

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Tiago Clemente Souza

**A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS:
A manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no
Brasil**

Belo Horizonte

2022

Tiago Clemente Souza

**A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS:
A manutenção da supremacia judicial a partir dos diálogos institucionais no Brasil**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a Banca de Defesa da Linha de Pesquisa: 1. Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado democrático de Direito; e Área de Estudo: P-02 Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Orientador: Bernardo Gonçalves Fernandes

Belo Horizonte

2022

Tiago Clemente Souza

**A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS:
A manutenção da supremacia judicial a partir dos diálogos institucionais no Brasil**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a Banca de Defesa da Linha de Pesquisa: 1. Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado democrático de Direito; e Área de Estudo: P-02 Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes (Orientador - UFMG)

Prof. Dr. Adamo Dias Alves (UFMG)

Prof. Dr. Francisco de Castilho Prates (UFMG)

Prof. Dr. Nelson Finotti Silva (IMES)

Prof. Dr. Miguel Gualano Godoy (UFPR)

Belo Horizonte

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S729i	<p>Souza, Tiago Clemente</p> <p>A ilegitimidade democrática das decisões judiciais [manuscrito]: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil / Tiago Clemente Souza. - 2022.</p> <p>Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.</p> <p>1. Direito - Teses. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 3. Juízes - Decisões - Teses. I. Fernandes, Bernardo Gonçalves. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 347.95</p>
-------	--



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO TIAGO CLEMENTE SOUZA

Realizou-se, no dia 26 de agosto de 2022, às 14:00 horas, Videoconferência, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos constitucionais*, apresentada por TIAGO CLEMENTE SOUZA, número de registro 2018653487, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes - Orientador (UFMG), Prof(a). Adamo Dias Alves (Faculdade de Direito da UFMG), Prof(a). Francisco de Castilho Prates (UFMG), Prof(a). Nelson Finotti Silva (IMES Catanduva/SP), Prof(a). Miguel Gualano de Godoy (UFPR).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 100.

Reprovada

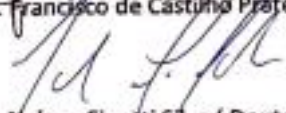
Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2022.


Prof(a). Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (Doutor) nota 100.


Prof(a). Adamo Dias Alves (Doutor) nota 100.


Prof(a). Francisco de Castilho Prates (Doutor) nota 100.


Prof(a). Nelson Finotti Silva (Doutor) nota 100.


Prof(a). Miguel Gualano de Godoy (Doutor) nota 100.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> (MOVITAE, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos) e impacto nas decisões dos ministros do STF...	166
Quadro 2 - Razões ANIS e CNBB.....	166
Quadro 3 - Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> e impacto nas decisões dos ministros do STF (Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Mello).....	167
Quadro 4 - Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> e impacto nas decisões dos ministros do STF (Eros Grau, Cezar Peluso, Carlos Brito).....	169
Quadro 5 - Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> e impacto nas decisões dos ministros do STF (Celso de Mello, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski).....	171
Quadro 6 - Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> e impacto nas decisões dos ministros do STF (Gilmar Mendes, Menezes Direito e Carlos Ayres Britto).....	172
Quadro 7 - Razões apresentadas pelos <i>amici curiae</i> s admitidos na demanda (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL).....	180
Quadro 8 - Razões apresentadas pelos <i>amici curiae</i> s admitidos na demanda (Instituto Vladimir Herzog (IVH), Palavra Aberta, Yahoo! do Brasil Internet Ltda).....	183
Quadro 9 - Razões apresentadas pelos <i>amici curiae</i> s admitidos na demanda (PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político, Artigo 19, Google Brasil Internet Ltda).....	184
Quadro 10 -Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> e impacto nas decisões dos ministros do STF (Dias Toffoli - Ministro Relator, Nunes Marques, Alexandre de Moraes).....	185
Quadro 11 -Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> e impacto nas decisões dos ministros do STF (Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber).....	187
Quadro 12 -Razões lançadas nos autos de <i>amici curiae</i> e impacto nas decisões dos ministros do STF (Luiz Fux, Gilmar mendes, Ricardo Lewandowski).....	188

Quadro 13 - Performance deliberativa dos atores que participam do processo decisório.....	214
---	-----

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Quadro comparativo de audiências públicas e <i>amici curiae</i> citados expressamente nas decisões dos ministros do Supremo e relação de correspondência entre as razões e fundamentos apresentados.....	140
---	-----

RESUMO

Uma das questões nucleares que gera grande preocupação e incômodo aos teóricos do Direito diz respeito não só aos limites, mas, principalmente, à legitimidade dos processos de tomada de decisão que atingem a coletividade. A tensão entre legalidade (ordenamento jurídico posto) e legitimidade se dá a partir da ideia de democracia. Somente será legítimo o sistema jurídico que vincula o comportamento do cidadão quando este tiver a consciência que, de alguma forma, contribui para a elaboração da legislação, para o processo de atribuição de seu sentido, na fiscalização de seu cumprimento e nos processos de revisão da lei. Assim, torna-se fundamental verificar os processos de legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que enfrentam questões morais complexas e que determinam o reconhecimento e limitação dos direitos dos cidadãos. A presente pesquisa busca investigar uma terceira via quanto à tensão existente entre Supremacia Judicial e Supremacia Legislativa no processo de construção do significado constitucional, em que se defende uma superação da própria concepção de última palavra. É nesse contexto que as chamadas Teorias dos Diálogos Institucionais são apresentadas com a pretensão de defender que não caberia a nenhum dos órgãos do Poder atribuir o último sentido final e definitivo do texto constitucional. Em verdade, todas as instituições, formais e não formais, ingressariam em um empreendimento sempre inacabado e dinâmico, de mútua cooperação e de construção do significado constitucional. Por outro lado, é necessário investigar em que medida o Supremo Tribunal Federal, ao se apropriar expressamente de mencionada perspectiva dialógica, promove efetivamente relações dialógicas com as demais instituições não-jurídicas ou, mediante mera atuação estratégica, instrumentaliza a teoria para promover sua supremacia no processo de construção do significado constitucional. Para além disso, é necessário também verificar em que medida é possível constatar problemas internos às próprias teorias dialógicas que permitem não somente a superação da Supremacia Judicial, como a manutenção e reforço dessa dinâmica.

Palavras-chave: Teorias dos Diálogos Institucionais; Supremacia Judicial; Deliberação; Supremo Tribunal Federal;

ABSTRACT

One of the core issues that generates great concern and discomfort for legal theorists concerns not only the limits, but mainly the legitimacy of the decision-making processes that affect the collectivity. The tension between legality (stated legal system) and legitimacy takes place from the idea of democracy. The legal system that binds the behavior of citizens will only be legitimate when they are aware that, in some way, they contribute to the elaboration of legislation, to the process of attributing its meaning, to the inspection of its compliance and in the processes of reviewing the legislation. law. Thus, it is essential to verify the processes of legitimacy of decisions handed down by the Federal Supreme Court that face complex moral issues and that determine the recognition and limitation of citizens' rights. The present research seeks to investigate a third one regarding the tension between Judicial Supremacy and Legislative Supremacy in the process of construction of constitutional meaning, in which an overcoming of the last word conception is defended. It is in this context that the so-called Theories of Institutional Dialogues are presented with the intention of defending that it would not be up to any of the organs of Power to attribute the last final and definitive meaning of the constitutional text. In fact, all institutions, formal and non-formal, would enter into an always unfinished and dynamic enterprise of mutual cooperation and construction of constitutional meaning. On the other hand, it is necessary to investigate to what extent the Federal Supreme Court, by expressly appropriating the aforementioned dialogic perspective, effectively promotes dialogic relations with other non-legal institutions or, through mere strategic action, instrumentalizes theory to promote its supremacy in the process of construction of constitutional meaning. In addition, it is also necessary to verify to what extent it is possible to verify internal problems in the dialogic theories themselves that allow not only the overcoming of Judicial Supremacy, but also the maintenance and reinforcement of this dynamic.

Key words: Theories of Institutional Dialogues; Judicial Supremacy; Deliberation; Federal; Court of Justice;

AGRADECIMENTOS

Quando do desenvolvimento da presente pesquisa recebi a maravilhosa notícia de que me tornaria pai, pai de gêmeos. E essa importante missão será cumprida ao lado minha companheira Gabi, que esteve e está ao meu lado ao longo dessa longa jornada. Então, à vocês, minha amada família, agradeço profundamente.

Também agradeço aos meus pais e meus irmãos, Du e Ju, que sempre estiveram ao meu lado me dando suporte.

Agradeço ao professor Bernardo Gonçalves pela paciência e orientação ao longo desses últimos quatro anos e meio.

Agradecimento especial aos meus queridos amigos Caio Henrique Lopes Ramiro, Luciano Brás, Deivide Ribeiro, Almir Megale, Robson Valadares, Hugo Albuquerque, Marcelo Faria, Álvaro Augusto, Geraldo Magela de Carvalho, Estevam Cristiano Ferreira. Muito obrigado pelo companheirismo e amizade!

Um agradecimento especial ao CNPq, sem o apoio financeiro o desenvolvimento da presente pesquisa não seria possível.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	15
2. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: O FENÔMENO DA SUPREMACIA JUDICIAL	20
2.1 Panorama do fenômeno: perspectivas teóricas da supremacia	22
2.1.1 Expansão e fortalecimento do Poder Judiciário e a ideia de Supremacia Judicial: há relação de necessidade entre os fenômenos?	23
2.1.2 A mediação entre expansão e supremacia judicial a partir do conceitualismo e do funcionalismo	29
2.2 Fortalecimento do Poder Judiciário no Brasil pós Constituição de 1988	40
2.2.1 A expansão do Poder Judiciário a partir da postura do próprio Poder Judiciário	54
2.2.2 A justificação da Judicial Review pelo Judiciário no contexto norte-americano	55
2.2.3 A expansão das competências do Supremo Tribunal Federal a partir da sua própria atuação	59
2.3 Conclusões do primeiro capítulo	67
3. CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL - TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS/CONSTITUCIONAIS	70
3.1. Teorias do Diálogo Constitucional	72
3.1.1. Teorias do Método Judicial	73
3.1.1.1 Método do Aconselhamento Judicial (<i>Judicial Advice-Giving</i>)	74
3.1.1.2 Regras centradas no procedimento (<i>Process-Centered Rules</i>)	76
3.1.1.3 Minimalismo Judicial (<i>Judicial Minimalism</i>)	79
3.1.2. Teorias Estruturais do Diálogo (<i>Structural Theories of Dialogue</i>)	82
3.1.2.1. Teorias da Construção Coordenada (<i>Coordinated Construction Theories</i>)	83
3.1.2.2. Teorias do Princípio Judicial (<i>Theories of Judicial Principle</i>)	87
3.1.2.2.1. Princípio e Verificações Políticas no Tribunal (<i>Principle and Political Checks on The Court</i>)	88

3.1.2.2.2. <i>Princípio e Articulação Legislativa de Políticas (Principle and Legislative Articulation of Policy)</i>	91
3.1.3 Teorias do Equilíbrio (<i>Equilibrium Theories</i>)	98
3.1.4 Teorias da Parceria (<i>Partnership Theories</i>)	105
3.1.5 Fusão Dialógica	107
4. AS DISCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL	109
4.1 As pretensões dos Diálogos Institucionais - reestruturação da teoria da separação de Poderes	110
4.2 Diálogos, Deliberação e o Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal	113
4.3 Capacidades Institucionais no debate brasileiro	134
4.3.1. Qual o papel das capacidades institucionais na interpretação jurídica?	134
4.4 Diálogos Institucionais - o STF e o Legislativo - Superação das decisões judiciais pelo processo legislativo	142
4.4.1 Diálogos Institucionais - a análise de casos para a verificação de fluxo de razões entre os deliberadores	149
4.4.1.1. Diálogos Institucionais - a criação de novos municípios e a relação entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional	150
4.4.1.2. Diálogos Institucionais - a (in)constitucionalidade de atos culturais que impliquem em maus tratos aos animais	157
4.4.1.3 Diálogos Institucionais - a declaração de constitucionalidade da Lei de Biossegurança - ADI 3510	164
4.4.1.4. Diálogos Institucionais - o não reconhecimento do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico constitucional brasileiro - Recurso Extraordinário de n. 1010606/RJ	178
4.5 Conclusões do capítulo	192
5. A MANUTENÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL A PARTIR DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL	194

5.1 O uso da razão pública como elemento central para legitimidade das decisões a partir das Teorias dos Diálogos Institucionais - pensando a partir do potencial epistêmico da deliberação intrainstitucional e interinstitucional	194
5.1.1. A ideia de razão pública revisitada de John Rawls	198
5.1.2 A insuficiência das perspectivas puramente normativas: o não constrangimento da prática	203
5.1.3. Entre as perspectivas normativas e descritivas	205
5.1.4 Conclusões a respeito da primeira dimensão das críticas internas	211
5.2 A aposta das Teorias dos Diálogos Constitucionais no Poder Judiciário como intermediador das deliberações - reforço da Supremacia Judicial	213
5.2.1 Tribunais como Catalisadores - deliberações intermediadas pelas Cortes	214
5.2.2. Conclusões a respeito do segundo aspecto da crítica interna	220
5.3. Críticas externas às Teorias dos Diálogos: o problema da aplicação no cenário brasileiro	221
5.3.1. ADI 5.105/DF - A manutenção da Supremacia Judicial a partir da Aplicação dos Diálogos Institucionais no Brasil	222
5.3.2 ADPF 709 - A análise da relação entre Supremo e o Poder Executivo na implementação de políticas públicas de proteção aos povos indígenas frente à pandemia da Covid-19	243
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	258
REFERÊNCIAS	260

1.INTRODUÇÃO

Uma das questões nucleares que gera grande preocupação e incômodo aos teóricos do Direito diz respeito não só aos limites, mas, principalmente, à legitimidade dos processos de tomada de decisão que atingem a coletividade. A tensão entre legalidade (ordenamento jurídico posto) e legitimidade se dá a partir da ideia de democracia. Somente será legítimo o sistema jurídico que vincula o comportamento do cidadão quando este tiver a consciência que, de alguma forma, contribui para a elaboração da legislação (participando direta ou indiretamente nos processos de tomada de decisões coletivas), para o processo de atribuição de seu sentido (participando direta ou indiretamente nos processos de interpretação-aplicação dos enunciados normativos), na fiscalização de seu cumprimento e nos processos de revisão da lei. Assim, torna-se fundamental verificar os processos de legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que enfrentam questões morais complexas¹ e que determinam o reconhecimento e limitação dos direitos dos cidadãos.

Parte-se da compreensão de que no campo da Filosofia Política e do Direito existem duas grandes concepções a respeito de quem deve atribuir/construir o sentido ao (do) texto constitucional. Na perspectiva da supremacia judicial, costumeiramente associada ao modelo estadunidense, as cortes estariam localizadas em um espaço privilegiado para garantir os direitos previstos no texto constitucional. Nas palavras de Conrado Hübner Mendes:

[u]ma terceira maneira de endossar a tarefa dos tribunais os considera como principais fundadores públicos da democracia ou, em uma frase popular, como "fóruns de princípios". Devido ao seu ambiente institucional isolado e aos seus deveres argumentativos, os tribunais constitucionais poderão decidir através de um tipo de razão qualitativamente singular. (MENDES, 2013, p. 2-3).

Por outro lado, teríamos modelos institucionais de supremacia do Poder Legislativo, em que a última palavra caberia ao Parlamento, figurando o Poder Judiciário como órgão opinativo, que não teria a competência de realizar o controle dos atos normativos provenientes do Poder Legislativo (ao menos em sentido forte). Em ambas as perspectivas, sustenta-se uma

¹ Aqui é importante destacar que definir em si quais são as questões mais complexas é em si uma questão complexa, já que, principalmente a partir do giro linguístico, conforme nos ensina Bernardo Gonçalves, em sua obra "Os passos da hermenêutica", não faz muito sentido dissociar *hard cases* de *easy cases*. Para este trabalho, entretanto, pensamos em casos mais complexos dotados de questões morais que gravitam em seu entorno e ainda sofrem de um profundo processo de desacordo moral na sociedade, possuindo um certo distanciamento de processos de estabilização de premissas que são compartilhadas entre os interlocutores a respeito do tema.

teoria da última palavra, a primeira atribuída ao Judiciário, a segunda ao Legislativo. Quanto à possibilidade de o Parlamento superar as decisões da Corte, quebrando com a ideia de supremacia judicial, sustenta Brandão que:

[...] a admissão da possibilidade de superação normativa de decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte não redundará, necessariamente, em um regime de supremacia parlamentar. Com efeito, se a Suprema Corte puder controlar a constitucionalidade da norma que reverteu a sua decisão pretérita, a ‘superação normativa’ não representará a última palavra sobre a controvérsia constitucional. Ao contrário, poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada ‘poder’ contribuirá com a sua específica capacidade institucional. (BRANDÃO, 2012, p. 286).

Em modelos como do Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá, embora existam documentos jurídicos que reconheçam a existência de direitos fundamentais bem como a existência de Cortes Constitucionais, não teremos necessariamente um modelo de revisão constitucional forte. Nesses países, embora haja uma variação da força da revisão judicial, a última palavra ainda permanece com o Poder Legislativo. Portanto, não há uma relação de necessidade entre revisão judicial forte e a proteção dos direitos e garantias fundamentais (GARDBAUM, 2001).

A presente pesquisa busca investigar a terceira via desse debate, em que se defende uma superação da própria concepção de última palavra. Logo, não caberia a nenhum dos órgãos do Poder atribuir o último sentido final e definitivo do texto constitucional. Em verdade, todas as instituições, formais e não formais, ingressariam em um empreendimento sempre inacabado e dinâmico, de mútua cooperação e de construção do significado constitucional. Sustentando essa terceira via surgem as chamadas Teorias dos Diálogos Constitucionais.

Sunstein e Vermeule (2015), ao sustentarem a necessidade de se realizar uma virada institucional, argumentam que é imprescindível observar, nas teorias da interpretação, as capacidades institucionais dos agentes formais e informais, bem como os efeitos dinâmicos dessas interpretações (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, p. 2). O que importa demonstrar aqui é que os autores sustentam a ideia de que não podemos mais desenvolver construções teóricas sobre a interpretação que busquem responder “como, em princípio, devemos interpretar o texto?”, mas “como devem certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar determinado texto?” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, p. 3). Os autores evidenciam que a falibilidade inerente aos juízes deve ser observada, retirando, portanto, a supremacia judicial, que pressupõe uma imagem heróica das capacidades do Poder Judiciário como premissa no processo interpretativo.

Assim, não se trata de quem possui a última palavra em um aspecto definitivo, mas a possibilidade de ingressar, para se utilizar a expressão de Conrado Hübner Mendes (2013), em uma nova rodada procedimental deliberativa, em que cada uma das instituições poderá contribuir com suas capacidades para a formação do sentido mais correto da Constituição. Ainda assim, é necessário que a discussão se encerre por um momento, que seja reconhecida a autoridade e a estabilidade social, para que uma decisão coercitiva seja tomada pela autoridade competente e a questão seja resolvida, ainda que de forma temporária.

Segundo Rodrigo Brandão, acerca da abordagem dos diálogos constitucionais²:

[...] a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade. Assim, se maiorias legislativas podem reverter decisões constitucionais da Suprema Corte, o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade perde muita força. (BRANDÃO, 2012, p. 273).

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado uma preocupação, ao menos retórica, em estabelecer uma relação dialógica com os demais Poderes do Estado, principalmente com o Poder Legislativo. A questão que se coloca é se referida dinâmica contribui ou mascara o processo de legitimação das decisões judiciais.

É necessário investigar, a partir da perspectiva das teorias dos diálogos constitucionais, em que medida o Poder Judiciário, ao possuir as competências para decidir (ainda que de forma temporária) e catalisar os debates travados entre todos os agentes (no modelo proposto pela teoria dos diálogos constitucionais) permanece (ou não) com a última palavra sobre o sentido constitucional, perpetuando sua supremacia. Nesse sentido, pergunta-se: a tese das Teorias dos Diálogos se apresenta como uma perspectiva que atribui legitimidade àquilo que propõe superar, ou seja, a supremacia judicial?

Indo além, o que se percebe é que as Teorias dos Diálogos Institucionais realizam uma aposta profunda na ideia de razão pública em sentido rawlsiano, vislumbrando virtudes

² “Os diálogos constitucionais se tornaram uma “metáfora ubíqua” para designar a recente tendência de priorizar o debate institucional sobre “quem” deve ter a última palavra na interpretação constitucional, em face do tradicional debate metodológico sobre “como” interpretar a Constituição. Assim, ao enfatizar as possíveis reações a decisões judiciais, a “metáfora dos diálogos” pode apresentar diversas vertentes, muitas das quais já foram analisadas (sobretudo as que enfatizam uma análise empírica das interações institucionais na interpretação constitucional). Reservar-se-á, contudo, a expressão “teoria dos diálogos constitucionais” para a tese de Hogg, Bushell e Roach, não apenas pelo pioneirismo dos dois primeiros autores, mas por enfatizarem o debate normativo sobre a última palavra, tópico central do presente item [...]”. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012.

políticas das instituições na construção do sentido constitucional. Assim, vislumbra-se uma outra preocupação fundamental para a proposta geral das teorias dos diálogos: é possível estabelecer uma forma legítima de decisão, sobretudo da decisão em sede de revisão constitucional? Têm-se a consciência de que referido questionamento deve partir, em princípio, de teorias normativas, que exigem a ideia de razão pública no desenvolvimento dos diálogos institucionais. Entretanto, pretendemos ir além, buscando compreender com maior clareza em que medida informações descritivas (como os *officials* efetivamente decidem?) podem contribuir com as teorias normativas (como os *officials* devem decidir legitimamente?).

Assim, a presente tese se subdivide em 4 capítulos. O primeiro pretende apresentar uma premissa importante para o debate sobre a legitimidade da revisão judicial. Para os teóricos dos constitucionalismo e da revisão judicial sempre se apresentou como questão chave não somente a legitimidade das cortes constitucionais e sua competência para realizar a revisão judicial, mas a sua localização central no processo de construção do sentido constitucional.

Nestes termos, perguntar sobre a legitimidade da revisão judicial deve também levar ao questionamento quanto a sua posição no processo de construção do próprio sentido constitucional. Assim, o primeiro capítulo se debruçará acerca dos argumentos históricos e teóricos sobre a expansão do Poder Judiciário e supremacia judicial, no sentido de mapear os principais argumentos que se apresentam tanto pela existência/manutenção da supremacia judicial ou não.

O segundo capítulo irá se debruçar sobre as Teorias dos Diálogos Constitucionais, e para tal, foi utilizado como apresentação teórica de condução o mapeamento realizado por Christine Bateup, bem como os principais autores apresentados por ela. O objetivo deste capítulo é mapear um grupo de teorias que serão analisadas ao longo do desenvolvimento desta tese. Nesse sentido, no curso da apresentação das teorias dialógicas foram lançadas diversas perguntas e questionamentos que não foram respondidos na sequência imediata. O que se pretende é lançar respostas aos questionamentos ao longo do terceiro e quarto capítulo, tendo-se um cuidado de apresentá-los anterior e separadamente. Ainda no segundo capítulo iremos apresentar algumas reflexões sobre o que compreendemos por “diálogo-deliberativo” e a distinção existente entre “interações institucionais”, reflexões que partiram das contribuições teóricas de Conrado Hübner Mendes.

Por se tratarem de teorias que ganharam vida principalmente a partir de reflexões sobre a interação das instituições desenhadas em países estrangeiros, tais como Canadá, Reino

Unido e Nova Zelândia, entendemos que, para apresentar uma crítica séria às Teorias dos Diálogos, é necessário pensá-las também no contexto acadêmico e jurídico-político brasileiro. Por tais razões, o terceiro capítulo será dedicado a apresentar como os principais elementos das teorias dos diálogos institucionais (tais como deliberação; capacidades institucionais; superação da jurisprudência por via do processo legislativo) são tratados no contexto brasileiro. Assim, busca-se neste capítulo ainda investigar a legitimidade da jurisdição constitucional bem como sobre as relações dialógicas institucionais (formais e não formais) existentes e queridas no processo de construção do sentido constitucional.

O quarto e derradeiro capítulo se dedicará a sustentar o coração da tese do presente trabalho, ou seja, em que medida as denominadas teorias dos Diálogos Institucionais não cumprem sua principal promessa (superação da supremacia judicial), mas pelo contrário, acabam por reforçar a supremacia ou maior proeminência do Judiciário no processo de construção do sentido constitucional. Para tal, serão apresentadas críticas internas às teorias dialógicas, ou seja, críticas sobre as engrenagens de funcionamento que não dizem respeito aos problemas de aplicação da teoria, mas aos elementos que a constituem. A proposta é verificar em que medida a concepção do uso da razão pública, enquanto elemento integrante das Teorias dos Diálogos, pode contribuir para o constrangimento da prática de adjudicação judicial. Ainda na perspectiva da crítica interna, investigaremos também os problemas relacionados às Teorias dos Diálogos que indicam o Poder Judiciário como instituição responsável por coordenar as relações dialógicas. Uma segunda etapa do último capítulo será voltada a apresentar as críticas externas (ou de aplicação) das Teorias dos Diálogos Constitucionais na prática brasileira.

Adotando um recorte metodológico qualitativo, nos debruçaremos sobre seis casos no terceiro e quarto capítulos, voltando olhar nos votos dos ministros e nas razões apresentadas pelas instituições não jurídicas quanto ao tema apreciado. As escolhas dos casos partiram tanto considerando as decisões que citaram diretamente a possibilidade de existência de uma relação dialógica do Poder Judiciário com as demais instituições, bem como as decisões nas quais tenha havido uma relação de interação e/ou diálogo com as demais instituições.

2. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: O FENÔMENO DA SUPREMACIA JUDICIAL

Um passo importante no processo de investigação sobre a legitimidade dos processos de tomadas de decisão pelos órgãos judiciais, principalmente pelos órgãos de cúpula, corresponde a um estudo prévio a respeito do processo de constituição do próprio Poder Judiciário, bem como o fenômeno de sua expansão e fortalecimento no mundo, sobretudo, no Brasil.

Importante ressaltar que a digressão no tocante ao estudo sobre o Poder Judiciário não implica uma digressão sobre qualquer elemento constitutivo do fenômeno que estamos investigando. Há uma razão especial para estudarmos o processo de expansão do Judiciário, bem como o processo de expansão das competências relacionadas à função de controle de constitucionalidade dos órgãos de cúpula, isso porque ao longo do capítulo veremos que não basta a existência de condições institucionais, políticas ou interpretativas para que o Poder Judiciário se expanda de fato. É necessário, ainda, que o próprio órgão julgador assuma um papel expansionista e, consoante a isso, busque ser o detentor da última palavra sobre o sentido constitucional.

Ademais, somente faz sentido desenvolver qualquer construção de crítica à atuação de um órgão que promove decisões se o fizermos a partir de uma concepção de legitimidade do processo decisório. Assim, o fundamento especial para estudarmos as razões para o fortalecimento das cortes constitucionais e supremos tribunais está relacionada ao fato de que a ideia de legitimidade das decisões judiciais possui, aqui, uma relação de dependência com o modo pelo qual as cortes decidem, e o processo decisório está relacionado também à sua estrutura institucional (número, forma de indicação dos membros; bem como a competência para decidir). Assim, vislumbramos a justificativa do primeiro capítulo.

Ao propormos investigar a questão da legitimidade das decisões judiciais decorrentes da atuação de órgãos de cúpula, partimos de uma ideia específica de legitimidade. Legitimidade é aqui compreendida como a qualidade atribuída ao processo decisório que observa o processo democrático no tocante às considerações das razões apresentadas por todos aqueles que participam da esfera pública, ou seja, pela efetiva troca de razões que formam a própria

política³. Mas o fenômeno não se satisfaz com a mera interação entre as instituições formais e não formais. A legitimidade se apresentará de forma mais profunda quanto mais profunda for a dinâmica de aprendizagem estabelecida entre aqueles que buscam a interação.

