantes da verdade e da justiça” devem elaborar procedimentos de tomada de decisão que possam se aproximar da racionalidade e *reconciliar* a representação com objetivos superiores ao poder político e às opiniões enviesadas (*biased*). Como afirma Whittington (2000, p. 690), “embora a maioria veja a democracia como uma coisa boa, é mais provável que as legislaturas sejam consideradas como um mal necessário que deve ser mantido sob vigilância”⁹.

Essa desconfiança se encontra na raiz da tese da representação argumentativa. Na tentativa de “salvar” o controle de constitucionalidade de suas tradicionais críticas, Alexy e Barroso elaboraram um modelo em que se deixa implícito o desvalor da representação democrática. Para o segundo (2018, p. 2204), por exemplo, a representação política é

⁹ Tradução livre. No original: “Although most view democracy as a good thing, legislatures are more likely to be regarded as a necessary evil that should be kept under a watchful eye”.

fundada na *vontade*; já a representação argumentativa é pautada pelo oferecimento de *razões*. Ele diz que essa maior abertura do Judiciário o autoriza até mesmo a se fazer “intérprete do sentimento social”, já que juízes não estão “sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral”.

Barroso, por exemplo, parece afastar voto e argumento em polos opostos, como se ambos não pudessem estar juntos. Hutt (2021, p. 3) denuncia essa perspectiva ao afirmar que subjacente à noção de representação argumentativa existe uma “preocupação em imaginar mecanismos pelos quais as democracias constitucionais sejam mantidas a salvo do som e da fúria da política partidária eleitoral de curto prazo”. Segundo ele, “[o]s tribunais fazem isso alegadamente incorporando algo diferente de majorias eleitorais transitórias, nomeadamente representações mais elevadas e embasadas do conceito de povo incorporadas na Constituição”¹⁰. Supostamente, tribunais conseguiriam acessar a vontade popular de um modo que a representação política tradicional não é capaz.

Essa premissa, contudo, é questionável. A natureza argumentativa das decisões judiciais, por mais sofisticada que seja, não implica necessariamente uma maior *sintonia* com os interesses populares. Decidir com base em argumentos racionais não garante que o Judiciário possa, de algum modo, reproduzir os anseios da sociedade. A distância entre juízes e cidadãos – tanto institucional quanto social – dificulta essa conexão; ao contrário dos parlamentares, os juízes não se submetem ao escrutínio eleitoral nem têm mecanismos de responsabilização direta por suas decisões. Falta-lhes, assim, um vínculo concreto com a vontade popular, que se expressa nas urnas e na dinâmica de campanhas e eleições.

É ilusório imaginar que o simples fato de os tribunais justificarem suas decisões por meio de uma argumentação técnica os coloque em uma posição de representar melhor os cidadãos. A argumentação, embora essencial para legitimar as decisões judiciais, não os transforma em reprodutores dos interesses populares. Ainda que a representação política seja imperfeita, não há razão para supor que o Judiciário possa exercer essa função de forma mais adequada. O que distingue o Legislativo do Judiciário é justamente a proximidade com os representados. Mesmo que imperfeito, o processo deliberativo parlamentar é uma arena plural de interesses, enquanto o Judiciário, por sua própria natureza, permanece isolado dessa interação direta.

¹⁰ Tradução livre. No original: “[...] a concern with imagining mechanisms by which constitutional democracies are kept safe from the sound and fury of short-term, electoral party politics. Courts do this allegedly by embodying something other than transient electoral majorities, namely higher, principled forms of the people inbuilt in the Constitution”.

Como observa Giuffré (2023, p. 1296), a tese da representação argumentativa reforça a desconfiança em relação à capacidade do legislador de tomar decisões complexas e justas, substituindo a dinâmica democrática por uma racionalidade judicial que se apresenta como neutra e superior. Mas essa não é uma desconfiança exclusiva da tese. Parker (1993, p. 531) afirma que essa é a atitude que guia o nosso direito constitucional contemporâneo, uma ideia de que as restrições presentes numa Constituição “destinam-se a conter ou domesticar o exercício da energia política popular, em vez de nutri-la, fortalecê-la e libertá-la”¹¹. Essa atitude, por sua vez, “molda nossas noções sobre qual deveria ser a missão do direito constitucional”. Além disso, também “marca as nossas ideias sobre o conteúdo apropriado dos princípios constitucionais e sobre a forma adequada de raciocínio sobre a sua derivação, definição e aplicação” (Parker, 1993, p. 532)¹². Há diversos ecos entre a tese da representação argumentativa e o que Parker (1993, p. 559) denomina de “desdém pela energia política ordinária”.