É justamente a partir dessa leitura inicial que questões como o *Judicial Review*, a expansão do Poder Judiciário, a *hipertrofia* do Poder Judiciário, a distribuição de competências às Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais, ganham uma certa centralidade no presente debate. Há a compreensão, que será defendida na presente Tese, de que existem questões internas (à Teoria) e externas (portanto, de aplicação) às Teorias dos Diálogos Institucionais que dificultam a apresentação das teorias como uma terceira via à Supremacia Legislativa e à Supremacia Judicial no processo de construção do sentido Constitucional.

Por sua vez, as Teorias dos Diálogos Institucionais, em nome da legitimidade democrática das decisões judiciais, passaram a apresentar críticas à Supremacia Judicial, buscando novos caminhos para a revisão judicial. Assim, antes mesmo de apresentarmos as críticas a respeito dos problemas internos e externos às Teorias dos Diálogos, é necessário compreender o que se quer dizer quando falamos em Supremacia Judicial. Propomos, assim, identificar a extensão do conceito de Supremacia Judicial e qual a sua relação com a compreensão da expansão do Poder Judiciário (existe alguma relação entre os dois fenômenos? O processo de expansão, crescimento e fortalecimento do Poder Judiciário produz algum efeito no fenômeno da Supremacia Judicial?). É o que buscaremos desenvolver nas próximas seções.

³ Importante considerar que há um importante debate travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a respeito do conceito de legitimidade das decisões judiciais. Para Dworkin, a ideia de legitimidade decisória está relacionada com a concepção constitucional de democracia, que possui alguns requisitos morais substantivos, que são atendidos na busca pela “resposta correta” sobre direitos fundamentais, que funcionam como trunfo das minorias. A busca pela “resposta correta” está ligada à busca do ideal de “igual respeito e consideração”, que promoveria “a filiação moral” de cada pessoa à comunidade política. Portanto, a ideia de legitimidade está mais relacionada à resultados (alcance de decisões que apresentariam razões que levam seus destinatários com igual respeito e consideração, permitindo sua filiação moral - inclusive aceitação de decisão desfavoráveis), do que ao procedimento decisório em si. O que sustentamos aqui é que o próprio procedimento, ao levar em consideração as razões de seus destinatários e de todos aqueles que participam do processo decisório (membros ou não das instituições formais), também faz referência a princípios substantivos. A ideia de contraditório, embora garanta um procedimento de ordem de apresentação de razões em uma demanda específica, está concretizando, em última instância, o ideal de democracia e devido processo legal.

2.1 Panorama do fenômeno: perspectivas teóricas da supremacia

O que a locução “Supremacia Judicial” representa? Para responder a essa pergunta é necessário compreender que a expressão supremacia dá a ideia de que estamos diante de uma circunstância de preponderância de um objeto ou comportamento sobre outro; de uma relação de subordinação ou mesmo de submissão. Assim, ao tratarmos da ideia de “supremacia judicial” estamos afirmando que algo que é judicial, portanto, que é fruto da atuação do Poder Judiciário, submete ou subordina algo que não é judicial. Evidentemente que a locução “supremacia judicial” foi concebida em um determinado contexto, em que se buscou determinar que a interpretação dada pelos órgãos judiciais de cúpula a respeito do significado da Constituição deve prevalecer e perdurar sobre o significado estabelecido pelas demais instituições (formais e não formais). De forma resumida, pode-se dizer que a doutrina da supremacia judicial é, no final das contas, uma doutrina da soberania, na qual “juízes qualificados são o soberano supremo na comunidade porque apenas eles possuem o caráter, inteligência e treinamento necessários para julgar o que é justo e injusto” (HODGES, 1958, p. 101).

Assim, ao responder a pergunta sobre quem deve ou quem interpreta a Constituição, a partir da locução “supremacia judicial”, podemos concluir que haverá uma preponderância da interpretação constitucional realizada pelo Poder Judiciário em relação às interpretações realizadas pelas demais instituições. A título de registro, cabe dizer que, para além do campo da interpretação e da disputa de sentido constitucionais, a questão da supremacia opõe fundamentalmente uma disputa entre o Poder Legislativo de criação e o Poder Judicial de interpretação. Segundo David Dyzenhaus (2006, p. 54), trata-se de um “concurso” (ou competição) de supremacia (criação legislativa vs. interpretação judicial), diagnosticado por Murray Hunt a partir das demandas de supremacia do direito identificadas por Albert Dicey.⁴

⁴ Ainda de acordo com Dyzenhaus (2006, p. 54), Dicey estabelece que, para haver Estado de Direito, dois elementos são necessários: (1) a supremacia parlamentar e (2) a supremacia do direito. Aqui, a noção de supremacia do direito envolve três dimensões: (1) a existência de regras públicas e gerais como limites ao exercício pessoal e arbitrário do poder; (2) a ideia de que ninguém está acima do Direito e, portanto, de que todos estão sujeitos à autoridade dos tribunais; (3) os direitos constitucionais fundamentais são principalmente fruto das decisões judiciais em casos concretos. Por isso, há um potencial conflito entre a supremacia parlamentar e a supremacia judicial concomitantemente estabelecida pelas exigências da supremacia do direito. Dyzenhaus (*ibidem*) relata que, para Dicey, em situação de conflito entre supremacia judicial e supremacia parlamentar, o Parlamento prevalecerá.

Entre as justificativas para explicar essa relação de preponderância podemos destacar a ideia de que a supremacia decorre de: (i) regras de competência (por um reconhecimento institucional segundo a qual caberia ao Poder Judiciário interpretar a Constituição, sendo o detentor da última palavra); de (ii) regras de capacidades (o Poder Judiciário está melhor localizado no design institucional de tal maneira que poderá apresentar melhores interpretações da Constituição - razão epistêmica); ou de (iii) regras de interações políticas estratégicas, de tal maneira que as relações institucionais se agrupam de modo a pavimentar o caminho para a supremacia judicial quanto à interpretação constitucional⁵.

Feitas essas considerações introdutórias a respeito da ideia da expansão e fortalecimento do Poder Judiciário e sua relação com a ideia de Supremacia Judicial, passaremos a analisar as nuances dessa relação no próximo item.

2.1.1 Expansão e fortalecimento do Poder Judiciário e a ideia de Supremacia Judicial: há relação de necessidade entre os fenômenos?

Como já afirmamos no item anterior, para que possamos tratar do próprio fenômeno dos Diálogos Institucionais e da sua dinâmica de funcionamento em um determinado sistema jurídico-político é fundamental investigar aquilo que ele se propõe a combater, portanto, o conceito e a ideia de Supremacia Judicial. Nesse contexto, questionamos: qual a relação que podemos estabelecer entre a Supremacia Judicial e a expansão do Poder Judiciário? Podemos estabelecer uma relação de necessidade entre a expansão do Poder Judiciário e a transformação de seu anterior posicionamento periférico para um ponto central nos debates e decisões políticas fundamentais das sociedades contemporâneas? Qual a relação que podemos estabelecer entre expansão do Poder Judiciário e controle de constitucionalidade?

Rodrigo Brandão, em sua obra “Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?” (2012), trata a ideia de expansão do Poder Judiciário a partir do surgimento e fortalecimento do seu poder de realizar

⁵ Importante destacar que, considerando o desenvolvimento de um desenho institucional clássico de separação de Poderes, no momento fundador caberia ao constituinte originário estabelecer no próprio texto constitucional as competências e atribuições de todos os Poderes. Ainda, em um momento posterior, no exercício de suas funções de constituinte derivado, ao Poder Legislativo seria dado a atribuição de estabelecer ajustes a respeito das competências dos Poderes. Ocorre que, como veremos no desenvolvimento do presente capítulo, o próprio Poder Judiciário, no exercício de suas interpretações constitucionais, realiza ampliações e restrições a respeito de suas próprias competências. Logo, a distinção entre perspectiva sobre autoridade ou sobre interpretação, quando da distribuição de competências, cai por terra.

o controle dos atos praticados pelos poderes políticos. Logo, na medida em que surge no Poder Judiciário o poder de realizar a revisão da legislação, há, via de consequência, um processo de fortalecimento do próprio Poder. Assim, temos que a ideia de expansão do Judiciário está relacionada à criação, nos mais diversos sistemas políticos, de órgãos judiciais capazes de realizar o controle dos atos políticos. À luz de outra chave de leitura, é o que Lenio Streck (2011, p. 190) classifica como sendo a marca distintiva do anti-positivismo paradigmático do pós-Guerra, marcado pela virada hermenêutica na teoria da constituição e na interpretação constitucional: o “polo de tensão” que se desloca da relação entre Executivo-Legislativo-sociedade para a relação entre os Poderes com o Judiciário.

É nesse contexto que se passou a observar a expansão do Poder Judiciário a partir do controle de constitucionalidade desenvolvido no cenário europeu e no cenário norte-americano. Portanto, a ideia de expansão e fortalecimento do Poder Judiciário está umbilicalmente relacionada ao fortalecimento e à expansão do seu poder de sustar, a partir de uma análise de compatibilidade constitucional, conjuntos normativos produzidos pelos poderes políticos. Esse seria o caso do qual *Marbury v. Madison* é o exemplo paradigmático.

Mark Tushnet (1999, p. 7) afirma que, ao estabelecer que era “província e dever” do judiciário declarar o direito, o *justice* John Marshall estava decretando, em outras palavras, que a revisão judicial consagra a supremacia judicial no quesito da interpretação constitucional. O autor sustenta que a fundamentação de Marshall instituiu, concomitantemente, a autoridade suprema da Constituição e da Suprema Corte, de tal forma que:

[...] as Cortes e não apenas a Constituição como supremas: “É enfaticamente a província e o dever do departamento judicial - e de mais ninguém - dizer o que é o direito. Uma vez que nós dizemos o que é o direito, é o fim. Depois disso, ninguém obrigado a apoiar a Constituição pode dizer que a Constituição significa algo diferente daquilo que nós dissemos que significa”. (TUSHNET, 1999, p. 7)⁶.

Buscando maior clareza metodológica, entendemos que a ideia de supremacia judicial se apresenta como um sintoma da centralização do Poder Judiciário nos processos de escolhas políticas, que se desenvolve a partir da sua função de controlador da constitucionalidade dos atos normativos. Ou, ainda, que questões que seriam ordinariamente decididas na esfera

⁶ Nessa passagem de seu livro, Tushnet está apresentando duas possibilidades de interpretação sobre o que Marshall quis dizer com “é a província e o dever do departamento judicial dizer o que é o direito”. A primeira possibilidade de leitura é trivial: seria dizer que Marshall apenas ratificou descritivamente a função da Corte. A segunda leitura, indicada no trecho citado, é a que Tushnet julga mais plausível (e também problemática): Marshall realizou uma asserção normativa sobre a primazia autoritativa da interpretação constitucional feita pela Suprema Corte.

política, passariam a ser decididas na esfera jurídica (portanto, construindo uma concepção ampla de judicialização da política). Assim, Brandão afirma que o fenômeno de expansão do Poder Judiciário contou com várias fases, a começar nos Estados Unidos com o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803. A segunda fase, embora tenha como importante marco a Constituição Austríaca de 1920 (instituiu o Tribunal Constitucional nos moldes kelsenianos), deu-se somente com o fim da segunda grande guerra, com o processo de redemocratização de países como a Alemanha, Itália, Portugal e Espanha oportunidade em que se observou uma maior expansão do Poder Judiciário em termos de volume (BRANDÃO, 2012, p. 65-66). Uma terceira onda de expansão do Poder Judiciário, segundo Brandão, pode ser verificada com o processo de redemocratização dos países na América-latina (década de 1980) e dos países ex-comunistas, a partir do esfacelamento da União Soviética (década de 1990). (BRANDÃO, 2012, p. 66).

Sobre a análise das ondas do controle de constitucionalidade no mundo e a expansão do Poder Judiciário, Brandão afirma que:

Estudos da ciência política da década de 1990 perceberam que a habitual previsão do controle de constitucionalidade nas Constituições da segunda metade do século passado foi acompanhada de *uma expansão global do Poder Judiciário, com uma consequente judicialização da política, assim compreendido o processo pela qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo*. Cuida-se, portanto, de um processo de transferência do poder de tomar decisões sobre determinadas questões de alta conotação política em favor dos juízes, e em detrimento dos legisladores e do chefe do Executivo. (g. no original). (BRANDÃO, 2012, p. 66).

Evidentemente, identificar o processo de expansão do Poder Judiciário no mundo implica reconhecer que o fenômeno poderá decorrer de razões político-sociais distantes em cada país em que se busca identificá-lo. Mas o que se pretende, para além de identificar uma teoria universal que explique o fenômeno de expansão do Poder Judiciário, é demonstrar que o fortalecimento deste Poder encontra nuances históricas e uma certa plasticidade a partir da atuação do próprio Poder Judiciário. Essa constatação é fundamental para compreender que a expansão do Poder Judiciário no Brasil, embora possa representar uma tendência que esteja em consonância com um fenômeno mundial, possui características específicas do sistema político-social-jurídico brasileiro. A análise desse fenômeno no Brasil será importante para identificarmos qual o papel que a própria corte desempenhou no seu fortalecimento, para o

processo de supremacia judicial (se existente) e para o desenvolvimento das relações dialógicas com as demais instituições no processo de formação do sentido constitucional.

Assim, podemos ilustrar melhor a estratégia investigativa escolhida a partir do que Clarissa Tassinari (2012) aponta como o elemento diferenciador entre judicialização da Política, de um lado, e ativismo judicial, do outro. Segundo a autora, a grande diferença reside no fato de que a judicialização da política é uma questão social própria do paradigma do Estado Democrático de Direito e relacionada ao reconhecimento de direitos e ao acesso à justiça, ao passo em que o ativismo judicial é uma noção situada no campo interpretativo de aplicação normativa que depende da “vontade” (em sentido amplo, não como um desejo) dos magistrados. O critério demarcatório de Tassinari é útil para pensarmos a abordagem da relação entre expansão/fortalecimento do Judiciário (que pode ser visto como aspecto da judicialização) e a ideia de Supremacia Judicial.

De certa forma, há uma simetria entre o critério de diferenciação empregado pela autora na análise da judicialização e do ativismo com o estudo da dimensão relacional entre a expansão judicial e a supremacia judicial porque, conforme demonstraremos, a expansão também se configura como uma questão social-política-cultural autônoma, enquanto a Supremacia depende de uma teoria interpretativa de fundo (ou seja, é resultado de como os magistrados - ou acadêmicos, cidadãos, etc - enxergam sua própria atuação).

A partir dessas considerações, podemos verificar o imbricamento de duas noções-chave para a Teoria dos Diálogos: a expansão do Poder Judiciário e a supremacia judicial. Uma vez que reconhecemos que tais noções estão relacionadas, mas que podem ter diferenças, abre-se espaço para teorias que buscam explicar exatamente qual a natureza e a dinâmica dessa relação. Apresentaremos estes instrumentais teóricos no tópico seguinte.

A ideia de hipertrofia do Poder Judiciário está atrelada não somente à expansão estrutural do Poder Judiciário, mas à aglutinação e ampliação de funções em um dado sistema político.

Scott E. Gant, ao tratar daquilo que compreende como Positivismo Cínico, afirma ser necessário compreender a distinção entre (1) ter a exclusividade sobre a interpretação constitucional e (2) ter a palavra final sobre a Constituição. A primeira diz respeito ao discurso de autoridade, ou seja, de que há somente uma autoridade ou instituição (formal ou não formal) que estaria autorizada a realizar ou a construir o sentido constitucional. Portanto, diante de uma análise formal a respeito da fonte da interpretação, somente alguém ou alguns estariam

autorizados a interpretar e construir o sentido da Constituição. Por outro lado, para além da própria dinâmica da autoridade para a interpretação, estaríamos também diante de um ceticismo a respeito do conteúdo da interpretação, ou seja, que o processo (para além de quem deve interpretar) interpretativo representaria uma mera manifestação de vontade, que, em última instância, refletiria as meras preferências pessoais, políticas, morais, religiosas e etc dos julgadores. (GANT, 1997, p. 400).

Logo, não teríamos nenhum elemento de valoração político institucional (tais como os valores constitucionais) que, de alguma forma, pudesse gerar constrangimentos formais ou mesmo guia de legitimidade no processo decisório. A única regra, inclusive, regra de trunfo, seria a regra de reconhecimento da autoridade do Poder Judiciário como instituição autorizada a interpretar e construir a Constituição. O Judiciário teria carta branca para dizer o que é e o que não é a Constituição. Desse modo, reflete-se uma forma de ler a ideia de supremacia judicial, mas, ainda resta perguntar se o processo de construção do sentido constitucional, de fato, se apresenta dessa forma.

O que realmente perguntamos quando nos questionamos quem interpreta a Constituição? Duas distinções básicas vão ajudar a orientar essa investigação. Em primeiro lugar, como indicado anteriormente, o problema de ‘quem interpreta’ tem tanto uma dimensão normativa, quanto descritiva. Em segundo lugar, há uma distinção básica entre ‘finalidade’ e ‘exclusividade’ na interpretação constitucional. Uma questão é quem, se qualquer um, oferece interpretações finais ou autoritativas; outra questão diferente é se as interpretações podem ou devem ser propostas por mais de um agente interpretativo.

Essa constatação feita por Gant parece bem próxima da consideração feita por Rodrigo Brandão quando trata da distinção entre ter a última palavra sobre o sentido constitucional e a atribuição de competência ao Poder Judiciário para tratar de assuntos constitucionais. Nesse caso, para Brandão ter competência para tratar de assuntos constitucionais não implica afirmar, necessariamente, que o órgão competente terá a última palavra sobre o sentido constitucional, ou que somente o Poder Judiciário faz interpretações a respeito da Constituição⁷.

A pergunta sobre quem faz a interpretação constitucional, de forma final ou autoritativa, e a respeito da exclusividade da interpretação deve ser analisada inevitavelmente sob o prisma de duas perspectivas insuperáveis ou inescapáveis: a dimensão descritiva e normativa. Para

⁷ Sobre esse aspecto, trataremos de forma específica no último capítulo, quando abordaremos a segunda perspectiva interna das Teorias dos Diálogos Institucionais.

responder “quem interpreta a constituição” partiremos, necessariamente, de uma dimensão descritiva, na medida em que se inicia um processo de investigação de como o sentido constitucional que movimenta a vida de um determinado grupo social, de fato, é constituído. Assim, a partir de uma metodologia que parte também das Ciências Políticas, de análise de dados e informações descritivas (de como as instituições, formais e não formais, efetivamente funcionam e atribuem sentido ao texto constitucional), busca responder um dado, um fenômeno social de construção do sentido constitucional. Em princípio, o que se compreende, é que não se projeta um processo de centralização ou de exclusividade, mas um empreendimento coletivo e muitas vezes difuso.

Outra perspectiva que poderá nos auxiliar a compreender a dimensão da exclusividade, diz respeito à perspectiva normativa. Em alguma medida, poderá compreender o esforço do próprio Poder Judiciário em clamar para si a exclusividade do processo de atribuição do sentido à Constituição, portanto, ao responderem não “quem interpreta a Constituição”, mas “quem *deve* interpretar autoritativamente a Constituição?” buscaram responder que é o próprio Poder Judiciário. Logo, em última instância, a Supremacia Judicial se apresentará mais como um esforço institucional do que um dado da realidade, como um resultado do curso natural das águas que guiam o processo de construção do sentido constitucional.

Erwin Chemerinsky, com foco em quem deve ser o intérprete autoritativo da Constituição, sugere três respostas possíveis. Uma é que nenhum ramo tem autoridade superior - todos são iguais neste aspecto. Uma segunda possibilidade é que a responsabilidade interpretativa é atribuída a diferentes departamentos ou ramos do governo federal, dependendo do tema ou disposição constitucional envolvida. Finalmente, é possível que a autoridade interpretativa final seja investida em um único ramo” (CHEMERINSKY, 1987, p. 364-365).

Essas questões estão relacionadas a quem deve ser o intérprete final da Constituição (diz respeito à autoridade, quem está autorizado a interpretar), mas não quem tem a exclusividade pela interpretação. Supremacia Judicial, para Gant, “[...] reveste o judiciário com a interpretação autoritativa (de autoridade) ou final”. Um segundo aspecto da supremacia judicial diz respeito à ideia de que as decisões dos tribunais devem ser lidas não somente como decisões para resolver casos particulares, mas como princípios que se aplicam de forma *erga omnes*: nada pode minar a autoridade dos tribunais (p. 366-367). Nesse sentido:

[...] o conceito de revisão judicial não é sinônimo do conceito de supremacia judicial. Ao explicar sua visão da diferença da referência, Murphy sugere que a supremacia judicial envolve mais do que o poder de revisão judicial. Embora a revisão judicial autorize os tribunais, ao decidir casos e controvérsias, recusar-se a dar efeito a um ato

o mandato de um ramo coordenado do governo, a supremacia judicial cria ‘a obrigação de coordenar os officials não apenas para obedecer a essa decisão, mas seguir seu raciocínio em futuras deliberações (GANT, 1997, p. 368).

Não há incompatibilidade entre a indeterminação da Lei Constitucional e a existência de um processo de adjudicação. Em outras palavras, não é porque existe uma dificuldade decorrente da indeterminação das normas constitucionais que isso implicará, necessariamente, em se abdicar da existência de um Poder Judiciário que trata das mencionadas normas.

É justamente nesse sentido que podemos afirmar que não há uma relação de necessidade entre expansão do Poder Judiciário, no que se compreende pelo processo de deslocamento de suas funções de resolver questões de coordenação institucional para resolver questões de política (matérias que seriam inicialmente resolvidas por instituições eleitas democraticamente), e supremacia judicial. Esta, relaciona-se à postura que um órgão de cúpula assume em afirmar ser o detentor da última palavra do significado constitucional. Mas nem todo órgão de cúpula que possui todas as condições institucionais, políticas e de interpretação favoráveis a assumir um papel protagonista nas soluções de demandas políticas, assumirá necessariamente uma postura supremacista.

2.1.2 A mediação entre expansão e supremacia judicial a partir do conceitualismo e do funcionalismo

Brandão apresenta as teorias conceitualistas e funcionalistas como as primeiras teorias que se propuseram a explicar o processo de expansão global do Poder Judiciário. A primeira pode ser compreendida como uma justificação da expansão do Poder Judiciário como decorrência da positivação de direitos fundamentais nas constituições nacionais e tratados internacionais no pós-Segunda Guerra, principalmente a partir da chamada “cultura dos direitos”, em que se desenvolveu um modelo democrático calcado na “democracia constitucional” frente a “regra da maioria”. Uma explicação do conceitualismo, para a expansão do Poder Judiciário, estaria atrelada, também, a uma crescente desconfiança dos governos tecnocráticos e em direção às economias de Estado, que passariam a exigir maiores poderes ao Judiciário no controle da discricionariedade dos Poderes Políticos na implementação dos direitos sociais (BRANDÃO, 2012, p. 68).

Luís Roberto Barroso, a seu turno, afirma que o contexto de crise do modelo da democracia representativa, principalmente no tocante à atuação do Poder Legislativo, levou, por outro lado, ao fortalecimento do Poder Executivo. Afirmou, ainda, que nos últimos anos

isso ocorreu em relação ao Poder Judiciário, tornando esse Poder mais representativo dos anseios sociais:

[...] Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil tem-se verificado expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais [...]. (BARROSO, 2015, p. 38-39).

Por outro lado, as teorias funcionalistas justificariam a expansão do Poder Judiciário a partir de uma questão estrutural do sistema jurídico, na medida em que o federalismo e os mecanismos mais rígidos de separação de poderes⁸ (tal como o presidencialismo) fomentariam o fortalecimento do Poder Judiciário. A existência desse desenho institucional exigiria um terceiro imparcial para julgar conflitos provenientes dos poderes políticos. O Judiciário seria chamado não somente para resolver questões de coordenação entre as instituições (inclusive das agências), mas para proteger direitos individuais frente à expansão daquelas (BRANDÃO, 2012, p. 69).

É lugar comum tanto na leitura conceitualista, quanto na funcionalista, que o reconhecimento de direitos fundamentais em carta de direitos é razão para a expansão do Judiciário. Para além do reconhecimento institucional da carta de direitos fundamentais, o próprio fortalecimento e afirmação da democracia também se apresenta como um fator para o fenômeno (BRANDÃO, 2012, p. 72). Evidentemente que o reconhecimento institucional, a partir da positivação de direitos e garantias fundamentais, não é garantia de respeito e concretização de mencionados direitos, nem do fortalecimento do Poder Judiciário na concretização de uma jurisdição constitucional. É necessário, para além disso, que condições políticas, interpretativas e de assunção de comportamentos parem no contexto sócio-político para que a Supremacia Judicial, de fato, se estabeleça.

Embora a ideia de democracia e controle de constitucionalidade possam parecer conflitantes, pode-se afirmar que a função jurisdicional de revisão decorre da própria democracia, havendo entre elas uma relação de sinergia e não de exclusão (BRANDÃO, 2012,

⁸ A respeito da Separação de Poderes, importante as considerações de Clève e Lorenzetto: “Pensa-se, por isso, na contemporânea questão dos desenhos institucionais e não mais na simples replicação da fórmula da tripartição de poderes. A criação de novas instâncias de poder não pode ser feita de maneira inadvertida sobre sua estrutura e suas diretrizes normativas, ou seja, seus poderes dentro do governo e suas finalidades. Ademais, tratar de um poder é também versar sobre seus limites, com a lembrança de que, em termos gerais, se a um poder é conferida determinada competência, aquilo que se espera é que ele venha a exercê-la para justificar sua existência e sua continuidade, mas, além disso, devem-se considerar as possíveis consequências do mau funcionamento de determinada instituição”. (CLÉVE; LORENZETTO, 2015, p. 189).

p. 72). É o fortalecimento da democracia que permite o desenvolvimento do próprio constitucionalismo, e as garantias institucionalizadas pela Constituição também permitem o fortalecimento da democracia. Portanto, há uma relação simbiótica entre os fenômenos, possuindo as disputas partidárias uma importante contribuição para a proteção e incentivo à realização do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Isso porque, a partir da análise de dados empíricos, é possível observar que em momentos de transição política, há uma tendência dos partidos de situação, ao vislumbrar a derrota nas urnas, buscarem o fortalecimento do Poder Judiciário, ampliando poderes para a realização do controle de constitucionalidade, justamente para a manutenção das conquistas legislativas alcançadas ao longo de suas legislaturas. Assim, o Judiciário se apresentaria na qualidade de garantidor do *status quo* construído pelo partido de situação que vislumbra a possibilidade de derrota nas próximas eleições (BRANDÃO, 2012, p. 73)⁹.

Nesse sentido, a pluralidade de partido, o jogo eleitoral e a afirmação da democracia constituem o amálgama que permite a construção de um espaço que poderá levar ao fortalecimento do próprio Poder Judiciário. Entretanto, isso se dá muito mais por questões estratégicas do que pela observação da vontade institucional de se buscar o melhor desenho institucional em termos de fortalecimento de valores democráticos e de legitimidade. Em outras palavras, o fenômeno de fortalecimento do Poder Judiciário pode ser melhor explicado por questões descritivas (da análise dos comportamentos estratégicos das instituições), do que por questões normativas (da forma como deveria ser o melhor desenho institucional do Poder Judiciário e quais seriam as melhores funções a ser desempenhadas). Assim, ao buscar as razões pelas quais os partidos políticos fortalecem um Poder, que via de regra limitaria seu próprio poder, a razão saliente estaria na atuação estratégica dos partidos de situação para a manutenção do *status quo* em caso de derrota eleitoral. Logo, a razão é de natureza estratégica. Nas palavras de Brandão:

⁹ A respeito dos dados empíricos, importante a seguinte passagem: “Além dos casos referentes aos processos de reconstitucionalização na Espanha, em Portugal e na Grécia, há diversos outros casos que ilustram a forte influência entre a fragmentação do poder político e a expansão do Poder Judiciário, não apenas no momento de elaboração de uma nova Constituição, mas também ao longo da vigência de uma determinada Carta. Por exemplo, a Suprema Corte japonesa adotou linha jurisprudencial severamente autorrestritiva nos 38 anos em que o Partido Liberal Democrático se manteve no poder, o qual inclusive ignorou decisão daquela Corte que declarara inconstitucional lei que estabelecia os distritos eleitorais japoneses. No México, por sua vez, houve substancial aumento do poder da Suprema Corte em 1994, precisamente o momento em que o Partido Revolucionário Institucional (PRI), que governou o país por décadas a fio, passou a dividir a sua influência política com grupos rivais, os quais tomaram o poder em 2000. (BRANDÃO, 2012, p. 73).

[...] Assim, quanto maior for a *força do partido dominante* - e consequentemente a concentração do poder político - no momento da transição para a democracia, menos amplo tenderá a ser o controle de constitucionalidade, e quanto menor for a *força do partido dominante* - e, portanto, mais dividido estiver o poder - na transição, mais amplo deverá ser o controle de constitucionalidade. (BRANDÃO, 2012, p. 73).

O que se observa, portanto, é que há uma relação entre o fortalecimento do Poder Judiciário, no tocante principalmente à extensão da competência para a realização do controle de constitucionalidade, e a atuação estratégica de atuação dos partidos na manutenção do *status quo* constituído. Essa constatação é importante, tendo em vista que um dos argumentos que a presente tese busca defender diz respeito, também, à atuação estratégica das instituições. Ou seja, para além das críticas internas às Teorias dos Diálogos Institucionais (quanto aos seus pressupostos de constituição), temos problemas relacionais à sua aplicação (críticas externas às teorias), que podem estar relacionadas à atuação estratégica das instituições. Antes de se verificar movimentos de estabelecimento de desenhos institucionais, competências, funções de poderes a partir de valores democráticos ou de justiça, verificamos que estes movimentos são guiados diversas vezes por razões estratégicas das próprias instituições.

Conforme observaremos mais adiante, a crítica externa à Teoria dos Diálogos Institucionais se sustenta na constatação de que o Supremo Tribunal Federal, em atuação estratégica, utiliza retoricamente dessa teoria, objetivando conferir maior legitimidade às decisões institucionais, para fortalecer suas próprias decisões, inclusive, não dialógicas e, portanto, menos legítimas. É o que buscaremos sustentar em capítulo específico, mas que já vale a ressalva para conduzir o leitor.

Nestes termos, conforme observaremos a partir das constatações de Diego Werneck e Leandro Ribeiro (2016), o fortalecimento do Poder Judiciário passa não somente pela atuação estratégica das instituições políticas, que estabelecem o *design* institucional por meio do processo legislativo (objetivando a manutenção do *status quo*), mas também pela atuação estratégica do próprio Poder Judiciário. Conforme veremos, o fortalecimento do controle de constitucionalidade e a expansão desse poder se desenvolvem também pelas decisões da própria corte.

Ainda nos pressupostos da leitura funcionalista, teríamos argumentos no sentido de que o fracionamento vertical (federalismo) e horizontal (separação de poderes) geraria, por si, conflitos de coordenação que devem ser resolvidos pelo Poder Judiciário¹⁰. Assim, o cenário

¹⁰ A ideia de federalismo aqui apresentada, para além de se compreender como sistema de Estado, compreendido como “[...] mecanismo de limitação do poder político [...]” (FARIAS, 1998, p. 181) e a Separação de Poderes,

federalista seria um padrão fundamental para a afirmação do constitucionalismo mundial (BRANDÃO, 2012). Tanto o federalismo, quanto a separação de poderes produziram problemas de coordenação que passariam a exigir do Poder Judiciário a atuação para resolver os conflitos de competência e atribuições. Nesse sentido, teríamos mais uma condição institucional para abrir caminho ao protagonismo judicial.

Para além da atuação estratégica dos partidos políticos, da necessidade de resolver problemas de coordenação decorrentes do sistema federativo e da separação de poderes, a ineficiência e perda de confiança do povo nos partidos políticos e nas instituições majoritárias contribuíram, também, para o fortalecimento do Poder Judiciário (BRANDÃO, 2012).

Após a apresentação das condições da política que propiciaram o caminho para a expansão do Poder Judiciário, em termos de condições institucionais, a existência de um catálogo de direitos fundamentais também contribui para o fortalecimento do Judiciário. É evidente que a existência de um catálogo de direitos fundamentais, bem como a de uma Corte Constitucional ou de um Supremo Tribunal que exerça a função de controle de constitucionalidade, não implica necessariamente na proteção de direitos fundamentais. Para tal, basta verificar o que Gardbaum trata a respeito da existência de controle de constitucionalidade em sentido fraco e a existência da proteção dos direitos fundamentais no sistemas jurídicos da Nova Zelândia, Canadá e Reino Unido¹¹. E no mesmo sentido, também não decorre da positivação dos direitos em uma atuação expansionista automática do Judiciário, nesse sentido, escreve Brandão (2012, p. 77):

Todavia, a existência de um catálogo constitucional de direitos fundamentais é uma condição facilitadora, porém não necessária, para a judicialização da política. Há exemplos de aplicação significativa de direitos fundamentais pelo Judiciário - inclusive como um limite ao processo majoritário - em países cujo catálogo constitucional está contido em uma lei, e não em um documento formalmente constitucional. Israel ilustra bem o exposto: seguidor da tradição britânica da *commom law*, Israel não possui uma Constituição escrita e dogmática; ao revés, onde “Leis Fundamentais” compõem o núcleo da sua Constituição não escrita e histórica.

como forma de distribuição das funções aos Poderes que constituem o Estado, ambas implicam na fragmentação do Poder. E uma vez havendo fragmentação dos poderes surgiram problemas de coordenação (divisão de competências), o que exigirá o chamamento do Poder Judiciário para resolver tais questões. Na medida em que o Judiciário é chamado para tratar das questões de coordenação, abre-se caminho para exercer uma função protagonista na relação com os demais poderes políticos.

¹¹ Segundo Gardbaum: “Entre 1982 e 1998, três países da Comunidade Britânica, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido - países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional - adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um polo para o outro”. (GARDBAUM, 2017, p. 220-221).

Em 1992 foram editadas duas novas “Leis Fundamentais”, intituladas “Dignidade Humana e Liberdade” e “Liberdade de Profissão”.

Temos, portanto, que a institucionalização de direitos fundamentais se apresenta como um fator institucional que contribui para o fortalecimento do Poder Judiciário. Para além do reconhecimento dos direitos fundamentais no texto constitucional, a própria ideia de Constituição abrangente implica também na retirada de temas que poderiam ser tratados (ou ainda mitigados) pelas instituições políticas. Nesse sentido, atribuindo ao Poder Judiciário a possibilidade de tratar a respeito dessas matérias, mediante autorização constitucional, quanto mais abrangente for o espaço de sua atuação, maior será a possibilidade de seu fortalecimento.

Outro fator institucional que contribui para o fortalecimento do Judiciário diz respeito ao reconhecimento da sua função de revisor constitucional da legislação, sendo atividade que gera maior impacto na esfera política¹². A ampliação dos legitimados a propor os mecanismos de controle de constitucionalidade, principalmente quando tratamos do modelo de controle concentrado, gera a possibilidade do aumento de demandas que possam ser levadas ao Poder Judiciário, e nesse sentido, amplia-se também a possibilidade de judicialização da política. O aumento de demandas, por sua vez, também é um fator que fortalece o próprio Judiciário. No Brasil verificou-se um aumento do uso dos mecanismos de controle de constitucionalidade (ADINs) pelos partidos perdedores, nos processos eleitorais, o que acabou empurrando o Supremo para o centro de várias questões que seriam resolvidas, a princípio, pelo Congresso. A ampliação dos legitimados implicou no aumento de temas judicializados e, assim, no maior protagonismo do próprio Judiciário.¹³

De igual modo, a ampliação dos atos impugnáveis, em sede de controle de constitucionalidade, também abre espaço para o fortalecimento do Poder Judiciário. Na medida em que se aumenta as espécies de atos normativos que possam ser controlados pela Corte, maior será a possibilidade de o Judiciário se manifestar por questões que seriam tratadas pelas

¹² Importante é a ressalva feita por Arguelhes e Ribeiro no tocante à função que o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem tomando ao julgar os Mandados de Injunção e as ADPFs, bem como nas hipóteses de realizar controle de constitucionalidade de Emendas Constitucionais em que o processo eleitoral estaria violando cláusulas pétreas relacionadas aos direitos fundamentais, em que passa a tratar, antes mesmo de manifestação pelos poderes políticos, de questões constitucionais. Aqui, segundo o autor, o Supremo atuaria como Primeira Câmara do Parlamento, fazendo uma função inicial e não secundária no tocante aos temas políticos. Nestes termos, o Supremo estaria dando o *start* sobre decisões políticas, não atuando somente enquanto revisor das decisões políticas já tomadas pelos Poderes Políticos, mas como Câmara Inaugural. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016).

¹³ Nesse sentido, Werneck e Ribeiro “[...] A observação dos recursos de partidos políticos no STF desde 1988 parece corroborar o uso estratégico da Corte como ponto de veto: o PT ingressa com mais ações no STF durante o governo PSDB e vice-versa - observa-se que o PMDB, partido que compôs a coalizão em ambos os governos, não teve um comportamento estratégico no sentido indicado durante o período [...]”. (2016, p. 429-430).

entidades políticas, logo, mais uma condição se estabelece para o seu fortalecimento e expansão (BRANDÃO, 2012).

Os efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade também se apresentam como elementos que podem contribuir para o fortalecimento do Judiciário, já que a atribuição de efeito *erga omnes*, com possibilidade de modulação temporal dos seus efeitos, caso a caso, tornam o Judiciário mais forte na medida em que ele próprio controla o alcance das suas próprias decisões a partir de suas próprias razões (BRANDÃO, 2012). Sobre esse aspecto, assevera Brandão:

Assim, a atribuição dos efeitos temporais às decisões de inconstitucionalidade seria matéria de *política judiciária*, competindo à Corte decidir casuisticamente. Contudo, em *Griffith v. Kentucky* (1980), uma Suprema Corte crítica ao ativismo da Corte de Warren separou *Linkletter*, tendo *eliminado os limites à retroatividade em processos criminais*. Na ocasião, o Tribunal retornou ao entendimento original de que lei inconstitucional é nula de pleno direito, tendo inclusive asseverado que é contrária à “natureza da *judicial review*” conceder ao Judiciário a atividade essencialmente legislativa de modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade. Há, portanto, no debate constitucional norte-americano uma explícita associação entre, por um lado, ativismo judicial e atribuição ao Judiciário do poder de modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, e, por outro, autorrestrição judicial e efeitos necessariamente retroativos. (BRANDÃO, 2012, p. 81).

A respeito da modulação de efeitos e como a utilização dessa ferramenta processual pode contribuir para lançar o Supremo Tribunal Federal para o centro dos debates políticos, importante observar o contexto e as razões para a modulação dos efeitos quando do julgamento do recurso de embargos de declaração apreciado no bojo do Recurso Extraordinário de n. 574706/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

A discussão do Recurso Extraordinário girou em torno do conceito de “faturamento/receita” que serve como base de cálculo para a apuração dos tributos federais PIS e COFINS. O Supremo fixou o entendimento de que o ICMS não poderia compor a base de cálculo, faturamento, tendo em vista que embora o valor ingresse no fluxo financeiro da empresa, tem como titular o estado arrecadante. Assim, foi editado o tema 69 da repercussão geral com o enunciado “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

Segundo estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT, 2021) mencionado entendimento fixado pelo Supremo, em sede de Recurso Extraordinário com efeito *erga omnes* (tramitação pela via da Repercussão Geral), representou uma perda de cinquenta e um bilhões de reais a título de arrecadação, diante da necessidade de

realizar a devolução dos tributos cobrados nos últimos cinco anos do ajuizamento da ação julgada. Ainda, para além dos tributos que deveriam ser devolvidos aos contribuintes, a decisão geraria uma redução na ordem de vinte e cinco vírgula trinta bilhões de reais por ano para a União.

Portanto, a decisão sobre a constitucionalidade ou não da cobrança gerou impacto financeiro direto na capacidade de arrecadação da União e, via de consequência, quanto a possibilidade de promoção de políticas públicas pelo Estado. Daí a centralidade da decisão do Supremo quanto a questões de ordem política. Nesse sentido, é importante analisarmos algumas das razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal quanto à modulação dos efeitos da decisão, de modo a verificar em que medida a análise da competência para a modulação de efeitos pode trazer o Supremo para tratar de questões de ordem política ou não.

Segundo o entendimento manifestado pela Relatora, ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, até o reconhecimento da Repercussão Geral do caso, não reconhecia matéria constitucional relacionada ao tema, deixando ao Superior Tribunal de Justiça a competência para resolver os litígios envolvendo a exclusão ou manutenção do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Ocorre, todavia, que a tese fixada posteriormente pelo Supremo foi diversa daquela que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça, quando do exercício de sua função de uniformização da interpretação da lei federal. Logo, invocando o princípio da segurança jurídica, a ministra entendeu que seria importante modular os efeitos da decisão proferida (BRASIL, 2021, p. 23).

Acentuou, ainda, que embora o entendimento fixado traria prejuízo em desfavor do Estado, citando voto do Ministro Barroso, afirmou que “[...] na medida em que a arrecadação tributária também se destina a viabilizar a efetivação de direitos fundamentais da população e se comprometimento inesperado e retroativo - inclusive com a litigiosidade decorrentes dos pedidos de repetição - não deve ser respaldado pelo direito [...]” (BRASIL, 2021, p. 27-28).

O ministro Dias Toffoli afirmou, ainda, que “[a] exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, provocada pela decisão que chegou a Corte no julgado ora embargado, resulta, como não poderia deixar de ser, em redução da carga tributária de tais contribuições e, conseqüentemente, da receita pública federal”. Em seguida: “[...] destaco que a notícia do Valor Econômico de 15/3/19, já apontava que 'contribuintes ajuizaram 25 mil ações para excluir o ICMS da base do PIS e da Cofins. No anexo de riscos fiscais constante da Lei n. 13.898/19, a qual dispôs sobre as diretrizes para elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020, a

União estimou que a decisão da Corte a respeito do tema causaria impacto de R\$ 45,8 bilhões para 1 ano e de R\$ 229 bilhões para 5 anos” (BRASIL, 2017, p. 217)”. Fez constar, ainda, “Os números realmente impressionam. Não é por menos que veículos de comunicação já indicaram ser esta “a maior causa tributária na mais alta Corte do País” (JOTA), sendo ela acompanhada de perto pelo Ministério da Economia (BRASIL, Rec. Ext. n. 574.706/PR, 2017, p. 128).

Importante observar que essa consideração apresentada pelo ministro Toffoli fora realizada justamente no capítulo do seu voto em que passou a analisar a modulação temporal dos efeitos do acórdão proferido pelo Supremo. E para justificar a modulação temporal dos efeitos apresentou razões relacionadas aos impactos econômicos que a decisão geraria aos cofres públicos, indicando, inclusive, preocupação do Ministério da Economia, que estaria acompanhando o desenvolvimento da demanda de perto. O próprio artigo 27 da Lei n. 9868/99 estabelece que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em **vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (g.n.).

Portanto, é de se observar do dispositivo legal, que o próprio legislador ordinário permitiu, com base nas cláusulas gerais “razões de segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”, estabelecer a modulação temporal dos efeitos da decisão, permitindo aos ministros do Supremo a apresentação de razões que vão para além de razões estritamente jurídicas.

Vejam, que no caso do RE 574.706/PR os ministros, indicam, que a disputa sobre a inclusão ou a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS remontava, ainda, ao ano de 1999, tendo o Superior Tribunal de Justiça debatido a questão por vários anos, retornando a matéria ao Supremo, em sede de procedimento da Repercussão Geral, no ano de 2017. E com fundamento na segurança jurídica justificaram a modulação dos efeitos da decisão, tendo como marco inicial o julgamento do Recurso Extraordinário (15 de março de 2017) e não a data do ajuizamento da ação principal. Nesse sentido, todas as demandas ajuizadas após o termo fixado pelo Supremo, só poderiam reclamar a exclusão do ICMS da base de cálculo após o ano de 2017, não podendo retroagir ao prazo prescricional quinquenal contados do ajuizamento da ação.

O que se quer determinar aqui é que as razões para a modulação temporal das decisões, como no caso acima indicado, dando cumprimento ao disposto no art. 27 (segurança jurídica e interesse social), são razões de conteúdo econômico e consequencialistas, portanto, que seriam realizados pelos Poderes Políticos, mas, que acabam sendo apresentadas pelo Supremo. Como indicado no voto do ministro Dias Toffoli, a decisão foi acompanhada de perto pelo Ministério da Economia, daí se afirmar que o Supremo Tribunal Federal passa a exercer um papel de destaque nas questões políticas do país, quando da apresentação de razões para a modulação de efeitos das suas decisões. Logo, a modulação de efeitos também se apresenta como um elemento importante para se abrir caminho para a expansão e fortalecimento do Poder Judiciário.

Ademais, quanto maior for o rol de competências da Corte, maior será a possibilidade de atuar sobre matérias que seriam tratadas, ordinariamente, pelos órgãos políticos, portanto, o fator competência institucional também pode contribuir para o fortalecimento do Poder Judiciário.

Para além das condições institucionais e políticas, outro aspecto importante que pavimenta o caminho para o fortalecimento do Poder Judiciário diz respeito às denominadas “condições interpretativas”. Não basta a existência de enunciados normativos constitucionais que positivem princípios normativos, é necessário, também, que o próprio Judiciário compreenda que há, entre as suas atribuições, aquela destinada a realizar juízos de ponderação a respeito de princípios e valores constitucionais quando do exercício do controle de constitucionalidade. Logo, uma vez compreendendo que sua função é também uma função de juiz ativista, que deve realizar juízo de valor a respeito do conteúdo material dos princípios e valores constitucionais, essa dinâmica hermenêutica também contribuirá para o fortalecimento do Poder Judiciário (BRANDÃO, 2012).

Essas constatações nos permitem afirmar que as aberturas existentes no campo da interpretação constitucional também abrem espaço para o fortalecimento e expansão do Poder Judiciário. Por outro lado, não se quer com isso admitir que aberturas interpretativas (principalmente da forma como já se defendeu no Brasil, a partir de um sincretismo metodológico denunciado por Silva¹⁴) são desejáveis ou queridas, sem realizar juízos a respeito

¹⁴ Conforme explica Silva: “[...] Como conclusão, ficam algumas poucas palavras sobre um fenômeno que, no Brasil, vem ganhando proporções cada vez maiores, fenômeno que eu chamaria de ‘sincretismo metodológico’. Esse *sincretismo metodológico*, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem. Como exemplo desse fenômeno, pode ser mencionada, para manter-me dentro do tema deste

da contribuição dessas perspectivas para a proteção dos direitos fundamentais, por exemplo. O que buscamos identificar é que a existência de perspectivas (tanto na doutrina, quanto na jurisprudência) de que a interpretação do Direito está aberta à realização de juízos morais, valorações, da aplicação da máxima da ponderação e de princípios constitucionais, abre espaço para que o Judiciário, uma vez querendo assumir uma postura protagonista, possa lançar mão de uma postura ativista a partir dessas possibilidades interpretativas. E isso não implica em afirmar que seja algo normativamente querido ou desejável, mas, ao contrário, merece críticas a partir da própria ideia de legitimidade democrática que buscamos defender neste trabalho.

Feitas essas considerações, passaremos a analisar no próximo item quais condições permitiram a expansão do Poder Judiciário no Brasil e, em que medida isso poderá contribuir para a compreensão da aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais no Supremo Tribunal Federal.

artigo, a recepção da distinção entre regras e princípios e a recepção da chamada teoria estruturante do direito, difundida no Brasil por meio da obra de Friedrich Müller [...]” (SILVA, 2003, p. 626-627).

2.2 Fortalecimento do Poder Judiciário no Brasil pós Constituição de 1988

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, não havia no Brasil condições institucionais e políticas suficientes para se promover o fortalecimento e centralização do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal¹⁵, no que se refere à tomada de decisões das questões políticas mais caras à sociedade (BRANDÃO, 2012). Também nesse sentido defende Godoy:

No Brasil, até 1988, o Poder Judiciário não tinha um papel preponderante na interpretação e aplicação da Constituição. Ao contrário, antes de 1988, as constituições brasileiras eram quase sempre tomadas por seus intérpretes e aplicadores apenas e tão somente como organização do Estado e repartição de competências, e não como norma a ser seguida, obedecida e cumprida. É evidente que cada uma das constituições que foram promulgadas ou outorgadas (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 - as duas últimas estabelecidas pela Ditadura Militar instalada no País a partir de 1964) tinham características particulares que influenciaram, dessa forma, a organização do Estado e o funcionamento das instituições. No entanto, todas elas tinham como ponto comum a necessidade de atuação preponderante do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e não do Poder Judiciário, para se fazerem concretas. Vale dizer, até a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário não exercia um papel protagonista na aplicação da Constituição. (GODOY, 2015, p. 29).

Para Barroso, no Brasil do Regime de 1964, havia duas perspectivas teóricas que permeavam a doutrina e os estudos constitucionais:

Ao longo desse período, a teoria e o direito constitucional oscilaram entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, o pensamento constitucional tradicional, capturado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista, puramente descritiva das instituições vigentes, incapaz de reagir ao poder autoritário e ao silêncio forçado das ruas. De outro lado, parte da academia e da juventude havia migrado para a teoria crítica do direito, um misto de ciência política e sociologismo jurídico, de forte influência marxista. A teoria crítica enfatizava o caráter ideológico da ordem jurídica, vista como uma superestrutura voltada para a dominação de classe, e denunciava a natureza violenta e ilegítima do poder militar no Brasil. [...]. (BARROSO, 2015, p. 26).

¹⁵ Na concepção de Victor: “A supremacia judicial nunca foi regra pacífica desde os primórdios de nossa vida republicana, pelo menos. No início do século XX, o Supremo Tribunal Federal passou por uma fase interessante de sua história, na qual se pôs a construir o que ficou conhecido como a doutrina brasileira do *habeas corpus* [...] Uma série de decisões foi editada pela Corte na construção da doutrina que alargaria as hipóteses de conhecimento do *habeas corpus* para alcançar constrangimentos ‘a liberdades outras que a de ir e vir’, porém desde que a ela relacionadas”.

[...] o Presidente Hermes da Fonseca recusou-se a cumprir a decisão do STF e informou, por intermédio de ofício do Ministério da Justiça e de mensagem ao Congresso Nacional, que a concessão do *habeas corpus* por meio daquela nova doutrina extrapolava as funções do Poder Judiciário [...] E essa foi, ainda na infância da República, um episódio de superação, pelo Presidente da República, por meio da edição de um decreto, de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal (2015, p. 218-219).

De um lado havia uma construção teórica e prática jurídica constitucional que reforçava elementos históricos, em uma perspectiva meramente historicista. Por outro lado, a análise crítica, voltada a questionar os elementos tradicionais que permeavam as instituições, principalmente aquelas embebidas em valores conservadores e autoritários, reforçados pelo regime de 1964, passou pela Escola da Análise Crítica do Direito, como o Direito achado na Rua, mas que possuíam, em alguma medida, uma perspectiva marginal.

Por outro lado, foi o contexto político-institucional que pairava sobre o movimento constitucionalista pré e pós-Constituição de 1988 que abriu caminho para um longo processo de expansão do Poder Judiciário no Brasil. Por conta dessa constatação, faremos um recorte de análise do fortalecimento do Poder Judiciário e do fenômeno da Supremacia Judicial a partir do cenário estabelecido pela Constituição Federal de 1988. O papel do Judiciário está ligado ao paradigma do Estado Democrático de Direito que, segundo Streck, implica uma constituição social dirigente e compromissória. Talvez esse seja o lugar "natural" do Judiciário no modelo que estamos tratando. (STRECK, 2002).

Dando continuidade à análise iniciada na seção anterior, passaremos a analisar as “condições políticas”, “condições institucionais” e “condições da interpretação” que contribuíram para o fortalecimento do Poder Judiciário no período que sucedeu à promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1988 representou um marco jurídico do processo de redemocratização do país, indicando um processo de transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto de redemocratização, o processo expansionista do Judiciário, como um fenômeno político institucional, se revelou, naturalmente, como um processo de idas e vindas, de afirmação e testes da própria autoridade do Poder. Logo, não foi o mero reconhecimento institucional de suas competências ou a melhora do seu *design* estabelecido no novo documento constitucional que estabeleceu um *novo* Judiciário. Isso se apresentou como um fruto, também, de disputas políticas, portanto, como algo que se desenvolve em um processo histórico. É nesse sentido que, a respeito do protagonismo do Poder Judiciário na atuação das questões políticas, Werneck e Ribeiro afirmam que:

O diagnóstico da “Supremocracia”, concorde-se ou não com ele, nada tem de trivial. A centralização crescente nas mãos da corte suprema ou tribunal constitucional está longe de ser o único cenário possível em termos das relações entre poderes, mesmo em um país no qual tribunais realizem controle de constitucionalidade. Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, aliás, falar em “Supremocracia” provavelmente teria gerado perplexidade. De um lado, cientistas políticos em larga medida se sentiam confiantes para explicar o sistema político do país praticamente

sem qualquer referência à atuação desse ilustre desconhecido, o Supremo. De outro lado, juristas que defendiam modelos mais agressivos e atuação judicial se viam frustrados pela reticência dos ministros em utilizar poderes que a Constituição tinha expressamente colocado à sua disposição. Ambos os grupos, juristas e cientistas sociais, provavelmente concordariam que o STF não ocupava na época um lugar de destaque. [...] (WERNECK; RIBEIRO, 2016, p. 406).

Ao estabelecer o governo presidencialista, sistema eleitoral proporcional com lista aberta para o legislativo federal, estadual e municipal (exceto Senado, que segue o sistema majoritário), e o federalismo, a Constituição de 1988 construiu um cenário de forte fragmentação do poder político. E como já vimos, a existência de fragmentação de poder implica em fragmentação de funções e em chamamento do Judiciário para resolver questões de coordenação. É nesse sentido que se sustenta que o desenho institucional estabelecido pela nova ordem constitucional abriu caminho para o fortalecimento do Judiciário (BRANDÃO, 2012).

O pluralismo partidário, o federalismo e o sistema proporcional de lista aberta seriam elementos que estimulariam aquilo que Sérgio Abranches chamou de presidencialismo de coalizão, em virtude de o Brasil “ser o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões” (BRANDÃO, 2012, p. 120).

Neste contexto, podemos afirmar que a ideia de uma pluralidade de partidos políticos, a atuação individualista dos parlamentares, em conjunto com o desenvolvimento do federalismo se apresentam como *condições da política* que contribuiriam sobremaneira para o fortalecimento do Poder Judiciário, na medida em que os próprios partidos políticos (que são múltiplos e fragmentados) acabam se socorrendo de forma estratégica do Poder Judiciário como forma de revide às derrotas no processo legislativo ou a busca da manutenção do *status quo*, conforme já articulado na seção anterior. Essa dinâmica pode se apresentar como um caminho que atrairia o Poder Judiciário para o centro da arena política.

Quanto às condições institucionais, a positivação do extenso catálogo de direitos fundamentais promovido pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo, inclusive, o princípio vetor da dignidade da pessoa humana como fundamento da República em seu art. 1º, III, aliada à eficácia imediata (art. 5º, §1º), *status* de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV) e hierarquia constitucional dos tratados que fixam direitos humanos (art. 5º, §3º), estabelece um cenário de centralização desse tema para o desenvolvimento das escolhas políticas, que pode

permitir a centralização também do próprio Poder Judiciário ao apreciar demandas que reclamam a observação dos direitos fundamentais (BRANDÃO, 2012).

Ficou mantido na Constituição cidadã o controle misto de constitucionalidade, ampliando os legitimados à propositura dos mecanismos de controle direto de constitucionalidade (controle abstrato). Nesse contexto, a pluralidade de partidos e o aumento de legitimados à propositura do controle de constitucionalidade acabam por criar um cenário de possível aumento de participação do Poder Judiciário nas tomadas de decisões de questões que a princípio deveriam ser tomadas pelos Poderes Políticos, na medida em que passa a haver o uso do controle de constitucionalidade como mecanismo político da oposição. Nesse sentido, escreve Brandão:

O uso do controle de constitucionalidade por partidos de oposição é claramente comprovado por números: enquanto no governo Fernando Henrique Cardoso os partidos de esquerda (oposição) foram responsáveis por 63,3% das ADIs, e os de direita (que compunham a “base aliada”), por 18,9%; com a eleição de Luis Inácio “Lula” da Silva para a presidência a relação se inverteu: os partidos de esquerda, agora no governo, propuseram 6% das ADIs, ao passo que os partidos de direita ajuizaram 73% das ADIs do período. Ainda mais emblemática é a atuação do Partido dos Trabalhadores: enquanto no governo FHC foi o líder isolado de ADIs, respondendo por 57,3% das ações propostas neste período, no governo Lula o PT não propôs uma ADI sequer. (BRANDÃO, 2012, p. 122).