Se, por um lado pinta-se a representação eleitoral como interesseira, arbitrária e emotiva, por outro se desenha uma figura idealizada dos tribunais. Em contraposição ao interesse particular, juízes decidiriam imbuídos de um espírito público; opondo-se à arbitrariedade da vontade, decidiriam com base em princípios; ao invés de emotivos, tribunais seriam razoáveis (Parker, 1993, p. 553). O tópico seguinte questiona essa imagem, que é vista por alguns autores como uma “caricatura” da função judicial.

4.2 Uma “*rosy picture*” do Poder Judiciário

Juízes decidem melhor que legisladores? As decisões judiciais são mais *objetivas* do que as legislativas? Essas questões são centrais para a tese da representação argumentativa. Com base no que foi exposto até aqui, Alexy e Barroso parecem acreditar que sim.

Waldron (1999, p. 90), no entanto, chama atenção a um dado curioso nessa disputa. Segundo explica, essa é uma competição injusta; via de regra, ao fazer essa análise comparativa, costuma-se construir uma imagem *floreada* sobre a atividade judicial – o “fórum de princípios” (Dworkin, 2019) –, baseada na ideia de que juízes guiam suas decisões com base apenas em princípios constitucionais. Por outro lado, ao tratar sobre parlamentos,

¹¹ Tradução livre. No original: “[...] constitutional constraints on public power in a democracy are meant to contain or tame the exertion of popular political energy rather than to nurture, galvanize, and release it”.

¹² Tradução livre. No original: “[...] shape our notions of what should be the mission of constitutional law. That, in turn, shapes our ideas about the appropriate substance of constitutional principles and the proper form of reasoning about their derivation, definition, and application”.

a imagem que se costuma elaborar é de péssima qualidade. No imaginário comum que permeia a literatura constitucional, representantes políticos são incapazes de decidir com a mesma *sofisticação* argumentativa do Poder Judiciário. Giuffré (2023, p. 1299) explica que essa comparação resulta na falácia do nirvana¹³, “porque la idea de la representación judicial se basa en una distinción entre las características ideales de la jurisdicción constitucional y las características reales del parlamento”. A mensagem implícita é a de que se os tribunais não levarem os direitos a sério, ninguém o fará (Brest, 1981, p. 1106).

Mas essa não é a única forma de imaginar esse embate. Também é possível imaginar uma disputa entre legisladores idealizados e juízes de carne e osso. Nessa situação, seria forçoso concluir que uma “imagem floreada” (*rosy picture*) da legislação teria qualidade muito superior às decisões judiciais. À primeira, somam-se diversas razões de ordem substantiva e procedimental. Existe uma dignidade democrática *inerente* à legislação concebida por um parlamento representativo. Além disso, legisladores estão sujeitos a um *accountability* imediato; uma forte discordância popular inevitavelmente os levará a uma derrota eleitoral. É da natureza da seleção eleitoral que os vencedores sejam aqueles aceitos pela opinião predominante como portadores de qualidades especiais, que os habilitam ao exercício do poder. Legisladores ideais representam o povo no melhor sentido da expressão.

Além disso, a democracia deliberativa ideal não se destaca apenas por ser um modelo participativo, mas por oferecer uma base sólida para decisões políticas mais justas e racionais. Cooke (2000) justifica essa qualidade superior com base em cinco argumentos: (i) seu poder educativo, que melhora a capacidade dos cidadãos de argumentar e avaliar questões públicas; (ii) sua capacidade de gerar um sentido de pertencimento coletivo, fortalecendo os laços sociais por meio da participação política; (iii) a justiça intrínseca do procedimento, pois as decisões resultantes da deliberação pública tendem a ser mais equitativas; (iv) a qualidade epistêmica dos resultados, uma vez que a deliberação tende a chegar a decisões mais racionais e informadas; e (v) a congruência do ideal deliberativo com os valores fundamentais da modernidade ocidental, como o respeito mútuo entre cidadãos. Esses fatores fazem da democracia deliberativa um modelo propício à produção de decisões políticas mais coerentes com os princípios de igualdade e participação.