Arguelhes e Ribeiro (2016) fazem uma importante constatação quanto ao uso de outros mecanismos de controle de constitucionalidade que permitem a ampliação do objeto legislativo controlado. Na medida em que as ADIs podem ser utilizadas para o controle de constitucionalidade tão somente dos atos legislativos constituídos pós-Constituição, as ADPFs e os Mandados de Injunção podem atacar atos legislativos anteriores e também omissões legislativas, respectivamente. Para além de se pensar o que cada instrumento processual constitucional pode atacar, todas as ferramentas contribuem para o processo de fortalecimento do Poder Judiciário e sua centralização no processo de tomada de decisões políticas, na medida em que o Judiciário é chamado de forma estratégica para a arena política pelos partidos de oposição ou vencidos no processo legislativo.

No entanto, não só os partidos políticos contribuem com esse processo. As associações foram responsáveis por 24,09% das ADIs entre os anos de 1988 a 2005, perdendo somente para os governadores de estado, que apresentaram 26% do mesmo instrumento no período. Assim, a sociedade civil organizada também passou a utilizar o Judiciário como espaço para disputas políticas, o que foi reforçado pela lei 9.868/99 que criou a figura do *amicus curiae* e da audiência pública (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011).

Para além da ampliação dos legitimados e do objeto de atos normativos passíveis de controle de constitucionalidade e da própria atribuição de efeito *erga omnes* e não meramente *inter pars* no controle difuso de constitucionalidade, também se apresenta como uma importante circunstância institucional que contribui para o fortalecimento e expansão do Poder Judiciário. Nesse sentido, escreve Brandão:

[...] certamente as inovações mais impactantes, nesse ponto, são a *súmula vinculante e a repercussão geral*. Com efeito, a EC n. 45/2004, mediante a introdução do art. 103-A da Constituição, permitiu que o STF, na hipótese de ter proferido reiteradas decisões em matéria constitucional, que sejam objeto de controvérsias cuja demora no deslinde cause grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, edite súmula vinculante, mediante quórum qualificado de dois terços. Note-se que tais súmulas, embora frutos de decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental, produzem efeito vinculante (como no controle abstrato e concentrado), de molde que, se autoridade administrativa ou judicial não seguir a sua orientação, caberá reclamação perante o STF. Por outro lado, após o STF ter se pronunciado sobre a questão em relação à qual reconheceu a presença de repercussão geral, se os Tribunais de origem não se retratarem, poderá o STF *cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada* [...] (BRANDÃO, 2012, p. 122).

Temos, portanto, que mesmo no exercício de controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer jurisdicionado pode ter acesso, identifica-se mais um caminho para o Judiciário buscar uma centralização no processo de tomada de decisões de conteúdo político, tal como ocorrera no julgamento do Recurso Extraordinário de n. 574.706/PR.

Para além da atribuição de efeito *erga omnes*, e possibilidade de edição de Súmulas Vinculantes, há também a possibilidade de se defender a chamada transcendência dos motivos determinantes dos acórdãos proferidos pelo Supremo, portanto, permitindo que as razões do acórdão e não somente seu dispositivo e a modulação de efeitos temporais de suas decisões se apresentem, também, como mecanismos institucionais que fortalecem o Poder Judiciário quando do exercício da sua função de controle de constitucionalidade. A transcendência dos motivos determinantes como construção jurisprudencial pode ser lida em conjunto com a constatação de Arguelles de que o próprio STF, por meio de sua jurisprudência, amplia seus poderes e competências, conforme veremos em seguida. No tocante a esse tema, detalhou Brandão:

O *leading case* foi a Reclamação n. 1.9787-0/DF. A questão dizia respeito à Instrução Normativa n. 11/1997, do TST, que equiparara o não pagamento e o pagamento inidôneo (a menor ou intempestivo) de precatório à preterição da sua ordem de pagamento, com vistas a permitir o sequestro das respetivas verbas públicas. No bojo da ADI 1.662, o STF declarou a inconstitucionalidade da mencionada instrução normativa, sob o argumento de que ato infraconstitucional não poderia criar novas hipóteses de sequestro de verbas públicas, para além daquela prevista na Constituição (preterição da ordem de pagamento de precatórios). Não obstante, a Presidente do

TRT da 10a Região determinou o sequestro de verbas públicas em hipóteses que não a de preterição na ordem de pagamento de precatórios, fundamentando a sua decisão na EC n° 30/2000, que nada inovara nesse ponto. [...] O Governador do DF propôs a referida reclamação, na medida em que vislumbrou o descumprimento pela Presidente do TRT da 10a Região da decisão proferida pelo STF na ADI 1.662. É interessante repisar que o dispositivo desta decisão apenas invalidara a Instrução Normativa n. 11/1997, e a decisão questionada não usara tal norma na sua fundamentação, mas sim a EC n. 30/2000. Todavia, a decisão em si determinou o sequestro de verbas públicas em hipóteses distintas da preterição da ordem, precisamente a medida reputada inconstitucional na fundamentação da decisão na ADI. (BRANDÃO, 2012, p. 126).

Nessa toada de fortalecimento e expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal, vem também o art. 27 da Lei 9.882/1999, que permite ao STF modular temporalmente os efeitos de suas decisões que declaram a inconstitucionalidade de ato normativo. Todas essas construções institucionais são elementos que abrem espaço para a expansão e o fortalecimento do próprio Poder Judiciário, mas, apenas abrem espaço, pois o fortalecimento e expansão somente ocorrerá se houver a assunção de um comportamento em que se exerça, na prática, tais poderes.

Esses aspectos, adicionados ao fato de o STF assumir, em decorrência de suas competências, a função de tribunal constitucional, foro especializado e tribunal de apelação de última instância contribuem, de sobremaneira, para a sua expansão.

Tratando das chamadas “condições interpretativas”, Brandão afirma que o desenvolvimento do Direito Constitucional brasileiro até a Constituição Federal de 1988 foi marcado por uma compreensão legalista, fundamentada no mito “da lei perfeita”, na medida em que o campo de indeterminação das normas deveria ser preenchido pelo Poder Legislativo, sem a atuação do Judiciário, sob pena de usurpação de poderes. Por tais razões (decorrentes da atividade de controle de constitucionalidade), ao Judiciário caberia a função de “legislador negativo”, apenas verificando a compatibilidade entre as normas constitucional e infraconstitucional, resumindo-se a analisar aspectos formais de competência e procedimento.

É importante salientar que, como muito bem já demonstrou a escola do positivismo crítico de Hans Kelsen, bem como de Herbert A. Hart, a abertura semântica da própria linguagem torna o formalismo jurídico insustentável, de tal maneira que fica superado o mito do exaurimento do Direito no mero enunciado normativo. Mas aqui, o objetivo é demonstrar qual a perspectiva e a leitura que se fazia da função do Direito e da lei, principalmente no tocante à atuação do Poder Judiciário, no momento anterior ao período de transição democrática. A respeito do tema, escreve Brandão:

Diante desse cenário, pode-se dizer que, até o advento da Constituição de 1988, o Brasil adotou o modelo de jurisdição constitucional típico do positivismo jurídico, que se caracteriza por um *minimalismo constitucional*: ao lado de uma Constituição dotada de poucos dispositivos providos de eficácia jurídica (especialmente os que veiculavam competências e procedimentos, além de poucas regras constitucionais “substantivas”), a jurisdição constitucional se limitava à prática de um juízo técnico-jurídico de compatibilidade entre lei e a regra constitucional. (BRANDÃO, 2012, p. 132).

Essa baixa força normativa da Constituição, permitiu a construção de um cenário em que a lei infraconstitucional, dotada de maiores elementos de definitividade, possuísse mais força que a própria lei fundamental, o que implicava em uma atuação do Judiciário de autocontenção ou de afastamento quando lhe era exigida a função de controle de constitucionalidade baseado na compatibilidade da lei com princípios constitucionais abstratos. A atuação do Judiciário se dedicava a apresentar argumentos direcionados à “discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público e a doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas”. (BRANDÃO, 2012, p. 132).

Esse cenário foi se modificando ao longo dos anos, tendo a Teoria Crítica desempenhado um importante papel. Para além disso, o *constitucionalismo brasileiro da efetividade*:

[...] reverteu essa tendência, na medida em que investiu no potencial emancipatório da Constituição. Esforços pioneiros nesse sentido foram feitos por Meirelles Teixeira que, ainda na década de 1950, utilizou o magistério de Vezio Crisafulli para criticar a tradicional distinção entre normas constitucionais autoaplicáveis e não autoaplicáveis, sob o argumento principal de que mesmo as normas constitucionais mais abstratas produziram alguma eficácia jurídica. Assim, a sua distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada não se calcava numa rígida dicotomia entre a produção, ou não, de eficácia jurídica, mas na distinção entre o grau de eficácia produzida pelas respectivas normas. Por sua vez, em 1967, José Afonso da Silva publicou seu clássico *Aplicabilidade das normas constitucionais*, no qual - comungando da premissa de que qualquer norma constitucional, sendo norma jurídica, deve produzir alguma eficácia - concebeu a sua célebre classificação tripartite das normas constitucionais, que se dividiam em normas de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*, de *eficácia contida* e *aplicabilidade imediata*, e de *eficácia limitada e aplicabilidade mediata*. (BRANDÃO, 2012, p. 133).

Portanto, o que se observa é que passa a ocorrer um processo de fortalecimento da normatividade da própria Constituição. E uma vez reconhecida a força normativa da Constituição, maior será o espaço para a atuação do próprio Judiciário nesse contexto. Verdade que o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais não decorre, necessariamente, da existência de uma Constituição escrita que cataloga direitos fundamentais (como já nos demonstrou Gardbaum). Mas o que se busca demonstrar aqui é que a existência desses espaços

de atuação permite a construção, também, de um espaço de fortalecimento do Poder Judiciário. Esse cenário de potencialização da normatividade constitucional se intensifica:

[...] quando ocorre o processo de transição para a democracia na década de 1980, constitucionalistas como Luís Roberto Barroso e Clèmerson Clève reconstróem a doutrina brasileira da efetividade, chamando atenção para o plano da eficácia social, que consiste na aferição da real produção dos seus efeitos no mundo dos fatos. A propósito, Barroso criticava a *insinceridade normativa* da Constituição, ou seja, o uso dos generosos catálogos de princípios constitucionais como instrumentos de dominação ideológica, através de promessas que já se sabia de antemão que seriam honradas. [...] A premissa básica dessa renovada doutrina é a adoção de um *positivismo constitucional*: se as normas constitucionais são normas jurídicas, elas gozam do atributo da imperatividade que lhes é próprio, de modo a autorizar a sua aplicação pelo Judiciário. Note-se que não se cuidava de reduzir a norma constitucional a uma norma jurídica, mas, sim, de elevá-la a tal condição, pois, em nossa história, a Constituição foi mais *norma diretiva fundamental* aplicada aos poderes políticos, e menos *norma fundamental de garantia* aplicada pelo Judiciário, ou, em outras palavras, exerceu com maior frequência a função de documento político do que de norma jurídica. Percebe-se, portanto, que o argumento básico da doutrina da efetividade não é moral ou filosófico, mas fundado no direito positivo, de maneira que tal concepção teórica se mantém vinculada à tradição de atribuir maior ou menor eficácia à norma de acordo com a forma da sua positivação (grau de densidade normativa). (BRANDÃO, 2012, p. 134).

O que temos como consequência desse fenômeno: “[a] figura central da doutrina da efetividade é, naturalmente, o juiz, e o seu impacto institucional *é a ascensão do poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel destacado na concretização dos valores e direitos constitucionais*”. (BRANDÃO, 2012, p. 134).

É nessa medida que passa a se sustentar, no Brasil, um *positivismo de combate* na medida em que atribui-se à Constituição *status* de norma jurídica, permitindo ao jurisdicionado reclamar perante o Poder Judiciário direitos subjetivos derivados do texto constitucional. Logo, ainda que possuidora de textos abstratos, a Constituição permitiu uma atuação do Poder Judiciário mesmo que se deparasse com a atuação omissa do Legislativo na complementação do sentido constitucional. Mas, ainda, essa leitura encerra à Constituição uma perspectiva prioritariamente jurídica, deixando de lado as promessas políticas do próprio texto constitucional. Quanto à perspectiva do positivismo, Godoy apresenta importante consideração:

Ressalva-se, no entanto, que a ideia de positivismo constitucional invocada por Barroso não deixa exatamente claro de que positivismo está a se falar nesse momento. É de depreender-se que tal ideia em realidade seja equivalente à de direito positivo, ou seja, a compreensão do direito que guarda relação com o Estado e é por ele sancionado. Uma compreensão, portanto, bastante diferente da concepção kelseniana de positivismo jurídico, dominante nos sistemas de tradição romano-germânica, que compreendeu o Direito como um sistema fechado de regras abstratas e universais, completamente separado da política e da moral. Destaque-se ainda, nesse período, a

importância da obra de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais e a sua proposta de classificação, que buscava justamente dar concretude às previsões constitucionais. (GODOY, 2015, p. 31).

Podemos esboçar um refinamento do conceito de “positivismo constitucional” referenciado no debate constitucional brasileiro apresentado acima. Segundo Dyzenhaus (2006, p. 68), o positivismo constitucional está dentro da tradição mais ampla do positivismo jurídico que é “hostil à revisão judicial por razões políticas relacionadas à garantia de que o direito é criado pela legislatura, já que é na legislatura que juízos coletivos sobre o bem comum são apropriadamente realizados”. No entanto, o que destaca o positivismo constitucional dentro dessa tradição, é que ele se caracteriza como uma “postura prática” que busca manter o ideal positivista de um direito inteiramente determinado e factual em conciliação com o sistema real que demanda uma interpretação judicial mais robusta. (DYZENHAUS, 2006, p. 69).

Nesse sentido, a atitude prática do juiz associado ao positivismo constitucional envolve os seguintes compromissos:

Esses juízes se comprometem com seus entendimentos da doutrina da supremacia legislativa de aplicar o direito promulgado de uma maneira fiel à ideia de que a legislatura possui o monopólio de criação do direito, então os juízes devem vislumbrar as leis como fontes de regras com conteúdo determinado. [...] Eles fazem seu melhor para justificar aquele papel por meio da doutrina rígida da separação de poderes. Enquanto a legislatura tem o monopólio da criação do direito, eles possuem o monopólio da interpretação jurídica. Mas, eles exercem seus monopólios tentando ser verdadeiros com suas compreensões do direito e buscando resolver a tensão entre as supremacias competidoras do Parlamento e do judiciário, amarrando o judiciário aos comandos legislativos. (DYZENHAUS, 2006, p. 69).

Assim, o positivismo constitucional não se opõe à interpretação constitucional, e, além disso, aceita que:

Uma sociedade deve assegurar que seu direito seja consistente com os tipos de compromissos constitucionais comumente encontrados nas cartas de direito entrincheiradas, assim como nos arranjos gerais de direitos humanos encontrados nos tratados internacionais de direitos humanos. (DYZENHAUS, 2008, p. 140).

Lado outro, é possível afirmar que há um ganho com os desenvolvimentos teóricos ocorridos a partir da concepção de Constituição Dirigente, tendo como expoente o professor de Coimbra, J. J. Canotilho. Neste sentido, ainda que se tenha a abstração natural dos enunciados normativos que buscam a tutela de direitos fundamentais, caberia ao Poder Judiciário também fazer cumprir as promessas da Constituição. Neste termos:

[...] preocupado em não deixar a concretização da Constituição à livre-discrição do legislador, o professor de Coimbra considerava que determinadas normas

constitucionais finalísticas veiculariam “imposições constitucionais”, de modo que a edição de lei para a realização de uma finalidade estabelecida na Constituição, antes vista como questão meramente política, passa a ser tratada como uma questão de cumprimento da Constituição (questão de direito). (BRANDÃO, 2012, p. 135).

A Constituição dirigente, nestes termos, por meio das normas programáticas estabelece ações e transformações ao Estado voltadas para o futuro. E nesse sentido, impõe deveres ao legislador ordinário e transfere ao Poder Judiciário a função de controle da atuação do Legislativo no cumprimento dessa função (GODOY, 2015). Temos, portanto, mais uma leitura que fortalece o processo de judicialização da política (a partir de um conceito mais amplo e fraco de constitucionalização da política), que traz mais uma vez o Poder Judiciário para o centro dos debates sobre questões de política, contribuindo para o seu fortalecimento. Nesse sentido, o constitucionalismo dirigente resultaria em maior protagonismo judicial na medida em que:

[...] a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favorecia o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”. (BRANDÃO, 2012, p. 136).

Para além da adoção da Teoria da Constituição dirigente, houve também o desenvolvimento de inúmeros trabalhos na academia e diversas decisões proferidas pelo Poder Judiciário adotando a chamada Teoria dos Princípios, Ponderação de Interesses, Teorias da Argumentação, Proporcionalidade e Razoabilidade etc. O que todas essas teorias compartilham é a ideia da supremacia da Constituição, a força normativa dos seus enunciados normativos (que possuem conteúdos morais e valorativos) dos quais decorrem direitos subjetivos e a centralidade do Poder Judiciário no processo de concretização desses direitos, ainda que isso exija uma atuação ativista. É nesse contexto em que se desenvolvem teorias pós-positivistas denominadas de neoconstitucionalistas. Sobre as raízes e os compromissos teóricos do movimento neoconstitucionalista brasileiro, Brandão destaca que:

[...] surgiu um grande número de obras sobre o tema, e, apesar de algumas adotarem um viés crítico, pode-se dizer que há certa confluência acerca dos contornos gerais do neoconstitucionalismo: *valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito, e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição*. (BRANDÃO, 2012, p. 138). (Destaque no original).

As vertentes *neoconstitucionalistas* permitiram a construção de uma perspectiva em que, da Constituição Federal, poderia se extrair normas-princípios que justificariam toda e

qualquer decisão judicial, para todo e qualquer problema jurídico e político, inclusive para controlar regras jurídicas dotadas de objetividade e definitividade já estabelecidas previamente pelo próprio legislador.

No primeiro rascunho sobre o controle de constitucionalidade da Constituição de 1891, Streck afirma que, ao Legislativo, havia sido atribuída a função de "estabelecer a interpretação autêntica e de velar pela guarda da Constituição", mas esse trecho foi suprimido pela revisão posterior feita pelo Rui Barbosa (entusiasta do modelo americano e de *Marbury v. Madison*). (2002, p. 340).

Nessa dimensão, o Supremo, ao se apresentar como o guardião da Constituição, acabaria por se sobrepor aos demais Poderes. Assim, “[...] o neoconstitucionalismo redundaria em um *positivismo jurisprudencial*, cujo protagonismo dos juízes equivaleria à transformação da Suprema Corte de guardiã a substituta do poder constituinte” (BRANDÃO, 2012, p. 139-140). A respeito do conceito do neoconstitucionalismo, Godoy pontua:

[...] o neoconstitucionalismo pode ser caracterizado pelo “reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais (...); reaproximação entre Direito e a Moral e a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. O neoconstitucionalismo, assim, tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, nas possibilidades de que ele, por meio da aplicação das normas constitucionais, realize os objetivos emancipatórios previstos na Constituição. O neoconstitucionalismo tem, em suma, se destacado especialmente por conferir um protagonismo ao Poder Judiciário, transformando os juízes em geral e as cortes constitucionais em particular nos principais detentores do poder de aplicação das normas constitucionais, caracterizando-se, assim, por um positivismo jurisprudencial, segundo o qual o conteúdo e alcance das normas constitucionais são definidos não mais pela política democrática, mas sim, por juízes e cortes.

No passo da expansão associada ao movimento do neoconstitucionalismo brasileiro, Barroso argumenta que a centralização do Poder Judiciário teve como principal marco a reconfiguração institucional tanto das Constituições no lugar das Leis, bem como a criação de Cortes Constitucionais no pós Segunda Grande Guerra. Nesse sentido, Barroso (2015, p. 28) atribui ao fenômeno pós-guerra do neoconstitucionalismo as seguintes características:

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco *filosófico*, o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco *histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2a Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco *teórico*, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos

princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter *descritivo* de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão *normativa*, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. (BARROSO, 2015, p. 28).

Barroso passa a associar uma ideia de centralização ou protagonismo do Poder Judiciário ao processo de fortalecimento das Constituições dos países pós-guerra. Em verdade, foi a centralização das Constituições e dos seus valores indicados, a partir de então, como o centro de comando valorativo do ordenamento jurídico que se percebeu a necessidade de se possuir um Poder Judiciário independente e forte para a manutenção das instituições e dos valores democráticos.

Ao construir sua argumentação pelo fortalecimento do Poder Judiciário no Século XX, Barroso afirma que este período foi marcado pela vitória de duas ideias, a saber: o constitucionalismo, como ideia de que o poder deve ser limitado pelo Direito; bem como a ideia da democracia, em que o Direito se forja a partir da soberania popular, ou seja, o governo da maioria que regerá a organização social. E para permitir a sustentação do equilíbrio gerado pela tensão entre essas duas ideias, as Cortes Constitucionais foram concebidas para essa finalidade (2015,p. 26).

Para Barroso (2015, p. 30) são três as principais transformações que afetaram o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo (inclusive no Brasil):

1. *Superação do formalismo jurídico.* O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções: a) a de que o Direito, a norma jurídica, era a expressão da razão, da justiça imanente; e b) que o Direito se concretiza mediante operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela se continha [...]. ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em dado momento e lugar; e b) em grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico, Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete.
2. *Advento de uma cultura jurídica pós-positivista.* Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge a cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral - em busca da justiça e de outros valores -, da filosofia política - em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovem o

bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia.

[...]

3. *Ascensão do direito público e centralidade da Constituição*. Por fim, o século XX assiste à ascensão do direito público, A teoria jurídica do século XIX havia sido construída predominantemente sobre as categorias do direito privado [...]. (BARROSO, 2015, p. 30).

Diferentemente de uma metodologia apresentada pelas ciências políticas, em que se busca determinar uma explicação sobre certo fenômeno histórico-social a partir de dados empíricos ou de tratamento de informações históricas, o que Barroso apresenta é uma certa perspectiva de mudanças teóricas ou de postura interpretativa de um conjunto de intérpretes.

Embora o neoconstitucionalismo, por sua influência, esteja apto a figurar nas considerações interpretativas que eventualmente sustentam a supremacia judicial brasileira para além de questões de competência e de desenho institucional, a teoria contou com diversas críticas no campo constitucional no Brasil. Como um escrutínio completo do movimento neoconstitucionalista fugiria ao escopo da presente tese, nos limitaremos a indicar duas críticas que nos ajudam a ver como o neoconstitucionalismo pode ser um fator catalisador da supremacia judicial no País. Em outras palavras, ao visualizarmos certas críticas, fica mais claro o potencial de aderência do neoconstitucionalismo brasileiro à supremacia judicial.

Um dos críticos mais relevantes, e que notadamente se filia a uma concepção “pós-positivista” sobre a interpretação constitucional, é Lenio Streck. De acordo com Streck (2011), o chamado movimento neoconstitucionalista brasileiro produz o efeito contrário do que ele pretende salvaguardar: ao invés de nos entregar uma teoria que garanta a normatividade do texto constitucional, ele arquiteta a lacuna normativa da Constituição. Se, no momento da transição do regime ditatorial para a democracia fazia sentido falar-se em “neoconstitucionalismo” para marcar a diferença histórica-normativa de que, a partir daquele momento, passamos a ter uma constituição dirigente (em oposição a uma constituição formal-mínima típica do paradigma do Estado Liberal), Streck afirma que hoje em dia tal termo perdeu sua utilidade descritiva e conceitual (STRECK, 2011, p. 35-36). Isso se deve ao fato de que o neoconstitucionalismo passou a ser empregado como sinônimo disfarçado do subjetivismo e do decisionismo político no Direito:

Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela

ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). (STRECK, 2011, p. 36).

Com efeito, Streck acredita que o termo “neoconstitucionalismo” denota, hoje, apenas uma adesão às “críticas antiformalistas”, principalmente aquelas extraídas da jurisprudência de valores e da teoria da argumentação alexyana (STRECK, 2011, p. 36). Se esse for o caso, Streck enfatiza a saliente contradição no neoconstitucionalismo à brasileira, que se evidencia na medida em que o termo “[...] expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’”, o que torna “[...] sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial” (STRECK, 2011, p. 36).

Uma outra crítica relevante, mas que vem do flanco positivista, é elaborada por Elival da Silva Ramos. Ramos identifica três fragilidades do neoconstitucionalismo brasileiro, nos termos propostos por Barroso. Em primeiro lugar, haveria uma fragilidade histórica, de modo que o momento histórico denotado pelo neoconstitucionalismo já não é novo no constitucionalismo clássico (por exemplo, podemos citar o constitucionalismo norte-americano, que já protege direitos individuais e estabiliza o sistema democrático desde o século XIX). (RAMOS, 2015, p. 294).

Em segundo, haveria uma fragilidade nos marcos filosóficos que o neoconstitucionalismo se propõe a utilizar. Aqui, Ramos sustenta que, considera-se neoconstitucionalismo, chamado também de pós-positivismo, um projeto antipositivista que se constitui em um “jusnaturalismo mitigado” ignorando que teorias positivistas também se adequaram ao giro linguístico-hermenêutico e que culmina no “exagero na valorização dos princípios constitucionais” (RAMOS, 2015, p. 296-298).

Por fim, próximo à fragilidade filosófica, Ramos aponta uma fragilidade teórica no neoconstitucionalismo. Segundo o autor, a fraqueza na construção teórica do movimento está na propagação do que ele chama de um “difuso moralismo jurídico”, cujo papel é abrir espaço ao “subjetivismo de decisões judiciais”, de tal forma que seja possível chegar a uma decisão que esteja em conformidade com as preferências individuais dos adjudicadores. (RAMOS, 2015, p. 300-301).

Barroso sustenta que casos difíceis levados à apreciação do Poder Judiciário, aliados à nova interpretação jurídica, permitindo a realização de valorações e busca de soluções que vão para além de mera textualidade da lei, levam o Judiciário a uma certa centralidade do Poder, promovendo, ao mesmo tempo, uma fronteira menos definida entre legislação e jurisdição, entre direito e política. (BARROSO, 2015, p. 31).

Já para Werneck e Ribeiro (2016), as razões para o Supremo Tribunal Federal assumir um protagonismo a partir da década de noventa possui outras nuances:

O redesenho do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, que ampliou tanto os poderes do STF como também os diferentes canais pelos quais esses poderes podem ser provocados pela sociedade;

A “constitucionalização abrangente”, já que o texto constitucional, pode ser simultaneamente amplo e detalhado, facilita que debates políticos ou morais sejam considerados judicilizáveis;

O comportamento estratégico de atores políticos que vêem no poder dos tribunais uma oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados;

A canalização, das instituições políticas para os tribunais em geral, de expectativas sociais frustradas, em um cenário que o Legislativo e o Executivo são vistos como insuficientemente responsivos em relação às demandas dos cidadãos;

Por fim, a crescente consolidação da democracia no país, na medida em que a mobilização da cidadania na busca por direitos amplifica todos os fatores acima. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 407).

Assim, para além de se pensar a existência de condições da política, institucionais e de interpretação que permitam a construção de um caminho para a judicialização da política e, assim, do fortalecimento do Poder Judiciário, é necessário investigar em que medida o próprio Poder Judiciário assume, no Brasil, um papel protagonista. Ou seja, em que medida passa a de fato caminhar na estrada que foi pavimentada pelas condições da política, institucionais e interpretativas que abordamos no presente capítulo. Esse é o objetivo da próxima seção, demonstrar que o processo de fortalecimento do Poder Judiciário não se dá em um vácuo, ou de forma automática pelo mero desenho institucional estabelecido pela nova ordem constitucional.