Por outro lado, uma imagem negativa do Poder Judiciário também não é muito difícil

¹³ A “falácia do nirvana” consiste em comparar uma solução prática e imperfeita com uma alternativa idealizada e inatingível, desqualificando-se a primeira por não ser perfeita. Ignora-se, assim, as limitações da realidade e assume-se que apenas soluções ideais são aceitáveis. Esse raciocínio desconsidera que alternativas imperfeitas podem promover avanços concretos e, ao rejeitá-las em favor de ideais inatingíveis, acaba por bloquear melhorias possíveis e necessárias.

de se construir. Basta focar nas diversas pesquisas empíricas sobre a atuação judicial. Uma análise mais materialista pode apontar que os juízes tendem a refletir interesses de um grupo social específico, composto em especial por membros da classe média urbana, com elevada formação educacional e uma trajetória profissional que os aproxima das elites econômicas, principalmente nas cortes superiores. Essa composição revela uma forma de representação que, embora ancorada em características sociais e interesses comuns, dificilmente poderia ser vista como democrática em sentido amplo, já que está distante das camadas populares e de uma verdadeira pluralidade de perspectivas (Miguel; Bogeá, 2020). Brest (1985, p. 667) também questiona a crença de que o Judiciário estaria acima das paixões e dos interesses que afetam o processo político. Essa crítica desconstrói a ideia de que os tribunais decidem sempre com sofisticação e neutralidade, revelando que, na prática, os julgamentos são moldados pelas mesmas complexidades e subjetividades que afetam qualquer outro processo decisório.

Também um olhar atento à história desfaz essa visão idealizada. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, foi responsável por casos como *Dred Scott v. Sandford*¹⁴ e *Plessy v. Ferguson*¹⁵, que juntos representam dois dos maiores retrocessos na história dos direitos civis nos Estados Unidos. Além de não ser capaz de proteger esses direitos, o tribunal foi *agente* de legitimação da escravidão e da segregação racial. No século XX, ela foi ainda responsável por decisões como *Buck v. Bell*¹⁶, *Korematsu v. United States*¹⁷ e *Bowers v. Hardwick*¹⁸ — esta última já recentemente, em 1986. Esses exemplos mostram que, ao contrário da imagem idealizada do Judiciário como um guardião imparcial de princípios, a história revela erros graves e decisões profundamente influenciadas pelos contextos sociais e políticos da época¹⁹.

¹⁴ 60 U.S. 393 (1857). Decisão que estabeleceu que pessoas escravizadas ou seus descendentes não podiam se tornar cidadãos dos Estados Unidos, independentemente de terem vivido em estados livres da escravidão.

¹⁵ 163 U.S. 537 (1896). Decisão que afirmou que leis de segregação racial não violavam a 14ª Emenda à Constituição norte-americana (cláusula de *igual proteção da lei*).

¹⁶ 274 U.S. 200 (1927). Decisão que afirmou a constitucionalidade de uma lei da Virgínia que permitia a esterilização forçada de pessoas consideradas “inaptas”, estabelecendo o princípio de que o interesse público poderia justificar tal prática.

¹⁷ 323 U.S. 214 (1944). Decisão que validou a constitucionalidade da ordem executiva que determinou a detenção de cidadãos japoneses em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial, alegando que a segurança nacional justificava a medida.

¹⁸ 478 U.S. 186 (1986). Decisão que confirmou a constitucionalidade das leis estaduais que criminalizavam relações sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo, rejeitando argumentos com base no direito à privacidade.