2.2.1 A expansão do Poder Judiciário a partir da postura do próprio Poder Judiciário

Para além de trabalhar com os aspectos exógenos (condições da política, condições institucionais e interpretativas) que implicam no fortalecimento do Poder Judiciário em termos de expansão, bem como no que se refere à sua centralização quanto à resolução de questões político-constitucionais sensíveis, é fundamental, também, verificar os fatores endógenos que implicam no reconhecimento desse fenômeno. Para constar em que medida o Supremo

Tribunal Federal atuou e vem atuando para exercer um papel protagonista no jogo político, abordaremos de que forma ele vem interpretando e ampliando as suas competências e atribuições. A pergunta que buscaremos responder na presente seção é a seguinte: *o Supremo Tribunal Federal, diante das condições institucionais, políticas e interpretativas, busca, a partir de sua atuação jurisdicional, uma centralização no jogo político?* É possível constatar esse fenômeno a partir das interpretações que realiza a respeito de suas próprias competências?

As competências de uma dada Corte Constitucional ou Supremo Tribunal, a partir de sistemas que adotam um modelo constitucional, são estabelecidas e fixadas pelo texto constitucional. Entretanto, as funções a serem exercidas pelo Poder Judiciário não estão fixadas de forma definitiva e rígida no próprio texto. Como veremos, a própria jurisprudência da Corte ou Supremo Tribunal desempenha papel fundamental no estabelecimento dos limites da sua atuação. Para verificar tal dinâmica, é imperioso investigar como se apresentou a construção da função de revisor judicial da lei.

A análise da doutrina constitucional norte-americana dá conta de demonstrar que foi a própria Corte Constitucional que, reavivando o caso *Marbury*, chamou para si a função de realizar o controle de constitucionalidade de atos políticos. Em outras palavras, a função exercida não decorre da previsão expressa em uma regra previamente estabelecida a partir de movimentos institucionais e sociais. Fora o próprio Tribunal, que, apresentando sua narrativa a respeito da história jurisdicional, reclama a revisão judicial.

2.2.2 A justificação da *Judicial Review* pelo Judiciário no contexto norte-americano

John Marshall, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, retoma a construção desenvolvida por Alexander Hamilton de que o Poder Judiciário tem a capacidade de negar validade a uma lei do Poder Legislativo, mas isso não implica na ideia de que juízes têm superioridade em relação aos legisladores. Ao contrário, essa função serve justamente para garantir e defender a vontade soberana do povo, representada pela Constituição (GODOY, 2015).

Não há previsão expressa no texto constitucional dos Estado Unidos a respeito do poder do Judiciário em declarar a nulidade de leis, frente à incompatibilidade com a própria Constituição. Dessa forma, Marshall apresenta seu voto no sentido de que, embora não existisse previsão expressa do controle de constitucionalidade, a ideia de supremacia da Constituição implicaria na atuação do Poder Judiciário na interpretação das leis, verificando sua

compatibilidade com o texto constitucional. Para além de garantir a supremacia da Constituição frente às leis incompatíveis, o Poder Judiciário poderia fazê-lo diante do seu afastamento da política e das pressões majoritárias de turno (GODOY, 2015).

Logo, foi a partir de *Marbury vs. Madison* que se institucionalizou o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, a partir do precedente da Corte Constitucional, e também de onde se concluiu que cabe à Suprema Corte a última palavra sobre a interpretação constitucional. Cabe ressaltar, portanto, que não havia nenhuma previsão expressa no texto constitucional que atribuía ao Poder Judiciário a função de realizar o controle de constitucionalidade. Além disso, também não decorre daí, de forma automática, a ideia de que, por possuir a função de revisor de constitucionalidade das leis, possui a última palavra sobre o sentido constitucional. Nesse passo, pode-se sugerir que, para compreender o processo de interpretação do sentido constitucional (sobretudo o papel exercido por uma Corte ou Tribunal constitucional nesse processo), há que se compreender primeiro a prática constitucional jurisdicional. Em outras palavras, é dizer que há uma ordem de explicação prioritária da prática jurisdicional com relação ao desenho institucional.

Larry Kramer (2004) faz uma importante constatação ao apontar que a ideia de controle de constitucionalidade já se desenvolvia nos EUA antes mesmo de *Marbury v. Madison* e tinha como elemento central a manutenção da Constituição americana através da vontade do povo. Logo, o controle de constitucionalidade não foi inaugurado no aclamado caso e não tinha como figura central o Poder Judiciário. Mais uma vez: as decisões judiciais e a atuação judicial não ocorrem num vácuo. Elas são frutos de um processo prático anterior, de construção lenta e gradual, no qual alinham-se jurisprudência e teorias do direito/da interpretação constitucional. Nestes termos, a partir da leitura de Kramer, a ideia de controle de constitucionalidade surge de um contexto em que não se presumia a exclusividade ou mesmo a atuação do Poder Judiciário na construção do sentido constitucional (KRAMER, 2004).¹⁶

¹⁶ Com efeito, a doutrina especializada não é uníssona quando discute se a possibilidade de controle está implícita no próprio texto constitucional dos EUA, ou se foi realmente uma invenção interpretativa da Suprema Corte norte-americana (GRIMM, 2016, p. 14). Nesse sentido, Jack R. Pole (2005, p. 413) aponta que há uma primeira menção à noção de *judicial review* feita por Alexander Hamilton nos escritos do *The Federalist* (n. 78), quando este diz que: “A independência completa das cortes de justiça é peculiarmente essencial em uma constituição limitada. Por constituição limitada entendo aquela que contém certas exceções especificadas à autoridade legislativa; por exemplo, a proibição de leis extintivas de liberdades civis, de leis *ex post facto* e similares. Limitações deste tipo podem ser preservadas, na prática, por nenhum outro meio que não pela mediação das cortes de justiça; cujo dever deve ser declarar nulo todos os atos contrários ao conteúdo constitucional manifesto. Sem isso, todas as reservas de direitos ou privilégios particulares não valeriam nada.” (HAMILTON, 2005, p. 412-413).

O autor americano cita, ao menos, três importantes casos anteriores a *Marbury v. Madison* em que se vislumbrou a revisão da legislação ordinária diante da sua incompatibilidade com a constituição, não a partir da atuação do Poder Judiciário, mas a partir da atuação do próprio povo. O primeiro caso ocorreu em julho de 1793, onde um júri absolveu Gideon Henfield da acusação contra o direito internacional por ter servido em navio de guerra francês, contrariando recomendação da Corte. A interpretação foi dada como a preservação do sentido constitucional através da vontade do povo americano, decidindo contrariamente à Corte (KRAMER, 2004).

Outro caso que evidenciou a existência do controle de constitucionalidade realizado pelo povo americano é datado de julho de 1795, oportunidade em que mais de cinco mil pessoas se reuniram em Nova York para protestar contra o *Jay Treaty*, editado pelo governo. Um terceiro caso é datado de julho de 1798, quando ocorreu uma mobilização pública em vários estados dos Estados Unidos como forma de repúdio ao *Alien and Sedition Acts*, que davam poderes ao chefe do Executivo para prender e deportar estrangeiros, mesmo em tempos de paz. Ambos foram declarados inconstitucionais e anulados após debates públicos realizados nos estados de Kentucky e Virgínia (KRAMER, 2004).

Temos, a partir dessas constatações de Kramer, que o controle de constitucionalidade não está necessariamente ligado a uma função jurisdicional, muito menos de centralidade ou de supremacia judicial. Além disso, abre-se espaço para se investigar a contribuição da própria Corte na formação e sedimentação da sua competência para realizar o controle de constitucionalidade. Lembra Godoy (2015, p. 52) que:

[...] a revisão judicial das leis surgiu muito antes do caso *Marbury vs. Madison*, o qual apenas sistematizou e repetiu os argumentos levantados em outros casos prévios. A compreensão moderna de que a interpretação da constituição cabe apenas aos juízes e cortes não reflete, assim, a concepção original do constitucionalismo norte-americano (um constitucionalismo aliás, do qual o Brasil é herdeiro).

Nesse sentido, é necessário compreender adequadamente o que significou, para a teoria constitucional e para a teoria da interpretação constitucional, a decisão do *justice* John Marshall ao afirmar que “[...] é um dever necessário do Poder Judiciário dizer o que a lei é” (GODOY, 2015, p. 52) no caso *Marbury v. Madison*. Godoy, em companhia de Kramer, sustenta que a afirmação de Marshall não implicava na exclusividade pela interpretação constitucional, mas na participação, também, do Poder Judiciário na construção do significado constitucional. Ambos buscam compreender e justificar a origem do argumento para o constitucionalismo popular. Para nós, aqui, basta a ideia de que a partir de *Marbury v. Madison* o Poder Judiciário

deu continuidade ao controle de constitucionalidade (entrou para a arena da revisão) (GODOY, 2015). A respeito da aceitação popular do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, afirma que:

[...] a existência de uma sociedade tão ampla, dinâmica e agora mediada não mais pela participação direta do povo, mas por partidos, fez com que a maior parte dos cidadãos norte-americanos adotasse com facilidade a ideia de que aos juizes cabia a última palavra sobre a interpretação da constituição. Contudo, para aqueles ainda comprometidos com a tradição do constitucionalismo popular, a ideia da supremacia judicial continuava a ser artificial e antirrepublicana. (GODOY, 2015, p. 52).

A importante contribuição da análise do caso *Marbury v. Madison* reside, inicialmente, no fato de que fora a própria corte que compreendeu que, uma vez existindo a supremacia da Constituição (considerada como lei especial) sobre as demais legislações, competiria ao Poder Judiciário realizar mencionado controle. Logo, temos que a competência para tal função foi reclamada pelo próprio Poder Judiciário. E, para confirmar que mencionada competência decorreu da sua própria atuação, verifica-se historicamente que o exercício do controle ficou adormecido por diversas décadas, tendo a Corte voltado a reafirmar sua autoridade na década de 1860. Nas palavras de Godoy :

[...] Na década de 1860 a Suprema Corte declarou quatro leis inconstitucionais, sete na década de 1870, quatro na década de 1880 e cinco durante a década de 1890. Esses números parecem pequenos se comparados às trinta anulações que a Suprema Corte realizou entre a década de 1990 a 2000. Mas foi a partir daquele período que a Suprema Corte realmente estabeleceu seu poder de exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis. (GODOY, 2015, p. 65).

Décadas mais tarde, as políticas econômicas implementadas pelo governo de Franklin D. Roosevelt também levaram a Corte para o centro das disputas políticas, que atuou na promoção de limites às políticas implementadas com fundamentação na própria Constituição. O próprio Roosevelt promoveu manobra de tentativa de entrincheiramento da Corte, afirmando, inclusive, que a decisão sobre as políticas econômicas caberia ao povo e não à Suprema Corte (GODOY, 2015). Nesse sentido, afirma Godoy (2015, p. 67):

[...] as Corte Warren e Burger foram ativistas, mas seu ativismo se limitou ao cumprimento das promessas do *New Deal*. No entanto, tal atuação não aconteceu sem uma expressa reafirmação da autoridade da Suprema Corte para definir o significado da constituição. Já em 1958 na decisão do caso *Cooper v. Aaron*, os nove juizes da Suprema Corte assinaram um voto no qual afirmavam que desde o caso *Marbury vs. Madison* havia sido declarado o princípio básico de que a Suprema Corte é soberana na definição do significado da constituição e que tal ideia tem sido respeitada desde então pela própria Suprema Corte e por todos os demais Poderes e cidadãos. Entretanto, como se viu, o caso *Marbury* não instituiu e tampouco afirmou a supremacia judicial. Tampouco foi um caso que definiu uma postura recebida pacífica

e incontestavelmente. O que a Suprema Corte fez não foi reafirmar um feito e uma postura historicamente construída e aceita, mas sim criar tal ideia. Porém, fato é que depois da decisão do caso Cooper, a ideia de supremacia judicial encontrou ampla aceitação institucional e também popular. As próprias decisões tomadas pela Suprema Corte que se seguiram comprovam tal assertiva e são exemplares as decisões em casos como *Brown v. Board of Education* sobre a segregação racial, passando pelos casos *Baker v. Carr* sobre redistribuição, *Roe v. Wade* sobre o aborto, *Engle v. Vitale* sobre os credos religiosos nas escolas, *Craig v. Boren* sobre a discriminação por sexo, *Brandenburg v. Ohio* sobre a liberdade de expressão, *Miranda v. Arizona* sobre os interrogatórios policiais e *Furman v. Georgia* sobre a pena de morte. (GODOY, 2015, p. 67).

Temos, portanto, que a ideia de controle de constitucionalidade no modelo norte-americano foi construída historicamente a partir de uma ideia da manutenção da vontade do povo, esculpida na Constituição, a partir da movimentação do próprio povo na intenção de anular leis que contrariavam o sentido constitucional. E, para além da concepção de que o controle nasce da movimentação popular, a própria Corte Constitucional chamou para si a função de manutenção da supremacia constitucional, manifestação ocorrida no caso *Marbury v. Madison*, que foi reafirmada posteriormente, a partir da atuação da própria Corte na década de 1980.

Nesse sentido, o desenho institucional e as atribuições delegadas ao Poder Judiciário não se encontram, a partir dessa análise histórica, encerrada no próprio texto constitucional, mas forjada a partir da atuação da própria corte, que se apropriou de um movimento inicialmente popular. É nesse sentido que buscaremos, no próximo item da seção deste capítulo, verificar, em que medida, o Supremo Tribunal Federal flexiona suas atribuições a partir da sua própria atuação. Com isso, buscaremos justificar que é a atuação da corte que fixa, em última instância, seus limites de competência e nesse sentido, os limites também do seu relacionamento (deliberativo ou não) com os demais poderes.

2.2.3 A expansão das competências do Supremo Tribunal Federal a partir da sua própria atuação

Se a argumentação construída desde o tópico anterior estiver correta, teremos que é fundamental verificar além do *design* institucional dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, também (e prioritariamente) os aspectos relacionados à forma como estes órgãos interpretam a sua própria atuação (interpretam que devem promover uma atuação mais restrita? Devem promover uma atuação mais ativa? Devem promover uma atuação ativa somente em circunstâncias especiais?).

É certo que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário a função de realizar o controle de constitucionalidade, lançando ao Supremo Tribunal Federal a competência para realizá-lo, mas a ideia de que pertence à Suprema Corte a última palavra sobre o significado da Constituição¹⁷ não é algo que se deduz do próprio texto constitucional, mas *decorre da afirmação do próprio tribunal*:

Um caso exemplar é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.860167, julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797168, que questionava a constitucionalidade da Lei n.º 10.628/2002. Tal lei estabelecia foro por prerrogativa de função a quem fosse processado criminalmente mesmo após ter deixado o cargo. No julgamento das referidas ações, o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/2002, mas também estabeleceu que a ele cabe a última palavra sobre o significado da Constituição. Tal decisão é ilustrativa porque desde a Constituição de 1946 e por muitos anos seguintes, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que o foro privilegiado por prerrogativa de função se mantinha mesmo se o sujeito processado criminalmente deixasse o cargo que ocupava (tal qual previa a Lei n.º 10.628/2002). Tal posicionamento foi, inclusive, consolidado por meio da Súmula 394.

[...] Segundo o raciocínio do Ministro Pertence, como cabe ao STF a guarda da Constituição, as decisões do STF sobre a interpretação da Constituição não podem estar sujeitas a revisões por meio de legislação ordinária sob pena de tornar-se inviável a supremacia da Constituição. (GODOY, 2015, p. 170).

É nesse contexto que chamamos a atenção para o comportamento do próprio Supremo Tribunal Federal na construção dos limites de sua própria atuação. Desse modo, devemos investigar as constatações feitas por Arguelhes e Ribeiro (2016) quanto à atuação do STF na apreciação de ADIs, ADPFs e Mandados de Injunção. Voltando os olhos principalmente para a mudança de comportamento interpretativo quanto à apreciação dessas ferramentas constitucionais e a extensão de suas decisões.

Arguelhes e Ribeiro sustentam que a atuação do Supremo Tribunal Federal somente passou a ter uma centralidade no campo das decisões políticas após uma mudança de leitura a respeito de si, pelos ministros. Logo, não houve necessariamente e somente uma mudança externa (de desenho institucional); para que se desenvolvesse o protagonismo da Suprema Corte, foi necessário também um desenvolvimento da forma como ela interpreta suas próprias funções (2016, p. 407).

Em última análise, mencionadas considerações são fundamentais em dois aspectos: a) justifica o porquê estudar a estrutura do Poder Judiciário e a forma como isso se dá, para identificarmos a contribuição com o desenvolvimento do fenômeno da Supremacia Judicial; b)

¹⁷ Essa é uma importante constatação feita por Godoy (2015, p. 170).

permite desenvolver um *insight* de que o problema da aplicação da Teoria dos Diálogos Constitucionais no Brasil pode passar necessariamente pelo problema de identificação de como o Supremo Tribunal Federal encara sua função dialógica perante os demais poderes.

Em certa medida, podemos vislumbrar que, uma vez identificado que a atuação do Poder Judiciário está relacionada à forma como ele entende sua função na esfera política (também a partir de elementos estratégicos), a busca pela legitimidade das decisões judiciais a partir do estabelecimento de uma relação dialógica com os demais Poderes deve passar, necessariamente, pelo filtro de compreensão da própria corte, acerca da sua função de dialogar e como ela vem cumprindo-a.

A partir dessa consideração, podemos concluir também, em uma análise de limitação metodológica que, uma vez que discutimos a auto interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da sua função dialógica, estamos a construir uma teoria ou uma leitura teórica datada e localizada. Portanto, como uma certa constituição da Corte, em um determinado período de tempo, compreendeu sua função dialógica e qual o impacto disso para os processos de legitimidade das decisões proferidas. Logo, precisamos analisar em que medida essa autoleitura, assim como a forma que os ministros se enxergam na sua atuação, também implicará no reconhecimento das atribuições e funções do próprio tribunal. A isso, Arguelhes e Ribeiro dão o nome de elementos ou causas endógenas.

Nas palavras dos autores:

[...] a mudança na presença política do STF - da marginalidade para a centralidade - poderia ser explicada pela combinação dos amplos poderes previstos na Constituição de 1988 com crescentes demandas sociais e institucionais para que o STF de fato use esses poderes. Contudo, desde a promulgação da Constituição, o próprio STF vem contribuindo decisivamente para remarcar as fronteiras de sua atuação junto aos outros poderes. O comportamento dos atores externos ao tribunal e os poderes que lhe foram conferidos pelo texto constitucional são fatores importantes, mas insuficientes para explicar o papel atual do STF na vida nacional. É preciso considerar o quanto as interpretações constitucionais, expressas em votos de ministros do STF, foram decisivas para a expansão do poder do tribunal. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 408).

Sobre esta consideração parece haver um importante ponto de convergência entre aquilo que Arguelhes e Ribeiro apresentam sobre a centralização do STF após a Constituição de 1988 e o que apresentamos, a partir de Godoy e Kramer, a respeito do surgimento do controle de constitucionalidade nos EUA tendo como ponto de partida a interpretação do caso *Marbury v Madison* pela Corte Constitucional. Ao final, o elemento fundamental foi a auto interpretação

que a Corte fez a respeito de suas funções; ao decidir o que pode fazer, também decide como pode fazer.

Nesse sentido, a partir das profundas mudanças institucionais promovidas pela Constituição Federal de 1988, parece inegável que o protagonismo vivido pelo Supremo Tribunal Federal guarda relação com as ferramentas processuais, ampliação de partes legitimadas e o aumento das demandas sociais. Esse raciocínio levaria a crer que a expansão e fortalecimento do Corte estaria relacionado exclusivamente a elementos exógenos, portanto, externos ao próprio tribunal. Por outro lado, conforme observam Werneck e Ribeiro, o próprio tribunal vem contribuindo decisivamente para moldar sua atuação junto aos demais poderes (ARGUELHES, RIBEIRO, 2016). A contribuição da participação da Corte no processo de sua expansão é constatada pelos autores da seguinte forma:

Talvez o mais eloquente reconhecimento do poder que o STF exerce na definição do seu próprio papel venha do Ministro José Celso de Mello, quando observou que o tribunal é um *poder constituinte permanente*. Isso equivale a dizer que o STF é copartícipe, junto do constituinte de 1988, da tarefa de definir as estruturas constitucionais básicas do país - incluindo, portanto, o próprio poder do tribunal. Se isso é verdade, então o STF também tem o poder de interpretar, em última instância, o alcance de suas próprias competências, dotando a si próprio de uma decisiva margem de manobra para influenciar as condições da sua participação na política. Escolhas interpretativas feitas pelos ministros, combinadas às outras variáveis já mencionadas acima, ajudam a configurar o papel do STF. Se o Ministro Celso de Mello tem razão ao descrever o STF como um “poder constituinte permanente” - um ator que pode mudar as regras do jogo durante o próprio jogo -, então a descrição do Ministro Lewandowski parece incompleta. Se o STF tem mesmo esse tipo de poder sobre as regras que estruturam sua própria competência, então o tribunal é mais do que uma criatura do constituinte (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 408).

A exemplo de modificação de suas atribuições, alinhavadas pela interpretação jurisprudencial, temos a criação do conceito dos legitimados “universais” e “legitimados especiais”, em que o Supremo Tribunal Federal passou a exigir, por exemplo, das “confederações sindicais” e “entidades de classe de âmbito nacional” pertinência temática nas ações que permitiram o controle abstrato de constitucionalidade. Importante destacar que a limitação não está prevista na Constituição, em espécie de interpretação autêntica, mas decorre da própria atuação do Supremo nesse processo. Ainda, sobre posturas de restrição, em 1989, ao julgar o Mandado de Injunção 107, o Tribunal manifestou total desconforto em defender a tese de que, ao julgar procedente o MI, o Supremo exerceria poderes legislativos ou o poder de sancionar o Congresso por não ter legislado. Essas são constatações que demonstraram um período de autocontenção e restrição do Supremo no período de transição e recente mudança institucional, mas que mudaria com o passar do tempo, a ver o julgamento do MI 670, em 2007,

em que o Tribunal não somente reconheceu a omissão do Legislativo, como indicou regras provisórias aplicáveis à greve dos servidores, até a regulamentação legal futura. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016).

Importante destacar que, embora surja ao longo dos anos 1990, manifestações do Supremo Tribunal Federal no sentido de expandir suas atribuições, Werneck e Ribeiro afirmam que em uma geração de Ministros que atuam no sentido de promover a expansão de suas competências, esse fenômeno também pode coexistir com posturas de autorrestrição. Em consonância com essa constatação, Bernardo Gonçalves, também analisando posturas heróicas (ativistas) ou de autocontenção, afirma que o Supremo Tribunal Federal varia sua atuação a depender da matéria que está a apreciar. Assim, apreciando direitos sociais, que exigem uma atuação positiva do Estado, ou apreciando questões que tratam de direitos individuais, de liberdade, é possível constatar uma mudança no comportamento do Supremo composto pelos mesmos ministros.

Evidentemente que a constatação de Gonçalves não está relacionada à atuação da Corte quando trata da ampliação ou redução de suas competências, mas o que é importante destacar aqui diz respeito à sua postura expansionista ou de autocontenção, que será de fundamental importância, para se compreender, em que medida essa análise contribui para verificar suas relações com os demais Poderes e, por conseguinte, a existência de maior ou menor legitimidade em suas decisões.

No tocante à postura expansionista do Supremo a respeito de suas competências, é importante verificar como a corte interpretou, ao longo da história, a sua competência para realizar o chamado controle de constitucionalidade preventivo. Moreira Alves, ao apreciar o Mandado de Segurança 20.257, no ano de 1980, após divergir do relator, ministro Décio Miranda, e ao superar a questão preliminar (análise do mérito prejudicada por perda do objeto), assim decidiu:

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou de emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.

Diversas, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder Judiciário - nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado - impedir que se desrespeite a Constituição. *Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes.* Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga. 4. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança. (BRASIL, 1980, p. 338-339. g.n.).

Embora o ministro afirme o posicionamento, da época, do Supremo a respeito da impossibilidade de se realizar o controle preventivo de constitucionalidade, afirmando a autoridade da corte, sustenta que o controle do processo legislativo pode ser exercido a respeito da observância das regras procedimentais e não sobre o conteúdo do ato normativo em construção (com exceção a violação às cláusulas pétreas, que uma vez violadas também permitiria a atuação preventiva do Supremo).

O entendimento a respeito da possibilidade do controle prévio de constitucionalidade voltou a ser reafirmado pelo Supremo quando do julgamento do Mandado de Segurança de n. 21.648, em 05 de maio de 1993. Importante destacar que qualquer parlamentar, e não necessariamente partidos políticos, poderia reclamar ao Supremo a proteção ao procedimento legislativo previsto no texto constitucional e às cláusulas pétreas, ampliando, via reflexa, também suas atribuições (ARGUELHES; RIBEIRO, 2006).

Outra constatação importante, no tocante à plasticidade de suas competências, diz respeito (i) a forma pela qual o tribunal filtra os casos que serão julgados ou rejeitados pelos ministros em decisões monocráticas e (ii) a determinação da sua agenda para o julgamento dos casos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2006).

A respeito das decisões monocráticas proferidas no Supremo, Werneck e Ribeiro fazem importante constatação:

[...] em termos quantitativos, nas últimas duas décadas e meia, o STF tem sido basicamente um conjunto de ministros - ou, mais precisamente, de gabinetes de ministros - que resolvem casos sozinhos. Das mais de 1,3 milhão de decisões que o STF tomou de 1988 até 2011, menos de 0,6% foram tomadas pelos 11 ministros reunidos em Plenário. Se, no desenho original de 1988, o STF foi pensado como órgão colegiado, ao menos em termos quantitativos o tribunal parece ter se transformado em algo distinto na prática. (WERNECK; RIBEIRO, 2016, p. 426).

Embora haja previsão no regimento interno do Supremo quanto à devolução do processo para a segunda sessão ordinária subsequente (art. 134), na prática não é isso que acontece. Nesse sentido:

[...] Segundo o 3º relatório do projeto *Supremo em Números*, de outubro de 1988 a dezembro de 2013, houve 2.987 pedidos de vista no STF, relativos a 2.226 processos. De acordo com os autores do relatório, desse conjunto de pedidos, 124 ainda não tinham sido devolvidos até 31 de dezembro de 2013. Se considerarmos apenas os pedidos já devolvidos, a duração média das vistas foi de 349 dias, com cerca de 20% dos pedidos ficando dentro do prazo previsto no regimento. Dentre as vistas não devolvidas, apenas 5,3% ficaram dentro do prazo, e a duração média foi de 1.095 dias (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 427).

Temos, portanto, que o pedido de vista, exercido em desacordo com o Regimento Interno do Supremo representa também um ato decisório. Nestes termos, o ato de não decidir representa, também, um ato de decidir (pela suspensão do julgamento para, por exemplo, aguardar a mudança da composição do tribunal de modo a construir um espaço mais favorável ao julgamento nos termos da convicção do ministro que fez o pedido de vista).

Ainda que o pedido de vista não seja uma alteração de competência quanto a matéria a ser julgada, compreende uma alteração da competência do tribunal quanto ao tempo e quais ministros irão apreciar a demanda levada ao Supremo. Nestes termos, representa mais um fato que sustenta a ideia de que há uma flexibilização (para ampliar ou mesmo para reduzir) as competências e atribuições do Supremo, a partir da sua própria atuação. E isso pode ser verificado, também, diante da leitura que a Corte faz, no sentido de ter a última palavra sobre o significado constitucional.

A mudança interpretativa observada no Supremo Tribunal Federal quanto à função do Tribunal na análise dos Mandados de Injunção se apresenta como uma importante constatação a respeito da ampliação de suas competências e, via de consequência, contribui para o aumento de demandas voltadas ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade. Após o ano de 2007, o número de Mandados de Injunção saltou de um pouco menos de 200 ações, para o número expressivo de quase 1.400 ações entre os anos de 2008 e 2009 (WERNECK; RIBEIRO, 2016, p. 428). A suposição que pode ser levantada diz respeito à ideia de que mencionada explosão de número de Mandados de Injunção está relacionada à alteração de entendimento firmado pelo STF quanto à possibilidade de, não somente indicar ao Congresso a existência de omissões injustificadas, mas também quanto ao estabelecimento de regras materiais e concretas para regulamentar a matéria, ainda que de forma temporária. Portanto, são elementos

endógenos ao próprio tribunal que permitem-lhe alimentar o processo de sua expansão e fortalecimento.