¹⁹ A literatura constitucional — é o caso, por exemplo, de Ferrajoli (2010, p. 88) — frequentemente destaca que a excessiva ênfase na dimensão *formal* da democracia contribuiu para tragédias históricas, com o exemplo mais evidente a ascensão do nazifascismo na Europa das décadas de 1920 e 1930. Embora haja uma profunda controvérsia historiográfica se esses regimes autoritários chegaram ao poder pela força ou pelo voto — como

Por essas razões, Waldron (1999, p. 31) ironiza que os cientistas políticos, ao contrário dos juristas, há muito tempo adotam uma visão mais cética tanto do processo legislativo quanto do judicial. Eles reconhecem que ambos os campos estão sujeitos a falhas, e que o julgamento nos tribunais via de regra está exposto aos mesmos problemas que se atribuem às decisões parlamentares. Essa abordagem sugere uma leitura mais equilibrada, que não eleva o Judiciário a um patamar de perfeição nem desconsidera a complexidade da atividade legislativa.

Como explica Pereira (2014, p. 354), o problema é que a tese da argumentação representativa pode levar a uma legitimação *ex ante* do Poder Judiciário, como se suas decisões fossem imbuídas por um sentimento de reprodução da opinião popular. Dessa forma, “o uso do termo representação para referir a relação entre povo e Judiciário pode funcionar como uma estratégia puramente retórica para firmar a ideia de que a atuação do juiz é democraticamente legitimada” (Pereira, 2014, p. 354).

Revestir a atuação do Judiciário com uma aura de representatividade, inclusive de qualidade superior, é prejudicial para a sua própria legitimação. Como se pode aferir empiricamente a autoafirmação de representatividade? Que instrumento seria capaz de medir a “sintonia” entre a voz das ruas e as decisões de uma corte? Ou se, como diz Alexy, no longo prazo essas decisões controversas devem ser idealmente aceitas por uma maioria racional, como é que se avalia se essa mudança de opinião de fato ocorreu?

Hutt (2021, p. 11) esclarece como essas dificuldades conduzem a um problema de legitimação. Se for possível recorrer à linguagem da representação para explicar as atividades dos tribunais, destacando a mediação de uma coisa por outra, então deve-se assumir que a representação é definida como qualquer coisa que o tribunal decida que é. Essa é uma objeção tanto conceitual como normativa. Se não se pode identificar em que grau a tese da representação é empiricamente correta, então “todas as determinações de um tribunal constitucional serão atribuídas à vontade do povo”²⁰. Sem mecanismos de *accountability*, esse vínculo parece depender inteiramente da sensibilidade subjetiva dos juízes.

no caso da Alemanha e da Itália, onde a violência e a intimidação social foram elementos decisivos –, fato é que o Poder Judiciário também coleciona seus próprios tropeços históricos.

²⁰ Tradução livre. No original: “[...] then whatever a constitutional court decides will be imputed to the people”.

4.3 Dê-se o benefício da dúvida: tribunais deveriam ser ideológica ou socialmente representativos?

Uma das premissas nas quais se baseiam Alexy e Barroso é a de que a representação eleitoral não consegue *reproduzir* de forma adequada as verdadeiras convicções populares. A crítica deste tópico não se dirige contra o pensamento de ambos autores, mas antes a possíveis consequências da premissa indicada na tese. Isto é, ainda que em rigor eles provavelmente discordem do fenômeno aqui destacado, parece razoável afirmar que há uma correlação indireta entre a ascensão de um viés representativo das cortes e a partidarização das indicações.

Barroso (2018, p. 2201-2203), por exemplo, é explícito ao dizer que “o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria”; em outro trecho, atribui essa divergência a “problemas associados (i) a falhas do sistema eleitoral e partidário, (ii) às minorias partidárias que funcionam como *veto players*, [...]; (iii) à captura eventual por interesses especiais”. Ele argumenta que uma decisão judicial que reflete a vontade majoritária não é estritamente contramajoritária, mas apenas *contra-legislativa*. Essa premissa mais ambiciosa de Barroso parece estar de acordo com a abordagem de Alexy. A respeito da exigência de aceitação popular das deliberações tomadas em nome da representação argumentativa, o autor alemão (2011, p. 165) disse: “é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos”. Implícita em ambas as defesas está a ideia de que os tribunais devem progressivamente adequar-se ao “sentimento popular” (Barroso), ou estes às decisões tomadas por aqueles (Alexy). Entretanto, como se verá abaixo, trata-se de uma ideia inadequada.

Veja-se mais um exemplo histórico. Nos Estados Unidos, as Cortes Warren e Burger marcaram a história como composições da Suprema Corte que proferiram decisões de grande relevância para todo o país entre as décadas de 50 e 70²¹. Para citar os mais famosos, a *Scotus* decidiu casos como *Brown v. Board of Education of Topeka*²², *Griswold*

²¹ Ao contrário do Brasil, onde tradicionalmente a presidência do Supremo Tribunal Federal tem duração determinada, nos Estados Unidos os *Chief Justices* são nomeados pelo Presidente da República para um mandato vitalício, sem previsão expressa de término. Em razão de longos mandatos à frente da *Scotus*, a literatura costuma fazer referência a determinado período da corte segundo seu *Chief Justice*. Para maiores informações, cf. Souto (2021, p. 50-54).

²² 347 U.S. 483 (1954). Decisão que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas.

v. *Connecticut*²³, *Miranda v. Arizona*²⁴ e *Roe v. Wade*²⁵, dentre outros, que representaram uma guinada liberal na interpretação da Constituição norte-americana. Ocorre que, como é bem documentado pela literatura, a perspectiva liberal que predominava na corte provocou um forte *backlash*²⁶ social (Post; Siegel, 2007, p. 406 *et seq.*). A principal objeção era a de que as decisões tomadas pela *Scotus* estariam na contramão das convicções sociais. Em reação, as eleições presidenciais da década de 80 tiveram um componente a mais na agenda eleitoral; além das propostas de campanha, assistiu-se ao debate sobre as próximas três indicações à Suprema Corte, e de que forma elas impactariam na sociedade.

Ronald Reagan, presidente eleito em 1981, prometeu: “o papel dos tribunais é interpretar a lei, não promulgar nova lei por decisão judicial” (*apud* O’Brien, 1986, p. 198). E assim o fez: com o propósito de tornar a Suprema Corte mais *afinada* ao sentimento popular, Reagan deu início a um processo de transformação da agenda política da corte; se antes era conhecida por ser de matriz liberal, foi se tornando cada vez mais conservadora. Como Rosenberg (2022) aponta, essa guinada conservadora não foi apenas fruto de uma mudança gradual na jurisprudência, mas de uma estratégia deliberada de *ocupação* do Judiciário. Até hoje, as indicações à Suprema Corte norte-americana costumam se transformar em uma pauta eleitoral de grande relevância, e não foi diferente com os últimos presidentes Donald Trump e Joe Biden (Bonventre, 2023).

Mas isso nem sempre foi assim. A corte que decidiu *Brown* foi presidida por Earl Warren, que havia sido apontado pelo presidente republicano Gerald Eisenhower. Já em *Roe*, caso que costuma ser apontado como o grande responsável pelo *backlash* contra a Suprema Corte, Warren Burger figurava como *Chief Justice*, ele que havia sido indicado pelo presidente republicano e notadamente conservador Richard Nixon. É curioso notar que os dois dos mais famosos casos da Suprema Corte tenham sido presididos por *Chief Justices* alheios à origem de sua indicação. Fato é que, como explicam Ziegler e Tsai (2024), foi a disputa pela *representação* social/ideológica dentro da corte que fez nascer uma completa partidarização das indicações. De acordo com eles, o movimento que nasceu na década de

²³ 381 U.S. 479 (1965). Decisão que declarou a inconstitucionalidade da proibição de uso de contraceptivos, mesmo por pessoas casadas.

²⁴ 384 U.S. 436 (1966). Decisão que reconheceu que suspeitos detidos pela polícia devem ser informados de seus direitos antes de serem interrogados.

²⁵ 410 U.S. 113 (1973). Decisão que reconheceu que o direito ao aborto está protegido pelo direito à privacidade, implícito na 14ª Emenda à Constituição norte-americana.

²⁶ Segundo Fonteles (2018, p. 55), o termo “*backlash*” designa uma revolta social que vai além da simples opinião pública desfavorável a uma decisão. Manifesta-se por meio de atos estratégicos destinados a enfraquecer ou superar a decisão criticada, refletindo-se em comportamentos da sociedade civil que expressam essa insatisfação.

80 culminou na chegada de “juristas de movimento” à *Scotus*.