Werneck e Ribeiro, ao analisarem uma tendência de queda no manejo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tanto pelos partidos políticos quanto pelos demais legitimados, sugerem uma possível justificativa para tal redução. Segundo a leitura dos autores, a atuação do STF após a manifestação do Congresso, portanto, após o processo legislativo, configura uma atuação na qualidade de “terceira câmara legislativa”. Portanto, após a iniciativa do Poder Legislativo, partidos políticos que foram vencidos na disputa política buscam o Supremo para fazer valer o significado constitucional, mas que esteja em consonância com sua leitura política (WERNECK; RIBEIRO, 2016). Nesse sentido, a atuação do Supremo é posterior ao movimento do Poder Legislativo, funcionando como câmara revisora do trabalho desempenhado no Congresso, a partir da articulação estratégica dos partidos de oposição que se viram vencidos no processo legislativo.

Por outro, uma outra hipótese apta a explicar a tendência de redução de manejo das ADIs pode estar relacionada à mudança de objeto (ato normativo) a ser controlado e o momento em que este exercício é realizado. Werneck e Ribeiro afirmam que a substituição do uso das ADIs por Mandados de Injunção e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) move o Supremo da função de “terceira câmara legislativa” (cuja atuação é *a posteriori* ao Legislativo), para uma função de “primeira câmara”. Isso porque, a atuação seria de inaugurar o debate a respeito do tema que sequer fora ventilado no Congresso Nacional contemporâneo (2016).

Após a mudança jurisprudencial de 2007, como já observado, o número de mandados de injunção começa a crescer de forma muito acentuada. Esse pode ser um indicador da demanda por atuação legislativa direta do STF, em vez de atuação “repressiva” sobre legislação já criada pelo Congresso. Com efeito, em contraste tanto com o mandado de injunção, quanto com a ADPF, as ações diretas de inconstitucionalidade enfocam basicamente o direito legislado pós-1988. O mandado de injunção viabiliza uma decisão do STF, ainda que provisória, sobre temas que não foram objeto de decisão do Legislativo. A ADPF, por sua vez, permite que o STF se manifeste diretamente sobre um conjunto de objetos muito ampliado em relação à ação direta de inconstitucionalidade, incluindo legislação pré-constitucional, decisões judiciais e outros atos e omissões do poder público. O comportamento dessas demandas específicas - os mandados de injunção e as arguições de descumprimento de preceito fundamental - podem ajudar a testar a hipótese de que tal tribunal tem sido receptivo a uma demanda crescente por atuação como *primeira câmara legislativa*. Essa hipótese não exclui outras explicações possíveis para a diminuição do número de ações diretas de inconstitucionalidade de partidos políticos ao longo dos anos, mas chama a atenção para novos papéis que o tribunal pode assumir e que ainda não foram objeto de estudo sistemático. (WERNECK; RIBEIRO, 2016, p. 432).

Evidentemente que o Supremo deve observar o princípio processual da demanda, de tal maneira que não deve atuar de ofício ou sem que tenha sido provocado para tal. Nesse sentido, a tendência de aumento ou redução de determinado instrumento processual depende, via de regra, da parte legitimada que o propôs. Por outro lado, como falamos acima, os elementos relacionados aos poderes dados para se determinar a pauta aos ministros (quando e qual demanda será julgada), aliado ao pedido de vistas, aos poderes do relator, são fatores que contribuem para se determinar, também, o aumento ou diminuição da existência de determinada espécie processual no tribunal. Logo, não basta que haja a interposição de uma dezena de Mandados de Injunção em um dado ano no Supremo, é necessário que, aliado a isso, haja a tendência dos ministros em admitir o processamento dessas demandas.

Werneck e Ribeiro, a exemplo da atuação do Supremo na qualidade de “*primeira câmara*”, citam o julgamento da ADPF 132, decidida em 2011, em que a corte declarou constitucional o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, sem que houvesse manifestação legislativa ordinária anterior à manifestação do próprio Supremo. Neste contexto, parece haver uma certa dubiedade sobre se o Supremo atuou na qualidade de “*primeira câmara*”, portanto, dando o *start* a respeito do tratamento da matéria, uma vez que já havia manifestação legislativa do próprio constituinte. Inegável que o texto constitucional fora estabelecido no sentido de que havia o reconhecimento judicial do casamento entre *homem e mulher*. Inquestionável que a Corte realizou importante tarefa ao realizar interpretação conforme à Constituição, para determinar que o dispositivo constitucional deveria ser lido à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, ainda que possamos reconhecer que houve uma escolha do constituinte equivocada a respeito da matéria, introduzindo dispositivo que contrariou o próprio sistema constitucional, houve prévia manifestação expressa a respeito do tema. Assim, não é evidente que o Supremo, ao julgar a ADPF 132, atuou na qualidade de “*primeira câmara*”. Mas, para além da adequação de se pensar se o Supremo funciona como “*primeira câmara*”, é importante constatar que no caso da ADPF 132 houve a fixação de regras concretas que reduziram espaço para a atuação do legislador ordinário regulamentar, movendo o Congresso para fora do jogo político (WERNECK; RIBEIRO, 2016).

2. 3 Conclusões do primeiro capítulo

Conforme pudemos observar ao longo do desenvolvimento da seção, para que se possa falar em expansão do Poder Judiciário é necessário investigar se estão presentes as condições necessárias para o seu fortalecimento. Assim, a expansão do Poder Judiciário está relacionada, também, ao aumento de suas competências, ao seu chamamento para a arena política para resolver não somente questões de coordenação entre os Poderes, mas também questões políticas que, tradicionalmente, são tratadas pelos Poderes Políticos.

Entretanto, a identificação de que há um processo de expansão e fortalecimento do Poder Judiciário não implica em reconhecer, de forma necessária e automática, a supremacia judicial. A ideia de supremacia judicial pode decorrer do processo de expansão e fortalecimento do Poder Judiciário, mas não são conceitos e fenômenos que se confundem. Supremacia implica num processo de preponderância da interpretação judicial sobre o sentido constitucional em detrimento das interpretações e construções desenvolvidas pelos demais Poderes. Entende Godoy que:

A supremacia das cortes constitucionais sobre os demais Poderes caracteriza-se pelo fato de as cortes serem compreendidas, ou melhor, se autointitularem, como as detentoras da última palavra sobre o significado da constituição. A partir desse protagonismo crescente dos tribunais, os juízes foram convertidos em instrumentos de garantia da legitimidade do sistema constitucional. Se esse é um papel que certamente cabe ao Poder Judiciário na garantia e no cumprimento da Constituição, por outro lado, ao se arrogar a competência final de estabelecer o conteúdo da Constituição, percebe-se uma clara extrapolação de sua função. De guardião do poder constituinte e, assim, da Constituição, os juízes em geral e o tribunal constitucional em particular acabam por substituir esse poder constituinte, usurpando-o do povo (GODOY, 2015, p. 43).

O que se percebe, portanto, é que essa tendência de atuação da Corte Constitucional ou do Supremo Tribunal em buscar apresentar a última palavra sobre o sentido constitucional implica também em um afastamento entre Constituição e política democrática, desvinculando-se das finalidades constitucionais. É nesse sentido que o presente capítulo buscou identificar as principais razões que explicam a expansão do Poder Judiciário, bem como a ideia de Supremacia Judicial, tendo em vista que as Teorias dos Diálogos Institucionais buscam exatamente combater esse segundo fenômeno.

O que se buscou identificar com a presente seção foi a ideia de que, no fim das contas, é a atuação do próprio Supremo Tribunal Federal que acaba contribuindo de maneira mais saliente para o processo de expansão ou restrição de suas competências, de tal modo que a partir desse fenômeno haverá também uma maior ou menor participação das questões políticas que são levadas às instituições para decisão. Uma vez determinada a importância da atuação

do próprio Supremo para fixar a sua posição no tabuleiro político e o grau de sua participação nas disputas legislativas, esse será um importante elemento que iremos considerar para verificar, se há ou não, uma tendência de manutenção ou exclusão de relações dialógicas e deliberativas com os demais Poderes Políticos.

Mas, antes de realizar essa análise, fundamental que sejam apresentadas as denominadas Teorias dos Diálogos Institucionais, suas pretensões e desdobramentos, para que possamos no quarto capítulo apresentar quais os desdobramentos dessa teoria na atuação do Supremo Tribunal Federal e, ao final, afastarmos ou confirmarmos a hipótese de que o Supremo promove ou busca afastar sua ilegitimidade democrática a partir da sustentação da sua supremacia a respeito da construção do significado constitucional.

3. CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL - TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS/CONSTITUCIONAIS

Fundamental compreender, inicialmente, que as denominadas “Teorias dos diálogos constitucionais” representam um esforço teórico de uma dezena de autores que se dedicam a lançar reflexões a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional, principalmente no que diz respeito ao dilema da supremacia judicial e da função contramajoritária das instituições adjudicantes. Embora partam de questionamentos que possuem uma mesma raiz, seus esforços teóricos traçaram por vezes caminhos distintos, promovendo avanços tanto no campo normativo, bem como no campo da própria Ciência Política. É possível constatar isso na medida em que também passou-se a acompanhar os dados empíricos e sua contribuição no que se refere às decisões dos juízes, bem como eles devem decidir em um contexto de interações institucionais. Ou seja, como os magistrados devem elaborar seu convencimento a partir de uma perspectiva também descritiva do fenômeno jurídico-político. É nesse panorama geral que o presente capítulo buscará, em um esforço de mapeamento e localização do espaço de debate da própria tese, identificar aquilo que denominou-se amplamente e de maneira geral de *Teorias dos Diálogos Constitucionais*.

Segundo Christine Bateup (2006), para as denominadas "Teorias dos Diálogos Constitucionais", os Tribunais não devem possuir, por razões empíricas ou normativas, o monopólio sobre a interpretação constitucional. Pelo contrário, as Cortes Constitucionais ou Supremos Tribunais devem promover uma relação dialógica com os demais ramos do Poder, pavimentando, assim, uma via que permitirá a construção de um sentido constitucional. E assim deve ser por uma questão de legitimidade democrática da atuação dos próprios tribunais. (BATEUP, 2006).

Para a autora canadense, aqueles teóricos que defendem a relação dialógica entre as instituições formais e não formais no processo de construção do sentido constitucional, inclusive baseados nos fundamentos históricos de fundação da nação e da própria corte, por vezes perdem de perspectiva que já havia (e há) uma maior participação do povo¹⁸ no processo

¹⁸ Sobre a ideia de que no contexto norte-americano a Constituição pertence ao povo, na medida que este que cria o seu sentido, ver o que disserta Godoy em “Devolver a Constituição ao Povo”, principalmente na releitura que faz a respeito do caso *Marbury vs Madison* e nos casos anteriores, em que a Corte fora deferente aos movimentos

de construção de sentido constitucional - diferentemente do constitucionalismo popular, que defende a ideia de devolver ao povo essa função, que teria sido usurpada pelas instituições formais (BATEUP, 2006).

Nesse sentido, as Teorias dos Diálogos não teriam somente a preocupação com o *déficit* relacionado à revisão judicial (*déficit democrático*), mas também com a ideia de como as premissas dialógicas permitem que os recursos institucionais inovadores (*Bill of Rights* ou a “Cláusula Não-obstante”, no contexto canadense) são melhor incorporados na teoria constitucional normativa. A partir dessa observação, é importante consignar que as Teorias dos Diálogos lançam preocupações sobre como as instituições interagem a partir de seus comportamentos institucionais, mas também como os institutos que determinam o *design* institucional poderão otimizar ou enfraquecer as relações dialógicas. É o que pode ser observado, por exemplo, com a interessante seção 33 da Carta de Direitos Canadense e que será tratada ao longo deste capítulo.

Nesse contexto, Gardbaum (2001) reconhece que a existência da Carta de Direitos Fundamentais canadense permitiria criar responsabilidades conjuntas e diálogos genuínos entre os tribunais e legislaturas. Esse aspecto deve ser criticado na medida em que se espera que haja virtudes políticas das instituições ao reconhecerem na mera normatividade dos textos a possibilidade de criação de circunstâncias políticas capazes de efetivamente gerar um ambiente mais propício ao diálogo genuíno (BATEUP, 2006). Essa constatação apresenta o clássico conflito entre institucionalismo e culturalismo.

Segundo Bateup, as teorias dos diálogos transitam entre perspectivas normativas e descritivas, sendo que quanto mais prescritiva for a teoria dos diálogos constitucionais, menos provável que ela aborde questões de legitimidade de forma adequada. Isso porque tendem a privilegiar o papel dos juízes na tomada de decisão constitucional. Lado outro, perspectivas positivas (descritivas) tendem a fornecer maiores evidências de que a preocupação contramajoritária é exagerada¹⁹. A aposta feita pela autora está numa teoria do "equilíbrio" em

sociais. GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁹ Nesse sentido, cf. a sugestão de Barry Friedman (1993), para quem a obra-referência de Bickel e seu foco na dificuldade contramajoritária teriam intoxicado a teoria constitucional estadunidense. Para Friedman, a relação dialógica entre Suprema Corte e Parlamento é uma constatação descritiva da realidade, e não propriamente um ideal regulatório da atividade do Tribunal. Nas palavras do autor: “Eu chamo o processo de revisão judicial que realmente ocorre no mundo forense de *diálogo*. O termo enfatiza que a revisão judicial é significativamente mais interdependente e interativa do que geralmente descrito. A Constituição não é interpretada por juízes distantes que impõem sua vontade sobre o povo. Pelo contrário, a interpretação constitucional é uma discussão elaborada entre juízes e o corpo político”. (FRIEDMAN, 1993, p. 653. Ênfase do original).

que a capacidade do judiciário deve ser direcionada a facilitar o debate constitucional em toda a sociedade (BATEUP, 2006).

O que se pretende desenvolver nos próximos itens é justamente a apresentação das principais perspectivas e premissas das denominadas Teorias dos Diálogos Constitucionais, transitando entre as perspectivas normativas (nas quais a própria noção de diálogos figura como uma ideal ou uma virtude capaz de conferir maior legitimidade ao processo de interpretação constitucional) e descritivas (em que os diálogos são utilizados como caracterização real do processo interpretativo).

3.1. Teorias do Diálogo Constitucional

Como já anunciado, para a apresentação das Teorias dos Diálogos Constitucionais utilizaremos a metodologia utilizada por Christine Bateup, em seu texto “*The Dialogic Promise*” (2006), que representou um importante esforço de mapeamento e tentativa de catalogar as principais características e teses defendidas pelas mais diversas teorias dialógicas. Nesse sentido, parte-se da análise das teorias dos diálogos, de como elas respondem ou não de forma satisfatória à preocupação contramajoritária e como elas podem fornecer um relato de como a revisão judicial deve ser realizada.

Partiremos de construções teóricas de cunho mais normativo, ou seja, que partem de uma perspectiva prescritiva que vislumbra responder “como os juízes devem julgar?” ou “como as instituições devem atuar no processo de construção do sentido constitucional?”, em direção às perspectivas prioritariamente “descritivas”, ou seja, que para além de pensar como as instituições devem agir, se preocupa igualmente com o fato de *como* elas atuam.

Espera-se, ao final desta seção, apresentar um mapeamento das principais teses defendidas pelas teorias dos diálogos constitucionais, a partir das suas principais vertentes. Busca-se, também, perceber se o viés normativo ou positivo trará maiores ou menores contribuições quanto à compreensão do processo de construção do sentido constitucional.

3.1.1. Teorias do Método Judicial

Para a autora canadense, as teorias dos diálogos de caráter predominantemente normativo podem ser denominadas genericamente *teorias do método judicial*. A concepção unificadora dessa perspectiva teórica está concentrada na ideia de que os membros do Poder Judiciário devem adotar uma postura consciente de técnicas de tomada de decisão que passem a estimular debates mais amplos sobre o significado constitucional com os demais ramos políticos do governo (BATEUP, 2006, p. 17).

Assim, as teorias do método judicial trazem como núcleo a exigência de uma postura do magistrado que impulse o diálogo para se permitir a construção do sentido constitucional, ainda que questões mais abrangentes se façam presentes. Logo, essa proposta reconhece as contribuições que a relação dialógica fornece em relação ao dilema contramajoritário. Entretanto, enquanto teorias normativas, ainda permanecem presas na ideia de que a mera possibilidade de um grande ganho democrático com as perspectivas dialógicas seria o suficiente para modificar a realidade diária das interações das instituições e da própria revisão judicial.

Assim, a pergunta que se impõe no confronto com as aspirações das teorias dialógicas normativas poderia ser formulada nos seguintes termos: as teorias prescritivas estariam satisfeitas em apresentar uma perspectiva que force um ganho democrático? Poderia haver um ganho democrático tão somente a partir de reformulações nos desenhos institucionais? Ou, pensando-se no propósito de orientar o comportamento dialógico: o que levaria os julgadores a incentivar os diálogos? Existem fatores internos e externos às instituições que poderiam influenciar de forma mais poderosa o modo como os juízes julgam? Se há um valor *per se* nas relações dialógicas, esse valor seria suficiente para impulsionar os juízes a julgar de forma dialógica? De que maneira os dados da realidade - “como os juízes efetivamente julgam?” - importam às teorias normativas dos diálogos? (BATEUP, 2006)

A resposta a essas perguntas passa a ser a preocupação fundamental para verificar em que medida essas teorias, de fato, superam o dilema contramajoritário. Para a autora canadense, tais teorias falham exatamente por não levarem em consideração uma dinâmica positiva pré-existente do sistema constitucional (BATEUP, 2006, p. 17).

Isto pontuado, passaremos às principais modalidades das teorias normativas dialógicas centradas no método judicial.

3.1.1.1 Método do Aconselhamento Judicial (*Judicial Advice-Giving*)

As denominadas teorias do aconselhamento judicial (*Judicial Advice-Giving*) sugerem que a postura a ser adotada pelo Judiciário deve ser no sentido de recomendar ações particulares aos poderes políticos, de mera apresentação de conselhos aos demais poderes sobre as formas de se evitar problemas constitucionais. Assim, apresentam tão somente conselhos opinativos, visões do Judiciário sobre determinados temas constitucionais que não possuem caráter vinculante, mas meramente persuasivos, em uma perspectiva educativa e moralizante dos demais ramos do Poder (BATEUP, 2006, p. 17). O Judiciário passa a traçar um caminho a ser percorrido, o denominado “mapa da estrada constitucional” por Eric Luna, aos demais ramos do Poder, de tal forma que evite futuros e eventuais incidentes constitucionais (BATEUP, 2006, p. 17).

Tais incidentes podem acontecer. Caberia ao Judiciário, então, o papel de incentivar os órgãos políticos a revisar a lei em desacordo com a constituição, prezando pela remoção de ambiguidades e lacunas, sob a promessa de, uma vez não promovida as modificações legais sugeridas, declarar ele mesmo a inconstitucionalidade do ato normativo no futuro (BATEUP, 2006, p. 18).

Mais uma vez estamos diante de uma perspectiva em que o Judiciário estaria vestido de uma virtude de autocontenção e que optaria por meramente indicar caminhos, de forma menos profunda e mais estreita, aos demais ramos da política. Haveria, portanto, uma relação interativa de aconselhamentos. Pouco importa a realidade da prática judicial; não há maiores preocupações para averiguar se, eventualmente, as virtudes recomendadas circulam na maneira pela qual as instituições se relacionam. A aposta ainda está em verificar que esse seria “um melhor modelo”, democraticamente mais legítimo.

A vantagem do método do aconselhamento judicial estaria na promoção do processo de aprendizagem entre as instituições, de tal maneira que os ramos da política seriam encorajados a dar uma resposta constitucional mais adequada nos processos de elaboração das leis. Ao mesmo tempo, mantém-se a possibilidade de controle pelo Judiciário. A primazia, contudo, é pelo ciclo educativo e dialógico entre os ramos da política, mirando-se um ambiente político-institucional geral mais qualificado para a interpretação constitucional (BATEUP, 2006, p. 19).

Para Bateup (2006, p. 19) a Teoria do *Judicial Advice-Giving* realiza uma descrição tão empobrecida das relações institucionais e da própria *judicial review* que sequer deveria ser considerada uma teoria dos diálogos constitucionais. Para a autora canadense (BATEUP, 2006, p. 19-21), a teoria apresentada padece dos seguintes problemas:

- i.: ao se estabelecer que ao Judiciário caberia dar conselhos aos demais ramos da política, presume que esta esfera do Poder estaria numa posição privilegiada para aconselhar os ramos da política sobre questões constitucionais, o que normativa e empiricamente não se comprova;²⁰
- ii.: presume que seria confiável deixar ao Judiciário determinar o significado constitucional ao indicar o conteúdo dos conselhos;
- iii.: centraliza as questões constitucionais no Judiciário, na medida em que supõe que é esse Poder que compreende qual deve ser a extensão do sentido constitucional;
- iv.: Embora possa reduzir a quantidade de leis que seriam declaradas inconstitucionais pelo Judiciário, aliviando o dilema contramajoritário, por estar em um espaço privilegiado que lhe permitiria dar o melhor sentido constitucional em seus conselhos, ao longo do tempo haveria uma substituição das razões legislativas por razões judiciárias;
- v.: Por indicar o Judiciário como um ramo privilegiado quanto às questões constitucionais, indica uma desconfiança quanto à atuação do Legislativo, de tal maneira que este não conseguiria alcançar respostas constitucionais sem o auxílio ou conselho do Judiciário;
- vi.: o Legislativo não faria interpretações constitucionais adequadas devido à força da presença de interesses particulares a maximizar as preferências majoritárias.

Na medida em que a teoria escolhe o Judiciário como o órgão institucional que possui capacidades especiais para encontrar o *verdadeiro* ou *mais adequado* sentido constitucional, há uma dicotomia que enfraquece até mesmo o dilema contramajoritário. Há, na verdade, uma contradição de forma, na medida em que a escolha pelo legislativo para tratar dos assuntos constitucionais reside no fato de não encontrarmos outra forma mais adequada democraticamente para determinar o sentido constitucional. Ou seja, é a partir da ideia de legitimidade democrática para resolver questões que geram desacordos morais razoáveis que o Legislativo deve decidir questões constitucionais.

Quando se afirma que o Judiciário realiza interpretações constitucionais e fornece conselhos constitucionais aos demais ramos do Poder há a ideia de que ele alcança a melhor interpretação. A ideia de existência de um mapa desemboca necessariamente na ideia de que existe um único caminho correto. Onde está o fundamento último de que a resposta para o gabarito constitucional está com a Corte, a ponto desta poder ameaçar declarar inconstitucional

²⁰ Do ponto de vista epistemológico, normalmente se pede um conselho a um agente considerado um *expert* na matéria (ZHANG, 2021). Dessa forma, é possível dizer que o modelo do aconselhamento judicial pressupõe a superioridade epistêmica do Judiciário na interpretação constitucional, o que leva, conseqüentemente, à supremacia judicial.

no futuro uma lei?²¹ Assim, podemos afirmar que as teorias do *aconselhamento judicial* permanecem com a problemática de não superação da supremacia judicial e do próprio dilema contramajoritário, pois encerra no próprio Poder Judiciário a fonte da resposta correta que lhe permite aconselhar o Poder Legislativo, reforçando sua supremacia.

3.1.1.2 Regras centradas no procedimento (*Process-Centered Rules*)

Para a Teoria das *Regras Centradas no Procedimento*, no lugar de indicar o Judiciário como o fornecedor das orientações e conselhos aos demais ramos da política, caberia a este garantir regras que permitam aos atores políticos que levem em consideração, nos processos de elaboração das leis, valores constitucionais. Caso tenha observado que os ramos da política não levaram a sério os valores constitucionais no processo de elaboração das leis, o Judiciário pode forçar esses poderes a reconsiderar suas decisões com o nível apropriado de atenção a esses valores (BATEUP, 2006, p. 23).

Nesses termos, o Judiciário deixaria ao Legislativo o potencial da última palavra sobre o sentido constitucional. O Judiciário inicia, portanto, o que Conrado Hübner Mendes (2013) chama de rodadas procedimentais deliberativas, na medida em que o referido poder provoca as relações dialógicas com outros órgãos não judiciais. Há uma construção do sentido constitucional de forma compartilhada.

Para a autora canadense, haveria um papel duplo desempenhado pela aposta nas capacidades deliberativas: a) os juízes se afastam de decidir de forma conclusiva e última sobre questões constitucionais, abrindo espaço para as deliberações; b) incentiva-se o Judiciário a adotar uma perspectiva mais ativa ao reconhecer a virtude das relações claras entre Judiciário e demais ramos da Política. Assim, haveria uma melhoria na teoria das *regras centradas no*

²¹ Um caso parecido (embora o legislativo não tenha pedido conselhos, destaca-se) aconteceu recentemente no Brasil. O ministro Luís Roberto Barroso, em palestra pública, chamou a atenção para o que ele considerava um problema no direito brasileiro: o “fato” de que 98% das ações trabalhistas de todo o mundo estavam concentradas apenas na jurisdição trabalhista brasileira. Como aponta Bustamante (2021, p. 416), o suposto fato invocado pelo ministro Barroso foi utilizado como uma justificativa para a Reforma Trabalhista (que, entre outras medidas, restringiu o direito de ação dos trabalhadores) no parecer do relator do projeto legislativo no Senado Federal. Posteriormente, quando a Reforma foi judicializada no STF, o relator do caso foi o ministro Barroso, que pôde então pronunciar-se judicialmente acerca do que ele já havia considerado anteriormente como uma questão problemática. Não é difícil interpretar a atuação do ministro (antes e depois da judicialização) como uma espécie de “conselho” ao Parlamento brasileiro, como uma tentativa de moldar a agenda pública. À luz desse caso concreto, fica evidente que até mesmo a noção de legitimidade que as teorias do aconselhamento buscam promover é falha.

procedimento em relação à *teoria dos aconselhamentos judiciais*, haja vista que aqui não há uma desconfiança quanto aos poderes políticos em relação às valorações constitucionais (BATEUP, 2006, p. 24).

As regras centradas no procedimento são mais bem sucedidas também em outros aspectos, a saber:

- i.: minimizam as preocupações quanto à legitimidade democrática na medida em que, ao reconhecerem que os poderes políticos também consideram valores constitucionais em suas atuações, abrem maior espaço aos ramos políticos para resolver questões constitucionais substantivas;
- ii.: a compreensão de diálogo é normativamente mais atraente, pois apresenta uma descrição baseada em premissas mais realistas sobre os processos legislativos e políticos;
- iii.: há consciência de que existem questões temporais, eleitorais e pressões partidárias que impedem ao legislativo fazer valores constitucionais substantivos da forma mais adequada, mas é justamente nesse contexto que surge aos juízes a função de envolver os poderes políticos em um diálogo sobre a importância de se considerar valores constitucionais de uma forma racional e consistente (BATEUP, 2006, p. 25).

Entretanto, é importante refletir como as regras centradas no processo e as regras substantivas de tomada de decisões judiciais interagem. A pergunta colocada por Bateup (2005, p. 25) é: quando os juízes devem lançar mão de regras de procedimento ou regras de valores constitucionais para declarar uma lei inconstitucional?

Os questionamentos aqui colocados se aproximam da questão inserida no debate entre John Hart Ely e Ronald Dworkin sobre questões procedimentais e substanciais. Na medida em que Ely defende a ideia de que o Judiciário seria a última trincheira para a proteção dos procedimentos democráticos, e que este seria o seu papel, sem realizar escolhas ou deliberações substantivas sobre qual deve ser o conteúdo dos valores constitucionais, a pergunta posta por Dworkin é a seguinte: como realizar escolhas sobre determinados procedimentos sem realizar escolhas substantivas? É possível dissociar questões procedimentais de escolhas substantivas? Na medida em que se defende que deve haver um processo legislativo em que é necessário observar representações minoritárias, inevitavelmente isso representa a escolha de determinados valores constitucionais mais abstratos. Em última análise, as regras procedimentais refletem valores constitucionais substantivos mais abstratos.