Segundo Ziegler e Tsai (2024, p. 2191), é possível observar como a ascensão desses “juristas de movimento” representa uma mudança significativa na dinâmica de nomeações judiciais nos Estados Unidos. A decisão em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*²⁷, que derrubou *Roe*, bem ilustra a forma como juízes comprometidos com causas específicas – neste caso o movimento antiaborto – utilizam suas ferramentas jurídicas para promover os objetivos desses grupos. A crítica fundamental é que decisões como essa não se baseiam apenas em métodos interpretativos; elas são profundamente influenciadas por pressões e interesses de movimentos sociais específicos. No caso de *Dobbs*, o uso do originalismo e do tradicionalismo por parte da maioria conservadora da Suprema Corte foi estrategicamente direcionado para justificar a revogação de *Roe* e restringir o alcance de direitos previamente reconhecidos, como o direito constitucional à privacidade.

Os autores enfatizam que a ascensão de “juristas de movimento” é um fenômeno que não se limita ao espectro político da direita. Movimentos progressistas também utilizam estratégias similares para influenciar decisões judiciais, e o debate sobre se o foco deve estar no Judiciário ou nas vias políticas continua a ser uma questão crucial. Porém, o perigo, segundo Ziegler e Tsai (2024, p. 2219 *et seq.*), é que a crescente insistência em “juristas de movimento” pode desestabilizar a confiança no sistema jurídico como um todo, especialmente quando essas decisões são vistas como respostas a demandas de grupos específicos e não como uma decisão orientada pelo direito – como visto, o papel fundamental dos tribunais.

A questão central é que essa forma de judicialização pode criar um paradoxo democrático. Embora o Judiciário seja frequentemente visto como um mecanismo de proteção dos direitos das minorias, sua captura por movimentos ideológicos pode, na verdade, *minar* o processo democrático ao impor uma visão de mundo específica, conflitante com a maioria da população. Rosenberg (2022) observa, em relação ao caso norte-americano, que o Partido Republicano foi capaz de consolidar uma supermaioria conservadora na *Scotus* mesmo em desacordo com as preferências sociais mais difundidas. A retórica da corte como representante do sentimento social foi essencial nesse processo, permitindo que casos como *Dobbs* – uma decisão amplamente impopular, conforme dão conta as pesquisas “*Gallup Polls*” mais recentes (Ziegler, Tsai, 2024, p. 2187) –, fossem

²⁷ 597 U.S. 215 (2022). Decisão que reverteu os precedentes estabelecidos em *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*, retirando a proteção constitucional ao direito ao aborto. A corte decidiu que a questão do aborto deve ser regulada pelos estados, e não pelo governo federal.

apresentados como alinhadas a uma suposta vontade coletiva mais profunda.

O foco não está em um posicionamento específico sobre o tema controvertido do aborto, mas na forma como o precedente de *Roe* foi revogado e como a ideia de representação nas cortes pode ter contribuído para isso. Basta notar que outras decisões que sofrem do mesmo problema já vêm sendo proferidas. Embora não tenha tido a mesma repercussão, em *Students for Fair Admissions v. Harvard*²⁸, a Suprema Corte também demonstrou o impacto dos “juristas de movimento” ao derrubar políticas de ação afirmativa tradicionais, alterando o cenário das admissões universitárias e afetando políticas públicas que há décadas visavam corrigir desigualdades raciais. Quando se “estressa” o argumento da função de representação atribuída ao Judiciário, pode-se chegar a cenários inaceitáveis, como bem demonstrou a captura da Suprema Corte norte-americana.

Talvez seja hora de refletir se esse é o caminho ideal para nossas instituições. Como se viu recentemente, a pretensão de tornar uma corte mais representativa num sentido social ou ideológico também não é estranha ao Brasil. Se até o final da década passada as indicações aos tribunais superiores não despertavam maior interesse eleitoral, o cenário parece ter mudado com o ex-presidente Jair Bolsonaro. Em dezembro de 2021, por meio de suas redes sociais, ele anunciou que seu compromisso de levar um ministro “terrivelmente evangélico” ao Supremo havia se concretizado (Lessa, 2019). Essa foi uma de suas promessas de campanha eleitoral, fundamentada na ideia de que o grupo por ele indicado, numericamente relevante, não possuía *representação* nos mais altos tribunais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho cuidou de demonstrar, no limitado espaço de um artigo científico, que uma breve incursão em tópicos específicos – como o conceito de representação política, por exemplo – é capaz de erguer críticas firmes à tese da representação argumentativa. A título de fechamento, algumas conclusões podem ser extraídas:

(1) A tese da representação argumentativa enfrenta objeções importantes do ponto de vista conceitual. É dizer, no plano teórico-descritivo, essa não é uma boa definição do papel que é de fato exercido por tribunais. Ainda que o conceito de representação sofra de disputas conceituais, é certo que ele não admite a inserção de juízes sob seu “guarda-chuva

²⁸ 600 U.S. 181 (2023). Decisão que declarou inconstitucional o uso de critérios raciais nos processos de admissão em universidades, concluindo que as políticas de ação afirmativa violam a cláusula de igual proteção da lei da 14ª Emenda.

semântico”. Isso fica ainda mais evidente quando se adiciona o aspecto da multifuncionalidade, tendo em vista que essa caracterização não atende aos critérios de uma boa tipologia;

(2) A tese da representação argumentativa também suporta objeções de tipo normativo. Talvez aqui se enquadrem as objeções mais graves. Como se sabe, a literatura constitucional busca articular fundamentos para a atuação dos tribunais e assim resolver o problema de sua *legitimidade*; a tese proposta por Alexy e Barroso é uma dentre muitas. No entanto, a sua intenção genuína não pode encobrir que subjacente a ela se escondem premissas discutíveis em relação às imagens que se constrói sobre os Poderes Legislativo e Judiciário. Essa ideação é inadequada porque qualifica – a partir de premissas empiricamente problemáticas – um de incapaz, o outro de excessivamente capaz. Essa ideia se torna ainda mais embaraçosa diante da acentuada supremacia judicial existente no Brasil.

Talvez seja relevante esboçar uma conclusão de número (3), apenas para evitar entendimentos equivocados. Este trabalho se concentrou na tese da legitimidade argumentativa desenvolvida por Alexy e Barroso, levantando algumas objeções contra ela. Isso não significa dizer que os outros elementos de suas teorias devam ser também rejeitados. É o caso da conhecida distinção entre princípios e regras, que é compartilhada por ambos. Em rigor, parece que os dois autores desenvolveram a tese da representação para justificar a razão (por quê) de tribunais (quem) adotarem suas próprias teorias de interpretação e aplicação constitucional (o quê). É fundamental destacar que este trabalho se concentrou apenas na justificativa (por quê).

Por fim, cabe dizer que, conforme já mencionado, a função contramajoritária dos tribunais constitucionais não é imune a críticas. É preciso admitir, no entanto, que essa é uma função muito mais transparente, focada na interpretação e aplicação da Constituição, mesmo que os resultados obtidos possam divergir completamente dos interesses ou desejos das pessoas afetadas por essas decisões. Tribunais não precisam ser *representativos* da sociedade para tomarem boas decisões constitucionais, tampouco a longo prazo devem buscar a aceitação social de seus julgamentos. Para introduzir a linguagem dos direitos fundamentais e fazer valer a proposta dos diálogos institucionais, muito mais adequadas são as decisões *sinceramente* contramajoritárias, funcionando como verdadeiros “sinais de alerta” (*warning signs*) à representação popular.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Org. e trad. de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Cap. 9, p. 155-166.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com luís roberto barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017. Cap. 3, p. 81-107.

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, p. 2171-2228, out. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Acesso em: 15 maio 2024.

BIX, Brian H. *Jurisprudence: Theory and Context*. 7. ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.

BONVENTRE, Vincent M. 6 to 3: The Impact of the Supreme Court's Conservative Super-Majority. *New York State Bar Association*, New York, 31 out 2023. Disponível em: <https://nysba.org/6-to-3-the-impact-of-the-supreme-courts-conservative-super-majority>. Acesso em: 30 maio 2024.

BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 5, p. 1063-1109, abr. 1981. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/795941>. Acesso em: 29 maio 2024.

BREST, Paul. Who decides? *Southern California Law Review*, v. 58, n. 1, p. 661-672, jan. 1985. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/scal58&div=31&id=&page=>. Acesso em: 27 jun 2024.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e Argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2009.