Quando o tribunal utiliza regras substantivas, mais uma vez o problema contramajoritário surge. Dificilmente os ramos da política promovem uma “segunda análise” dos textos legais provocados pelo Judiciário. Poderá, por exemplo, ocorrer de o consenso

existente no momento da elaboração da lei questionada não existir mais, impossibilitando a revisão substantiva da lei (BATEUP, 2006, p. 26).

Não obstante a aparente vantagem da noção de diálogos utilizada nesse modelo (ao menos se comparada com o aspecto normativo-legitimador do aconselhamento judicial) existe falha relacionada à provisoriedade que tal noção invoca.

As pretensões dos intérpretes, na realidade de trabalho em que elas operam, raramente assumirão a forma de uma proposição constitucional provisória. Pelo contrário, interpretações constitucionais tipicamente assumem a forma de que algo é “constitucional” ou “inconstitucional”, ou que determinado estado de coisas é “o sentido constitucional”, ou, ainda, “não está de acordo com o espírito constitucional”. Não é comum o uso de qualificadores como “provisório” ou “momentâneo”. “O sentido constitucional *provisório* é X” não é uma proposição familiar na prática da interpretação constitucional. Nesse sentido, o fenômeno da judicialização da política contribui ainda mais para uma dimensão de permanência, agravando a situação:

[...] Mesmo que as vitórias constitucionais não possam ser perpétuas, partidários políticos são, entretanto, instados a falar e agir como se elas pudessem, ao invés de serem forçados a viver com o pensamento sóbrio de que suas preferências políticas refletem nada mais do que a vontade de uma maioria transitória. [...] A política judicial baseada em direitos [rights-based judicial policymaking] também confere às preferências políticas vitoriosas nos tribunais uma aura de força coerciva e de permanência que elas não merecem. Questões que deveriam sujeitar-se ao contínuo fluxo governamental pela discussão são vistas como excedentes da fronteira do debate legítimo, com as partes sustentando o direito à vitória permanente. (MORTON; KNOPFF, 2000, p. 166).

Assim, o pronunciamento judicial, mesmo que orientado pelo fomento às rodadas dialógicas e tendo como norte o ideal de que sua palavra é provisória, acabaria chancelando as partes vitoriosas (ainda que tais vitórias possam ser vistas como vitórias provisórias, já que a composição do Tribunal pode mudar, ou a opinião pública pode caminhar em sentido contrário no futuro) de modo que torna-se mais fácil conceber tais vitórias como trunfos permanentes. Os atores políticos tenderiam a empoderar-se com uma decisão judicial em matéria constitucional, tendo o efeito contrário ao que o ideal deliberativo e da provisoriedade buscam originalmente.

3.1.1.3 Minimalismo Judicial (*Judicial Minimalism*)

Diferente das teorias apresentadas acima, que caminham para um certo protagonismo do Judiciário, a perspectiva do *minimalismo* parte da ideia de que o Judiciário deve se abster de julgar, deixando a decisão nas mãos dos poderes políticos. Bickel defende as chamadas “virtudes passivas”, que incluem técnicas como “amadurecimento” ou “maturação” (*ripeness*), o reconhecimento da perda de objeto (*mootness*) a doutrina da vagueza, a doutrina das questões políticas e a concessão de *certiorari* (BICKEL *apud* BATEUP, 2006, p. 27).

As virtudes passivas são técnicas judiciais de “não fazer”, de tal maneira que, embora as cortes possam proteger valores e princípios constitucionais, devem atuar com autocontenção em relação às questões políticas mais delicadas e controversas, a fim de se protegerem de possíveis reações políticas (BATEUP, 2006, p. 27). Nesse sentido,

[...] o uso judicial das virtudes passivas incentiva o diálogo constitucional, pois dá aos poderes políticos, junto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais decisivas por meio de canais democráticos, enquanto a questão de princípio “permanece em suspenso e em processo de amadurecimento”. (BATEUP, 2006, p. 27).

Um dos principais expoentes do minimalismo, Cass Sunstein (*apud* BATEUP, 2006, p. 27) defende que os tribunais devem adotar uma estratégia de “não dizer mais nada além do que o necessário para justificar um resultado, deixando tanto quanto possível indeciso”. Assim, os juízes devem manifestar seus votos de maneira “rasa e estreita”, de tal maneira a evitarem fazer referência a princípios básicos ou fundamentais, preferindo julgamentos concretos para casos particulares (BATEUP, 2006, p. 27).

Em *Interpretation and Institutions* (2015), Sunstein e Vermeule afirmam que deve-se preferir uma “segunda melhor abordagem” (*second best approach*), na medida em que os juízes devem primar pelos resultados em detrimento das fundamentações pautadas em valores mais abstratos, de primeira ordem. Para esses autores, seria possível realizar juízos quanto a resultados sem que fosse necessário realizar reflexões a respeito de questões valorativas mais abstratas no nível mais fundamental. Referida perspectiva é passível de crítica, na medida em que qualquer escolha, ainda que baseada em resultados, exige um juízo de reflexão prévio de justificação voltado à valores - uma objeção dworkiniana poderia apontar que a própria divisão entre juízos de primeiro e segundo nível só é inteligível a partir de valores morais de primeira ordem.

Segundo Bateup, embora Sunstein não reconheça ele próprio o minimalismo como uma teoria dos diálogos, alguns teóricos o reconhecem como tal. Assim o é, pois ao defender decisões rasas e estreitas, abre-se caminho para que os demais ramos da política possam tratar dos mencionados temas constitucionais. Aqui parece haver um certo esvaziamento teórico, na medida em que qualquer teoria que permita alguma construção de interação, mais ou menos virtuosa (aqui denominado de virtuosa em uma perspectiva de humildade cognitiva da instituição que abre deferência às razões das demais instituições), poderá ser observada como teoria dos diálogos. Inclusive, para se apropriar de uma expressão de Rodrigo Brandão, até mesmo uma teoria que projeta uma relação de gritos pode ser classificada como teoria dos diálogos, se considerarmos o alargamento do conceito.

A aproximação entre o minimalismo e as teorias dos diálogos fica mais evidente a partir de duas perspectivas diferenciadas por Sunstein: o minimalismo procedimental e o minimalismo substantivo. De acordo com Sunstein (1999, p. 61), o minimalismo procedimental é orientado de forma a “[...] deixar as coisas em aberto”, sem necessariamente fomentar comprometimentos normativos mais robustos. Nesse sentido, abre-se caminho para a interpretação dialógica da proposta de Sunstein, na medida em que as virtudes minimalistas (sobretudo em sua forma procedimentalista) “permitem aos juízes abrir um diálogo com os ramos políticos do governo”, de modo a “[...] encorajar a resolução política de questões constitucionais objetos de desacordo” (BATEUP, 2006, p. 1133).

Assim, é necessário refletir se existe alguma teoria a respeito da revisão judicial ou sobre interpretação constitucional que defenda teórica ou empiricamente um isolamento absoluto dos Poderes de Estado. Há alguma teoria que defenda uma separação hermética de funções dos Poderes de tal maneira que não haverá sequer interação entre eles? Não sendo possível uma resposta positiva diante do atual estágio de desenvolvimento das democracias modernas, para se alcançar uma maior clareza sobre o que se quer dizer com Teoria dos Diálogos Constitucionais, é necessário refletir se existe algum aspecto que diferencie as teorias dos diálogos constitucionais das demais teorias da revisão judicial.

A respeito da justificativa do *minimalismo*, Sunstein trata da chamada *policy distortion* (distorção da política) e *democratic debilitation* (debilitação democrática). A primeira é reduzida com o incentivo à resolução de questões através de canais democráticos. A segunda é reduzida pelo minimalismo na medida em que o uso dessas técnicas envia ao

Legislativo uma mensagem de que eles não podem enviar ao Judiciário questões que envolvam desacordo, cabendo a ele resolver as questões constitucionais difíceis (BATEUP, 2006, p. 29).

Podemos interpretar “distorções da política” como manifestações que não representam necessariamente a vontade popular. Tais distorções seriam resolvidas mediante a tomada de decisão por meio de canais democráticos, uma vez que as legislaturas devem atuar independentemente da solução de casos particulares. Já as “debilitações democráticas” seriam representadas pela possibilidade de o Legislativo deixar de legislar sobre importantes questões constitucionais que seriam resolvidas pelas Cortes. Entretanto, na medida em que a Corte afirma que não irá deliberar, ou que irá decidir de forma mais restrita, rasa e estreita possível, ela acaba encaminhando um recado às legislaturas.

O minimalismo, assim, deve ser utilizado tão somente em circunstâncias em que haja verdadeiros desacordos morais e debates sobre questões constitucionais. Desse modo, existem circunstâncias particulares em que o minimalismo deve ser objetivado. Lado outro, em circunstâncias em que as legislaturas não deem conta do recado, pode ser necessária uma atuação judiciária mais expansiva, garantindo-se uma adesão às condições prévias da democracia.

Importante notar que haverá dificuldades em determinar quais casos exigirão ou não uma atuação minimalista ou maximalista. Em quais circunstâncias é possível determinar que houve uma falha no processo político? Caso haja uma abertura ampla para determinar quais casos permitirão uma atuação maximalista (ou que o custo de uma atuação minimalista é muito alto), haverá simplesmente um esvaziamento da proposta original.

Mesmo em perspectivas minimalistas, Sunstein encontra circunstâncias que permitem uma atuação especial do Judiciário. É justamente nessas concessões que as teorias dos diálogos constitucionais não conseguem superar um problema que promete superar: a supremacia judicial. Ainda, há que se diferenciar o que se determina por supremacia judicial e dilema contramajoritário. Será que um tribunal poderá ser reconhecido como centralizado no desenho institucional e, ainda assim, contornar o dilema contramajoritário? Ou seja, há uma relação de necessidade entre supremacia judicial e dilema contramajoritário? Esses são questionamentos que, como tem-se visto, permeiam diversas propostas nas teorias dos diálogos.

Outro ponto obscuro quanto ao maximalismo defendido por Sunstein, diz respeito ao tipo de maximalismo que ele está defendendo. Estamos diante da *first* ou da *second best approach*? Isso faz diferença quando estamos lidando com questões procedimentais? Há

possibilidade de realizar juízos somente de conteúdo procedimental sem realizar análises de conteúdo (a exemplo do supracitado debate entre Ely e Dworkin)? Essas são questões que também podem colocar em xeque a própria noção de minimalismo judicial.

Segundo Bateup (2006, p. 30-31), o minimalismo de Sunstein ignora as contribuições que as capacidades deliberativas podem oferecer no processo de construção do sentido constitucional, na medida em que defender uma postura de autocontenção do Judiciário, permitindo a construção de espaços deliberativos, não significa pensar a respeito das contribuições e a força da própria deliberação em si. Para a autora canadense, será uma análise que parta do valor da própria deliberação que permitirá pensar funções institucionais aos poderes (BATEUP, 2006, p. 30-31).

As teorias dialógicas do método judicial não enfrentam adequadamente a questão de como os diálogos constitucionais não dependem apenas de ações judiciais, mas também como os ramos políticos do governo respondem às decisões judiciais na prática (BATEUP, 2006, p. 31). Partindo da compreensão de que os ramos da política reagem às decisões judiciais muito mais no tocante aos funcionamentos institucionais (relações entre as instituições) do que em relação às técnicas decisórias, essas teorias falham ao fazer uma análise deficitária de conjectura e funcionamento.

3.1.2. Teorias Estruturais do Diálogo (*Structural Theories of Dialogue*)

Teorias estruturais dos diálogos são baseadas no “reconhecimento de que existem mecanismos políticos ou institucionais dentro do sistema constitucional que permitem aos atores políticos responder às decisões judiciais em caso de desacordo” (BATEUP, 2006, p. 1136). Um diálogo sobre o significado constitucional surge quando, por meio desses mecanismos de respostas, permite-se um processo dinâmico de vaivém de razões entre juízes e outros atores constitucionais (BATEUP, 2006, p. 32).

A partir daqui poderíamos dar uma resposta mais adequada ao que Gabriel Cruz chama de “Teoria das Interações Institucionais”, na medida em que, pelo menos na perspectiva das Teorias Estruturais do Diálogo, a compreensão de diálogo exige necessariamente que haja uma troca (um dar e receber) razões entre as instituições, seja no sentido de aderência, afastamento, alteração do curso, ou qualquer caminho que se perseguirá após as trocas. Veja-se que não se trata de mera relação gravitacional, ou seja, reações inevitáveis decorrentes da

mera existência das próprias instituições, mas o diálogo representa um agir para, uma ação mais ou menos coordenada em que as instituições se conectam mediante dutos de trocas de razões.

Quanto mais as teorias caminham para uma perspectiva normativa, maior o desafio de responder ao problema contramajoritário, sendo essa tensão aliviada quando há perspectivas descritivo-positivas. As perspectivas positivas aliviam essa tensão porque elas dão conta de demonstrar que a construção do sentido constitucional se dá para além da atuação das próprias cortes ou porque se houver uma construção teórica positiva haverá um ganho nesse sentido? Qual a ordem desses fatores?

Defende-se que, para as teorias estruturais do diálogo apresentarem algum resultado importante, deve-se demonstrar algum papel especial dos tribunais nesses diálogos. Uma resposta sobre a “melhor” resposta sobre o sentido constitucional passa necessariamente por responder à pergunta sobre qual é o papel dos juízes nessa dinâmica. Para Bateup (2006, p. 33), essa perspectiva falha ao apresentar uma leitura supervalorizada do Judiciário.

3.1.2.1. Teorias da Construção Coordenada (*Coordinated Construction Theories*)

Segundo Bateup, a Construção de Coordenadas se apresenta como um dos mais antigos métodos de interpretação constitucional, sendo proposto inicialmente por Thomas Madison, representado pela ideia de que o sentido constitucional deve ser entendido e alcançado a partir de um empreendimento compartilhado pelos tribunais e demais ramos políticos do governo. Isso tudo porque a Constituição não atribuiu a função de guardar um sentido da Constituição a algum poder. Para Thomas Jefferson, cada ramo do governo possui “coordenadas independentes”, tendo responsabilidade pela interpretação da Constituição no que diz respeito às suas próprias funções. Os críticos irão afirmar que isso pode levar a uma anarquia constitucional, sendo necessário indicar quem deve ter a última palavra final (definitiva). (BATEUP, 2006, p. 34).

Cada ramo do governo busca interpretar quais as suas atribuições, funções, mas também realizar interpretações sobre valores mais profundos da Constituição. Havendo possibilidade de os tribunais controlarem o sentido constitucional por meio do controle de constitucionalidade, poderão os demais ramos políticos do governo responder a essas

interpretações, criando legislações com entendimentos divergentes e autênticos. Logo, não haverá um detentor da última palavra, mas uma solução provisória, precária, que poderá sempre ser revista no futuro (BATEUP, 2006, p. 34).

Importante esclarecer que não existem prejuízos sobre a falaciosa promessa da previsibilidade das decisões judiciais quando não possuímos uma autoridade última sobre qual deve ser o sentido constitucional. No tocante à disputa entre última palavra e um ou mais intérpretes, a análise das teorias da construção coordenada, no bojo das teorias dialógicas estruturais, suscitam uma série de perguntas que instigam à reflexão crítica sobre as relações autoritativas entre diferentes intérpretes: quais os impactos produzidos de forma negativa sobre o processo de construção de um melhor sentido constitucional quando não se tem uma única autoridade para apresentar o sentido constitucional? Quais os riscos reais de uma “anarquia” na hermenêutica constitucional? O fato de todos poderem interpretar a Constituição é uma questão que está no campo das possibilidades ou das necessidades? Há um mundo em que somente alguns interpretam a Constituição? Ainda que poucos tenham a competência formal para apresentar a “última palavra” sobre o sentido constitucional, isso se comprova na realidade da prática judicial? Em outras palavras, em que medida um órgão está imune às razões interpretativas apresentadas por outras instituições? Faz sentido a pergunta apresentada por Agresto: Se cada ramo pudesse absolutamente e com a finalidade de decidir para si próprio os limites de seu poder, como se daria a verificação de eventuais abusos?

Essas são perguntas que também buscaremos responder ao longo do presente trabalho, ainda que em forma de excursão, mas que são fundamentais para a compreensão da importância e da forma pela qual se constitui a legitimidade democrática das decisões judiciais, bem como o papel de (des)constituição dessa legitimidade a partir das perspectivas dialógicas.

Para as teorias das coordenadas, cada ramo do governo teria autonomia para realizar suas próprias interpretações sobre o sentido constitucional. Como já sinalizado, a relação de freios e contra-pesos impediria resultados negativos de uma possível anarquia constitucional (BATEUP, 2006, p. 35).

Dado que a possibilidade de produção de resultados inconstitucionais circunscreve todos os ramos institucionais, a possibilidade de revisão e controle dos atos do Judiciário torna a revisão judicial não uma última palavra, mas uma palavra final provisória. Essa provisoriedade pode contribuir, inclusive, para que o Judiciário assumira uma postura

exploratória, na medida em que testa e busca incentivar o debate com os demais ramos do Poder (BATEUP, 2006, p. 36).

Na visão de Bateup, essa perspectiva teórica apresenta ganhos na medida em que apresenta uma análise positiva do processo de interpretação constitucional mais realista, ou seja, confere um peso à análise empírica que aponta para o fato do sentido do texto constitucional se construir de forma fragmentada, na medida em que não cabe tão somente ao Judiciário realizar a última e definitiva interpretação do texto constitucional. Para a autora (BATEUP, 2006, p. 37), contemplar essa dimensão positivo-descritiva também é desejável para as teorias mais presas ao espectro normativo. Em outras palavras, deseja-se que a interpretação constitucional se dê ao longo do desenvolvimento do tempo e que seja fruto das trocas entre os poderes, ou seja, que seja proveniente da relação de um poder fragmentado e relativamente diluído, portanto, democraticamente oxigenado. Nas palavras da autora:

[...] Adicionalmente à descrição da dinâmica positiva da interpretação constitucional nos Estados Unidos, essa compreensão de diálogo também é vista como uma maneira normativamente desejável para o desenvolvimento do sentido constitucional ao longo do tempo, tanto porque o sistema constitucional americano demonstra uma clara preferência por poder fragmentado, como porque tal “intercâmbio vigoroso” entre iguais atores resulta em uma interpretação mais “vibrante e durável” da constituição. (BATEUP, 2006, p. 37).

Toda essa dinâmica de reconhecimento da construção do sentido constitucional para além da atuação exclusiva das cortes aponta um problema nas teorias constitucionais normativas. Estas partem da premissa de que há um dado da realidade (não verificado), ou seja, de que há necessariamente uma *supremacia judicial*. Nesses termos, direcionam-se no combate a uma dinâmica interpretativa de hipertrofia do Judiciário que monopoliza o processo de construção do sentido constitucional. O que Bateup busca demonstrar é que tais premissas são falsas, ao menos no contexto norte-americano. Seria metodologicamente necessário verificar se, de fato, as cortes operam como detentoras da última palavra. Portanto, essa exigência metodológica já conferiria um primeiro ganho com a adoção de uma perspectiva estrutural (BATEUP, 2006, p. 37). Um segundo ganho residiria na demonstração de que os ramos políticos do governo estão motivados a decidir de acordo com os valores e procedimentos constitucionais; estão motivados a se envolver institucionalmente com interpretações que levam em consideração princípios constitucionais (BATEUP, 2006, p. 37).

Por outro lado, a Teoria da Construção Coordenada falha ao fornecer uma descrição não satisfatória dos diálogos, falha que também é percebida no tocante à sua perspectiva

normativa de diálogo. A título de exemplo, para a autora canadense a resposta institucional do caso *Roe vs. Wade* se deu muito mais pela forma como o Legislativo encarava o Judiciário, de deferência a suas decisões e dos cálculos de desgaste político diante de eventual resistência, do que por uma solução baseada nas razões especiais apresentadas pela Corte. A questão é que houve uma estabilização nos EUA sobre a questão do aborto, ainda que temporária (em decorrência desses cálculos de aderência e custo político entre os poderes, para além de razões especiais dos *justices* apresentadas nos votos), o que implicou o chamamento de outras instituições para o debate público²² (BATEUP, 2006, p. 38-39).

Ao analisar a presente teoria, embora Bateup tenda a indicar os benefícios e as vantagens dos diálogos constitucionais nessa vertente, o que se observa é que, ao final, ela reconhece que algo determinante na estabilização da “última palavra provisória” na Corte foram cálculos estratégicos de custo e benefício. Em outras palavras, não fora qualquer razão moralmente abstrata, constitucionalmente adequada, lastreada em princípios ou valores estabelecidos pelos pais fundadores que se apresentou como motivação última para que a Corte decidisse, mas sim a atuação estratégica das instituições (cálculos de resultado). Logo, é fundamental colocar diante dos nossos olhos uma ressalva sobre qual a importância e qual o grau de determinação dos cálculos estratégicos realizados pelas instituições e agentes no processo de construção do sentido constitucional.

Assim, Bateup afirma ser possível fazer algumas conjecturas, que iremos abordar com maior profundidade em outra oportunidade²³, para afirmar que esses cálculos são possíveis tendo em vista que: a) como demonstrado descritivamente, não existe uma supremacia judicial aprioristicamente conceitual, ou seja, o sentido constitucional também pode e é estabelecido por outras instituições não judiciais. Com isso, há possibilidade de se realizar cálculos sobre qual seria o lugar mais adequado e menos custoso para deixar a competência para decidir; b) a possibilidade de apresentar uma certa dinâmica (movimento) sobre quem decide sobre questões constitucionais é: b.1) viabilizada justamente pelas relações dialógicas estabelecidas entre as instituições; b.2) otimizada pelas relações dialógicas. Quando se decide que o sentido constitucional deve permanecer nos tribunais, o que se tem é que o papel dos tribunais não será

²² O caso foi, inclusive, revisto em junho de 2022 pela Corte dos Estados Unidos no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, revisitando o caso *Roe v. Wade*.

²³ Ver primeiro e quarto capítulos.

mais somente de coordenador das interpretações constitucionais (essa dinâmica vai para além disso) (BATEUP, 2006, p. 39).

Uma outra crítica está relacionada à visão competitiva de diálogo constitucional. Para essa perspectiva, interpretação constitucional que será a vencedora (ou a adotada) seria aquela estabelecida pela instituição vencedora (ou seja, há uma relação competitiva). No entanto, é questionável que uma relação competitiva permita a construção de decisões duradouras (BATEUP, 2006, p. 40). Seriam mais vantajosas e mais perenes aquelas decisões cujo resultado seja proveniente de relações de trocas de razões, em que os participantes possam ingressar em um processo de aprendizagem conjunto.

Afinal, a pergunta que persiste é a seguinte: se os juízes são outras vozes, como qualquer outra voz institucional, qual seria a razão de atribuir a eles essa função de construir o sentido constitucional? (BATEUP, 2006, p. 40).

3.1.2.2. Teorias do Princípio Judicial (*Theories of Judicial Principle*)

Diferentemente das teorias da construção coordenada, que não atribuem aos tribunais nenhuma função, valor ou poderes especiais no processo de construção do sentido constitucional, as *teorias positivas do princípio judicial* “propõem que os juízes desempenham uma função dialógica única com base em sua competência institucional especial em relação às questões de princípios” (BATEUP, 2006, p. 1143). Ou seja, o Judiciário estaria em uma posição privilegiada para a proteção de direitos e garantias fundamentais e, por conta disso, ocuparia um lugar de destaque nos processos dialógicos de construção e proteção dos direitos fundamentais.

Sempre que houver algum tipo de resposta do legislativo ou executivo que busque consertar algum erro do Judiciário, tal resposta terá por fundamento bases principiológicas e ocorrerão em uma relação dialógica. Ou, ainda que se considere exclusivamente a própria organização dos órgãos políticos do Poder para a promoção de políticas públicas, essa organização também se dará no sentido de promover e concretizar os princípios constitucionais. Por ora, o que mais interessa para a presente tese é identificar as características gerais das teorias dos diálogos e, na vertente em apresentação, a característica específica de atribuição do papel de protagonista à Corte, no qual esta ilumina os demais poderes com suas leituras principiológicas, obrigando os demais poderes a responderem de volta também de maneira

baseada em princípios. Sendo assim, dedicaremos algum espaço para destrinchar os principais percursos teóricos dessas perspectivas que implicam supremacia judicial de maneira mais explícita.

3.1.2.2.1. *Princípio e Verificações Políticas no Tribunal (Principle and Political Checks on The Court)*

Bickel foi o primeiro teórico constitucional a propor uma ideia de diálogo baseada em um forte papel judicial em relação aos princípios. Nas palavras de Bateup:

Bickel considerou que o judiciário tem uma competência especial para preservar, proteger e defender princípios devido ao seu isolamento político e ao “maravilhoso mistério do tempo” que vem da análise da constitucionalidade da legislação no contexto de casos concretos, que dá aos tribunais a capacidade de elaborar “reflexões sóbrias”. A fim de identificar e extrair os princípios constitucionais profundos e duradouros valorizados pela sociedade, ele aconselhou que os juízes devem mergulhar nas tradições históricas da sociedade e no “pensamento e visão dos filósofos e dos poetas”. Bickel reconheceu, no entanto, que o Congresso e os ramos políticos do governo podem estar melhor situados para determinarem valores sociais fundamentais em muitas circunstâncias, dados sua relativa proximidade com as pessoas. Assim, os juízes devem procurar declarar princípios que ganharão aceitação geral e ampla no futuro previsível. Neste papel educativo, “o Tribunal é um líder de opinião, não um mero registro dela”. (BATEUP, 2006, p. 41-42).

Assim, os tribunais poderiam tratar melhor sobre questões de princípio já que estão politicamente isolados, atuando baseados em razões, e utilizariam das suas virtudes passivas quando estivessem diante de casos mais polêmicos que exijam um processo de maturação junto à sociedade. Em outras circunstâncias, o Tribunal irá provocar as demais instituições a levarem mais a sério questões de princípios (BATEUP, 2006, p. 42).

Entretanto, afirmar que cabe ao Judiciário realizar esse processo de determinação dos valores constitucionais, diante do seu isolamento político, é desconsiderar um dado da realidade que é a inexistência, justamente dessa premissa, ou seja, o Poder Judiciário também está inserido na político, sendo insustentável a ideia desse isolamento político. Além disso, se assim considerarmos a atuação do Judiciário como querida, de que forma há essa mudança de postura dos tribunais se não baseada em sua própria vontade? Quais ferramentas as Cortes utilizam para identificar, a partir dessa suposta posição privilegiada, os valores profundos de uma dada sociedade? Há possibilidade de diferenciar “os valores fundamentais de uma sociedade” e aquilo que *o tribunal chama* de “valores fundamentais de uma sociedade”?

As “explosões de emoções” da sociedade, diante de determinadas decisões judiciais, podem ser elementos determinantes para o não cumprimento de manifestações adjudicantes das quais a sociedade discorda veementemente. Logo, não basta que as Cortes apresentem as melhores razões sobre os direitos a serem protegidos; é necessário que haja cálculo de como a sociedade irá aceitar ou resistir à decisão (BATEUP, 2006, p. 42). Mas aqui vemos mais um grande problema nessa concepção de que os tribunais, diante do seu insulamento político e posição privilegiada, poderiam decalcar em suas decisões os valores profundos de uma sociedade, ao interpretar as leituras e visões dos poetas e filósofos: se se está fazendo cálculo de adesão social às suas decisões, não se está realizando um esforço de compreensão de quais são os valores fundamentais de uma dada sociedade, mas simplesmente fazendo cálculos de aceitação ou recusa social diante de análise estratégica. Ao final, o que resta é tão somente análise estratégica da reação social às suas decisões, objetivando maior aderência e menor resistência.

Bickel defende, inclusive, a ideia de que as virtudes passivas não afastam a necessidade do Judiciário assumir uma postura de autocontenção quando uma questão ainda gera muito desacordo social, evitando assim que se gaste maiores recursos políticos (BATEUP, 2006, p. 42). Portanto, o cálculo sobre a assunção de uma postura de autocontenção está relacionada à possibilidade de resistência às decisões, o que não significa que determinada decisão não represente um valor social profundo daquela sociedade. Esse aspecto (se há ou não um valor genuíno representado na decisão) assume uma função secundária.