COOKE, Maeve. Five Arguments for Deliberative Democracy. *Political Studies*, v. 48, n. 5, p. 947-969, dez. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-9248.00289>. Acesso em: 10 jun 2024.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Org. e trad. de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco. 2017. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Instituto de Direito Público, Brasília,

2018. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2690>. Acesso em: 18 maio 2024.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty: The Birth of an Academic Obsession, Part Five. *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 2, p. 153-259, 16 out. 2002. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.312024>. Acesso em: 24 out. 2024.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

GERMANO, Felipe. Em 125 anos de STF, só 1 ministro foi afastado. *Super Interessante*, São Paulo, 4 nov 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/em-125-anos-de-stf-so-1-ministro-foi-afastado/>. Acesso em: 30 maio 2024.

GIUFFRÉ, C. Ignacio. Constitucionalismo fuerte y democracia deliberativa: Inconsistencias en Rawls, Dworkin, y Alexy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 21, n. 5, p. 1273-1301, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moad071>. Acesso em: 17 set. 2024.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HUTT, Donald Bello. Political representation as a regulative ideal. *Revus*, n. 38, p. 39-54, 28 dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/revus.5146>. Acesso em: 18 maio 2024.
HUTT, Donald Bello. Making What Present Again?: a critique of argumentative judicial representation. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 34, n. 2, p. 259-281, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/cjlj.2021.6>. Acesso em: 16 maio 2024.

LESSA, Claudio. Bolsonaro reafirma que indicará ao STF ministro “terrivelmente evangélico”. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, 10 jul 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/562067-bolsonaro-reafirma-que-indicara-ao-stf-ministro-terrivelmente-evangelico>. Acesso em: 30 maio 2024.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O Juiz Constitucional me representa?: o Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 1-21, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/3510402/2020>. Acesso em: 18 maio 2024.

O'BRIEN, David M. Packing The Supreme Court. *The Virginia Quarterly Review*, v. 62, n. 2, p. 189-212, 1986. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26436810>. Acesso em: 16 maio 2024.

PARKER, Richard D. 'Here, the People Rule': A Constitutional Populist Manifesto. *Valparaiso University Law Review*, v. 27, n. 3, p. 531-584, 1993. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol27/iss3/1/>. Acesso em: 15 maio 2024.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 343-359, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2958963>. Acesso em: 18 maio 2024.

PITKIN, Hanna F. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

REHFELD, Andrew. On Representing. *Journal of Political Philosophy*, v. 26, n. 2, p. 216-239, 21 set. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/jopp.12137>. Acesso em: 18 maio 2024.

ROSENBERG, Gerald N. The Triumph of Politics: The Republican Party's Takeover of the US Supreme Court. *National Law School Journal*, v. 16, n. 1, p. 99-106, jul. 2022. Disponível em: <https://repository.nls.ac.in/nlsj/vol16/iss1/7/>. Acesso em: 16 jun. 2024.

SANDALOW, Terrance. The Distrust of Politics. *University of Michigan Law School*, v. 56, p. 446-468, jan. 1981. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/450/>. Acesso em: 18 maio 2024.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

URBINATI, Nadia. Unpolitical Democracy. *Political Theory*, v. 38, n. 1, p. 65-92, 25 set. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0090591709348188>. Acesso em: 15 maio 2024.

URBINATI, Nadia. Representação como *advocacy*: um estudo sobre deliberação democrática. Trad. de Sieni Maria Campos. *Política & Sociedade: Revista de Sociologia Política*, v. 9, n. 16, p. 51-88, abril 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2175-7984.2010v9n16p51>. Acesso em: 02 jun. 2024.

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

WHITTINGTON, Keith E. In Defense of Legislatures. *Political Theory*, v. 28, n. 5, p. 690-702, out 2000. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/192294>. Acesso em: 01 jun. 2024.

Recebido em: 21.10.2024

Aprovado em: 10.03.2025

Última versão dos autores: 24.07.2025

Informações adicionais e declarações do autor (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Como citar (ABNT Brasil): FONTES, Gustavo da Silva Santos; COELHO NETO, Ubirajara; DO NASCIMENTO NETO, Afonso Nonato. Cinco objeções à tese da representação argumentativa do Poder Judiciário. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, v. 35, n. 1, p. 151-176, 2025. <https://doi.org/10.63595/juris.v35i1.18254>.



Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)