Isso é muito importante, pois o cálculo das virtudes passivas é realizado não porque seria democraticamente mais legítimo aguardar a estabilização social, mas porque haveria maior chance de desobediência civil (menor adesão social). Ou seja, o cálculo que é feito, embora possa afetar questões de legitimidade democrática, não é feito por conta disso, mas sim, por questões de manutenção da autoridade do próprio tribunal. Assim, em última análise, o que determina a forma como o tribunal age está relacionado a questões estratégicas e não a questões de princípios ou valores constitucionais.

Lado outro, na leitura de Bateup, a contribuição de Bickel está relacionada ao desenvolvimento do papel dos tribunais em relação à evolução de diálogos sobre princípios. John Agresto, outro importante autor de linha teórica, chega a afirmar que:

[...] o papel do Tribunal no diálogo constitucional com base na sua capacidade de considerar questões de princípio, quando ele descreve “seu potencial para nos ajudar

e desenvolver nossos princípios fundamentais e comandos constitucionais, [e] sua capacidade [...] para ajudar a trazer nossa filosofia para influenciar nossas ações, para trabalhar nosso presente e nosso futuro em termos de nossa herança com o passado". (AGRESTO *apud* BATEUP, 2006, p. 43).

Michel Perry, nessa mesma concepção de atribuir um papel protagonista do Judiciário para promoção dos princípios constitucionais, afirma que caberia às Cortes julgar olhando os princípios do passado e vislumbrando os do futuro, ou seja, exercendo uma função profética. Isso também seria possível em virtude do seu isolamento político e pelo fato dos juízes lidarem ordinariamente com questões morais (BATEUP, 2006, p. 43-44).

Erros nessa atuação profética podem acontecer e, para resolver essas questões, um sistema de controle político deve ser introduzido (poder do Congresso americano de limitar o *appellate jurisdiction*, por exemplo). Perry reconhece outras fontes de controle político sobre o judiciário, como o processo de *impeachment*, emenda constitucional, processo de nomeação e controle orçamentário. Esses mecanismos permitem um controle do judiciário pelas esferas políticas do Poder (BATEUP, 2006, p. 44). A possibilidade de reação do legislativo às decisões judiciais permitiria a criação de uma relação dialógica, em que as decisões são constituídas a partir de um processo mais democrático. As decisões judiciais nesse sentido serão sempre provisórias e precárias.

Para Bateup, a dificuldade enfrentada por essa vertente teórica também está relacionada às premissas empíricas duvidosas, tais como aquelas relacionadas às competências legislativas, bem como aquelas que defendem que os magistrados possuem habilidades superiores para lidar com questões de princípios (basta pensar sobre a existência de desacordos morais razoáveis e que essas questões não são resolvíveis no mero campo da interpretação). Tal problemática perpassa por uma leitura elitista das capacidades interpretativas (BATEUP, 2006, p. 46).

Essa perspectiva teórica peca ao sustentar que os ramos da política falham em relação às suas competências para proteger princípios constitucionais na medida em que externalizam comportamentos egoístas (deferentes à política partidária), mas não apresenta nenhum dado empírico sobre tal. Inclusive, Waldron defende que muitas decisões políticas são manifestações de argumentos doutrinários densos e complexos (BATEUP, 2006, p. 47-48).

As contradições de forma da teoria, apresentadas por Peretti, não contornam as dificuldades identificadas:

Se o judiciário é de fato uma instituição superior para deliberar sobre questões de princípio, por que os ramos políticos do governo devem ser confiáveis para corrigir erros judiciais? Caso se parta da premissa de que os ramos da política são motivados principalmente por conveniência, ao invés de princípio, como esses teóricos fazem para justificar o porquê desses atores políticos serem capazes de revogar decisões judiciais baseadas em princípio. (PERETTI *apud* BATEUP, 2006, p. 49).

Ao final, o equívoco que se observa nas mencionadas teorias está relacionado ao problema do sentido da Constituição criado pelas Cortes que está na ordem dos equívocos sobre interpretações. Logo, se há erros quanto a interpretações, isso poderia ser resolvido pelas interpretações realizadas pelos demais ramos do Poder, tal como aquelas realizadas pelo legislativo na dinâmica de *backlash*. Entretanto, essa leitura reafirma a própria contradição em termos da teoria, ou seja, a afirmação de que os ramos devem ser capazes de anular decisões que resultam de erro judicial é teoricamente deficiente, pois requer uma teoria abrangente de interpretação para determinar objetivamente os casos em que o judiciário realmente cometeu um erro (BATEUP, 2006, p. 49).

Só se pode determinar quem praticou um erro quando se tem ao menos uma teoria que permita construir uma decisão correta. Há alguma concepção sobre a objetividade da verdade moral capaz de apontar a decisão judicial objetivamente correta? Para a autora canadense, nenhuma teoria objetiva sobre interpretação existe atualmente (BATEUP, 2006, p. 49).

Ainda que se sustente a existência de competência concorrente e que as decisões dos tribunais possam ser revistas pelo legislativo, ao reconhecer essa superioridade de capacidade para tratar de questões de princípios, os tribunais acabam ficando em uma relação de superioridade hierárquica (há que se pontuar, inclusive, a probabilidade das legislaturas darem ao judiciário preferência em relação às interpretações).

3.1.2.2.2. *Princípio e Articulação Legislativa de Políticas (Principle and Legislative Articulation of Policy)*

Ao invés de inserir mecanismos de controle no Judiciário por meio do Legislativo através de freios, as teorias do princípio e da articulação enfatizam que o Poder Legislativo acrescenta algo substantivo ao diálogo constitucional devido às suas competências em relação à formulação das *policies*. Ou seja, na medida em que se analisa também questões sobre mobilizações de recursos, implementação e concretização de determinados direitos sociais,

desenvolve-se habilidades específicas que podem contribuir de forma especial no processo deliberativo.

Quanto às contribuições apresentadas pelo legislativo, quando possuem conhecimentos e capacidades específicas desenvolvidas na implementação de políticas públicas, é inegável que poderão contribuir com razões distintas. Mas, percebe-se que essa é uma contribuição decorrente não necessariamente ou somente pelo fato de o Legislativo contribuir para a implementação de políticas públicas, mas derivada das relações dialógicas entre instituições que permitem um ganho epistêmico, na medida em que cada instituição poderá contribuir de acordo com seus ganhos decorrentes de todas suas experiências e capacidades. Conrado Hübner Mendes (2013) denomina esse fenômeno de *ganho epistêmico das teorias dialógicas*. Sunstein e Vermeule (2015) afirmam que, em alguns casos, instituições, ainda que não formais, possuem conhecimento técnico (*expertise*) que as permite, inclusive, chegar em conclusões *contra legem*. Ou seja, o ganho epistêmico percebido decorre do fato de exercerem funções e atividades distintas, mas isso não alcança somente o legislativo, mas qualquer instituição que possua um lugar distinto de leitura da Constituição. Logo, esse é um ganho das relações dialógicas, não uma conquista promovida exclusivamente pela competência para a promoção de políticas públicas.

Sobre a *expertise* das agências, que possuem conhecimento técnico específico no lugar de conhecimento generalista, como é o caso das cortes, Sunstein e Vermeule sustentam que, por conta dessa característica, deve-se buscar o sentido generalista dos textos:

Nós sugerimos que o formalismo ou a abordagem textual dos estatutos infraconstitucionais pode ser defendida de uma forma mais plausível, não pelas reivindicações controvertidas sobre a Constituição ou afirmações implausíveis sobre o seu significado, mas por meio de uma sugestão de que esta abordagem pode produzir um sistema jurídico mais sensato, dadas as instituições que nós realmente temos. Estamos confiantes de que as defesas padrões do formalismo baseadas nos primeiros princípios são muito fracas; o mesmo pode ser dito para os desafios padrões do formalismo, também baseados nos primeiros princípios. Ainda insistimos que, mesmo que as Cortes devam almejar o sentido ordinário do texto, é razoável sugerir que as agências administrativas não devem fazê-lo, em parte porque as agências são especialistas e não generalistas. Comparado com as Cortes, é provável que as agências tenham uma boa noção se um desvio do formalismo prejudicará seriamente um esquema regulatório; conseqüentemente, é apropriado permitir às agências um grau superior da flexibilização interpretativa. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2015, p. 4).

Conforme se observa da passagem de Sunstein e Vermeule, o que determina a capacidade das agências de se afastarem do sentido ordinário do texto legal é a condição de *expertise*, na medida em que exercem funções específicas em detrimento de uma atuação

generalista, em comparação às Cortes. Nesse sentido, reforçamos nosso argumento inicial de que o Poder Legislativo teria uma capacidade especial nessa dinâmica interpretativa por conta, exclusivamente, de promover políticas públicas. Em verdade, essa é mais uma atividade, que permite o desenvolvimento de mais uma habilidade funcional que otimiza sua capacidade deliberativa, mas não a única.

Kent Roach, teórico do Princípio e Articulação Legislativa da Política, afirma que o tribunal inicia o diálogo com o legislativo, indicando quais são os princípios e os valores fundamentais que vinculam o caso (BATEUP, 2006, p. 51). Alguns problemas surgem a partir dessa afirmação. O primeiro está relacionado ao fato de que determinar que cabe ao Judiciário indicar quais são os valores fundamentais que estão relacionados ao caso, dá a ele, como consequência, o poder de limitar o próprio diálogo e de estabelecer quais são esses valores (existe acordo sobre quais são esses valores e qual o conteúdo deles?). Ou seja, a proposta de superar a problemática contramajoritária ainda permanece, já que competirá aos tribunais exercer esse papel de indicar o conteúdo da pauta e o conteúdo dos debates. Também parte-se de uma falsa ideia de que os tribunais estão isolados politicamente.

Entretanto, para Roach (2006, p. 348), a teoria dos diálogos concilia a revisão judicial com a democracia, presumindo, portanto, sua legitimidade. Essa perspectiva é constituída na medida em que lança olhar sobre as relações estabelecidas entre Cortes e Legislaturas a partir das reações das Legislaturas diante das decisões judiciais que limitam ou anulam direitos estabelecidos pelas leis anteriores. Ainda para essa leitura, algumas questões são fundamentais diante da proposta teórica de Roach: quem irá determinar quando uma interpretação judicial estará anulando ou limitando um direito? Quando a corte determina que a prisão em segunda instância é constitucional frente ao direito constitucional da incolumidade pública estará ampliando ou anulando direitos? Há critérios mais ou menos objetivos, fixos ou determináveis para se estabelecer quando há ampliação ou limitação de direitos? É justamente por inexistir um consenso último a respeito das respostas para essas perguntas é que se torna problemático atribuir ao Poder Judiciário a última palavra (ou ainda, determinar os contornos de como deverá ser o próprio diálogo), sem observar problemas de ruptura ou fragilidades de legitimidade dessas decisões.

Seguindo suas construções, a cláusula “não-obstante” prevista na seção 33 na Carta Canadense otimiza as possibilidades de diálogos (ROACH, 2006, p. 349), além de dar maior possibilidade à legislatura de responder às interpretações judiciais. Assim, existem institutos

jurídicos que permitem um desenho constitucional que otimiza e canaliza as relações dialógicas. Roach diz que um problema apresentado pelos teóricos das teorias dos diálogos constitucionais está em afirmar ou presumir que há uma supremacia judicial. Para embasar sua crítica, Roach analisa o caso emblemático do Canadá, em que o Poder Legislativo reagiu fortemente à decisão da Corte: *The Queen vs. Daviault* (ROACH, 2006, p. 350).

O caso é marcado pela revolução que ocorria nos tribunais a respeito do princípio do devido processo legal. O autor, cita ainda, o caso americano, *Miranda*, que também tratou do direito de proibição à obrigação de produzir prova contra si mesmo (autoincriminação). O caso Daviault diz respeito ao direito do acusado de pleitear a *defense of intoxication* quando lhe fosse imputado os crimes de agressão e agressão sexual. Em ambos os casos, os tribunais abandonaram o *common law* que era menos protetor ao acusado, apostando no seu prestígio e poder diante de uma decisão constitucional proferida ser muito impopular e controversa. Para ambos ocorreram rápidas respostas legislativas, inclusive fora dos parâmetros estabelecidos pelas Cortes em seus votos (ROACH, 2006, p. 350).

O caso *Miranda* foi decidido em 1966, e em 1968 o Congresso promulgou legislação flexibilizando a necessidade das advertências aos acusados no momento da prisão quando da avaliação nos tribunais. O caso Daviault foi decidido em 1994, e em 1995 o Parlamento alterou o Código Penal para determinar que o acusado que invocasse a defesa da intoxicação extrema no momento da prática do crime poderia ainda ser condenado, tendo em vista a violação do padrão de “cuidado razoável” no momento pré-intoxicação. O autor questiona se as rápidas respostas do Legislativo devem ser interpretadas como desafio à atuação das cortes ou como uma relação dialógica (diálogo legítimo ou desafio legítimo) (ROACH, 2006, p. 350).

O autor foca na perspectiva de análise nas atuações de *backlash* do Legislativo. Para Rodrigo Brandão (2012), haveria aqui uma *relação de gritos* entre as instituições e não uma relação necessariamente dialógica. A grande questão teórica (e que vem permeando a presente tese) está em determinar o que se compreende por diálogo. O diálogo deve ser compreendido única e exclusivamente como relação de trocas de razões em que os indivíduos ou instituições se envolvem em um empreendimento de aprendizagem, logo, numa perspectiva de humildade intelectual para se alcançar a melhor resposta? Ou o diálogo pode ser compreendido como toda e qualquer interação entre as instituições, ainda que seja para refutar os posicionamentos anteriores? Relação de grito é relação dialógica?

Essa leitura pragmática leva a outra conclusão (ou tensionamento). As Cortes possuem, de fato, a última palavra sobre o sentido constitucional? (ROACH, 2006, p. 350). O autor lembra ainda que ambos os casos mencionados tratavam de direitos dos acusados, que sempre terão pouca proteção, levando em consideração as perspectivas majoritárias dos Parlamentos. Isso representará um desafio para as teorias dos diálogos.

A Suprema Corte do Canadá considerou, em um julgamento por 6-3, que a regra do *common law* que nega o direito de defesa de intoxicação aos acusados de prática de agressão e agressão sexual violaria a garantia fundamental da presunção de inocência, prevista nas seções 7 e 11 da Carta de Direitos. A resposta do Tribunal gravitou sobre a questão da embriaguez prévia voluntária implicar em retirada total da consciência do acusado no momento do ato ilícito, ou seja, se seria suficiente ou não para retirar a responsabilidade penal do agente. Em outras palavras, seria moral e juridicamente válido punir alguém que voluntariamente se embriagou e estava no momento do ato totalmente incapaz de se autodeterminar? (ROACH, 2006, p. 357).

Neste caso também houve reação legislativa e o que de fato guiou a decisão da Corte estava relacionado aos limites do Congresso em produzir nova legislação que afrontava decisões anteriores da própria Corte. Tanto em Miranda, quanto no caso Daviault, a postura do Parlamento foi no sentido de desafiar o Tribunal na função de interpretar ou dar a última palavra sobre o sentido constitucional (ROACH, 2006, p. 357).

Após o julgamento do caso Daviault, houve a apresentação de um projeto de lei por membro privado (parlamentar que não ocupa um cargo no governo ou no partido) para considerar como crime autônomo a prática de agressão ou agressão sexual de indivíduo enquanto embriagado. Havia previsão de pena máxima em caso de embriaguez extrema, mas o próprio governo rejeitou o projeto. Lado outro, a resposta do governo foi no sentido de que seria possível que os poderes políticos enfrentassem as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Para o autor, inclusive, o Congresso poderia estar mais preocupado em dar uma resposta legislativa mais agressiva para demonstrar sua insatisfação e seu afastamento em relação ao posicionamento do Poder Judiciário do que buscar uma decisão mais proporcional e que contribuísse mais para a proteção do interesse social (ROACH, 2006, p. 357).

O Ministro da Justiça canadense apresentou projeto de lei no início de 1995 em que determinava que o acusado não teria o direito de defesa fundamentado no “motivo de intoxicação auto-induzida”, ainda que não tivesse a intenção geral ou a voluntariedade exigida

para cometer o delito. O fundamento era de que a pessoa que estivesse embriagada a ponto de praticar o delito deixou de observar o cuidado, razoavelmente reconhecido na sociedade canadense, razão pela qual deveria ser considerada penalmente culpada. Assim, a culpa por estar voluntariamente embriagado seria suficiente para a condenação no crime de agressão ou agressão sexual e, diferentemente do que determinava a decisão da Corte (que estendia a possibilidade da defesa para qualquer crime), deveria ser aplicada tão somente para os crimes de agressão e agressão sexual (ROACH, 2006, p. 358).

Relata o autor que o próprio Parlamento canadense buscou informações em comissões especiais e assistentes técnicos que indicaram que somente diante de circunstâncias preexistentes, tais como doenças preexistentes ou mesmo o baixo nível de açúcar no sangue, poderiam levar o agente a agir de forma involuntária. Logo, a partir de dados científicos, o Parlamento insistiu na alteração legislativa, promovendo, inclusive, um adendo no preâmbulo da legislação para justificar a lei com base nos dados científicos.

Para Roach, tanto no sistema canadense quanto no sistema americano, há uma tendência de atração gravitacional em direção à supremacia judicial. Assim, na esfera penal, há um desejo do judiciário em aplicar princípios de justiça em casos individuais que podem gerar relações não propícias a fomentar o diálogo entre o tribunal e a legislatura (ROACH, 2006, p. 363).

A conclusão do autor de que, em situações de defesa dos direitos e garantias fundamentais dos acusados em processo penal, haveria uma tendência de o Tribunal aplicar princípios de justiça no caso concreto (ou seja, de observar com maior intensidade garantias constitucionais, diante da possibilidade de violação ao direito de liberdade). Desse modo, tornaria o espaço menos propício ao diálogo entre as instituições revela o que ele buscava afastar inicialmente: que o Judiciário não é necessariamente um espaço mais propício à proteção dos direitos e garantias fundamentais e que, principalmente, não é um Poder que atua contramajoritariamente.

Importante consignar que, havendo reconhecimento de um direito como constitucionalmente obrigatório por parte do tribunal, estará retirando do campo da possibilidade da superação pela atuação legislativa (ao menos assim, compreendeu Roach em seu texto). Assim, duas questões fundamentais surgem: a) as teorias dos diálogos permitem o reconhecimento ou a legitimidade das cortes em assumir determinados direitos como constitucionalmente protegidos e que não permitiriam alterações pelo legislativo? b) Ao se

reconhecer a mencionada capacidade institucional do Judiciário, não se promoveria aquilo que a teoria dos diálogos busca superar, ou seja, a supremacia judicial? Cabe ao Judiciário abrir ou fechar a porta sobre quais questões é possível o diálogo? Ainda: a invalidação judicial da resposta parlamentar à Daviault não revelaria que o diálogo ao abrigo da Carta nada mais é do que a supremacia judicial disfarçada? Entre escolher a supremacia legislativa ou a judicial, diante das consequências e respostas do caso Dickerson e dos resultados apresentados pela reação do Legislativo, o autor defende a manutenção da supremacia judicial (ROACH, 2006, p. 367).

Para Roach, o design institucional estabelecido pela seção 33 da Carta Canadense permitiria ao Parlamento, ainda, apresentar uma nova leitura independente (daquela realizada pela Corte) da Constituição, mas pagando um preço político diante da anulação (frente a leitura do Judiciário) explícita de um direito, anulação que deveria ser renovada em 5 anos (cláusula não obstante). Para o autor, esse período de suspensão promovido pelo Parlamento abriria espaço para um certo arrefecimento e “reflexão sóbria” sobre as implicações de se anular uma decisão do Tribunal (ROACH, 2006, p. 367).

Assim, a ideia da cláusula não-obstante, que permite ao Parlamento *anular* decisões judiciais, abrindo um período de suspensão de discussão sobre a matéria pelo prazo de cinco anos, se apresenta como um formato favorável aos diálogos constitucionais. Portanto, estaríamos diante de elementos sistêmico-normativos que impulsionariam o diálogo (mais uma vez é necessário pensar sobre o que se compreende por diálogo). Inclusive, poderia incentivar-se uma atuação estratégica da Corte ao não manifestar opinião contrária a respeito de legislações posteriores que se apresentem como respostas às decisões judiciais.

A crítica que se desenha emerge das considerações iniciais do próprio Roach, ao afirmar que o Legislativo canadense, ao dar uma resposta ao caso Daviault, na verdade, estava mais preocupado em dar uma resposta política à maioria (opinião pública) do que em ingressar em uma dinâmica de ampliação da proteção de direitos benéficos à coletividade. Assim, o gene da motivação foi um gene estratégico. Lado outro, quando o autor diz que a própria Corte também assume uma postura de deferência a respeito de eventual *backlash*, também é possível enxergar um cálculo de manutenção da sua autoridade decisória. Ao fim e ao cabo, o que temos são só meros cálculos estratégicos.

Outra estratégia utilizada pelo tribunal para manter sua autoridade decisória está no reconhecimento de que determinado direito (sobre o qual se decidiu) não está disponível à

seção 33. Para o autor, não estaríamos diante de um fenômeno que representa a *supremacia judicial* quando se dá, ao menos, oportunidade ao parlamento de anular a decisão da Corte, ao passo em que o uso da cláusula não obstante também não representaria *supremacia parlamentar* pois, inevitavelmente, deveria ser revisitada em 5 anos (ROACH, 2006, p. 369).

Essa última leitura do autor canadense gera bastante incômodo, na medida em que a constatação e aceitação da supremacia judicial ou legislativa está localizada em permitir, via autorizações legislativas e *design institucional*, a mera possibilidade de reversão de uma decisão institucional pelo outro poder. Ao final, os debates, no contexto canadense, acabam centrando-se nos limites e contornos de como o legislativo irá promover suas políticas públicas, a partir daquilo que a Corte já assentou. Chega-se a afirmar que esse tipo de debate não seria possível no sistema estadunidense, pois neste, o sistema constitucional impõe direitos absolutos (BATEUP, 2006, p. 54). Essa perspectiva teórica também falha por entender ainda que o Judiciário está numa posição privilegiada para interpretar princípios e que o Legislativo não assume uma perspectiva de levar a sérios valores e princípios fundamentais. Há ainda uma centralização do diálogo no Judiciário (o Judiciário fala e o Parlamento escuta) (BATEUP, 2006, p. 55).

3.1.3 Teorias do Equilíbrio (*Equilibrium Theories*)

As Teorias do Equilíbrio buscam rearticular a centralidade do papel do Judiciário nos debates constitucionais, superando uma supremacia judicial, de tal forma que seu papel seria de promover um fomento de discussão constitucional ampla em toda a sociedade, de maneira a levar a um equilíbrio sobre o sentido constitucional (BATEUP, 2006, p. 57).

Os principais teóricos dessa perspectiva são Barry Friedman, Robert Post e Reva Siegel. A grande contribuição desses teóricos para as Teorias dos Diálogos diz respeito às análises empíricas de funcionamento das instituições. Esses autores demonstram que, embora exista uma margem de manobra às Cortes Constitucionais, isso difere bastante de como outras instituições formais e não formais aceitam restrições políticas, sendo que o poder de nomeações e reações populares irão colocá-las de volta na linha (BATEUP, 2006, p. 57).

Na mesma perspectiva da autora canadense, Friedman desenvolve seus trabalhos lançando olhares sobre perspectivas normativas e descritivas. Reconhece a possibilidade de abordagem do Direito a partir de uma perspectiva normativista, que se preocupa com a questão

“como os juízes devem julgar?” concomitantemente a uma perspectiva descritiva ou positiva que se debruça sobre a questão de “como os juízes julgam?” e “quais são as influências políticas que os juízes sofrem ao julgar?”. Friedman ressalta que a concepção de política é bastante ampla e que pode ser considerada como qualquer tipo de influência externa que o magistrado pode sofrer ao julgar casos, demarcando uma aproximação muito forte entre Direito e um sentido fraco de Política (FRIEDMAN, 2005).

Afirma o autor que, cotidianamente, se têm dado muito menos evidência e importância aos trabalhos descritivos, focando os estudiosos da revisão judicial, em perspectivas normativistas, ou, ainda, que as perspectivas normativas marginalizam as abordagens propostas pelo projeto positivo (descritivo). É o que ocorre com o juiz Hércules de Dworkin, que reconhece a necessidade de estabelecer acordos entre juízes para se alcançar um acordo decisório, bem como negociações entre os poderes para se executar decretos. Mas Dworkin, segundo Friedman, estabelece referidas circunstâncias como questões marginais, de tal forma que o magistrado ideal fica livre de referidos embaraços da prática institucional, podendo se concentrar exclusivamente em questões de princípios (FRIEDMAN, 2005).

Hércules não age sozinho. Deve convencer seus colegas. Poderá haver dissenso a respeito da resposta. Além disso, deve dialogar com os tribunais inferiores, que se apresentam como destinatários de suas decisões, bem como sofre influência desses órgãos. O julgador deve estabelecer uma relação de interação com os destinatários da decisão para aumentar a possibilidade de cumprimento das decisões. É nesse sentido que nos deparamos com a conexão entre Direito e Política (FRIEDMAN, 2005).

Friedman aponta para o fato de que a separação entre Direito e Política tornou-se prioridade das teorias constitucionais. Ao longo da história, entretanto, percebeu-se que Direito e Política são coisas distintas, mas que determinar que não há uma relação muito próxima entre as duas áreas é e sempre foi implausível. A história mostra que as Cortes constitucionais, nos casos mais emblemáticos, proferiram decisões políticas, jogando por fora a tese da neutralidade judiciária, responsabilidade popular e a separação estrita entre Política e Direito (FRIEDMAN, 2005).

Em contrapartida, no século XX inúmeras denúncias foram realizadas no sentido de que os Tribunais estavam se afastando do Direito ao realizarem juízos políticos. Por outro lado, defensores da revisão judicial afirmavam que as cortes estavam simplesmente cumprindo a constituição. Embates como o promovido por Roosevelt e a implementação do programa *New*

Deal demonstram ainda mais a aproximação entre Direito e Política, o enfraquecimento da independência absoluta do Poder Judiciário (como se estivesse sob um escudo que o protegesse das interferências políticas), e a ruptura com a ideia de neutralidade político-ideológico dos tribunais.

Perspectivas normativistas não aceitam, em hipótese alguma, que os magistrados façam uma interpretação constitucional a partir de suas próprias perspectivas. Diametralmente oposto aos normativistas, os atitudinalistas acreditam que somente os valores internos de cada magistrado motivam sua decisão, sendo que a lei não consegue impor restrições em sua interpretação, ao menos como as teorias normativistas parecem exigir.

O modelo atitudinal (comportamental) pressupõe que os magistrados julgam de acordo com seus próprios valores. Assim, conservadores julgam de modo conservador e liberais julgam de modo liberal, não porque o Direito assim determina, mas porque a motivação da decisão parte de suas ideologias internas e não de constrições e implicações jurídicas. Inclusive, a percepção dos valores que compõem cada um dos magistrados permite vislumbrar quais serão suas decisões com muito mais sucesso do que outros métodos de prognose. Portanto teríamos uma *previsibilidade das decisões baseada nas ideologias de cada magistrado*.

Agregando às formulações comportamentalistas, a vertente comportamental-estratégica argumenta que os *justices* também estão suscetíveis a atuarem a partir de motivações estratégicas e institucionais. Sustenta-se que os juízes gostariam de impor a sua própria política e preferências, mas que eles também devem ter em conta as preferências dos presidentes, das legislaturas, dos demais grupos de interesse e dos tribunais inferiores. Logo, os juízes devem calcular o que os outros vão fazer e ajustar seu comportamento em conformidade com esse ambiente, expondo suas preferências e ideologias na medida em que o filtro institucional permitir.

No modelo estratégico, reconhece-se as interferências ideológicas, mas acredita-se que os juízes não podem a qualquer momento impor seus valores sem levar em consideração também o próprio Direito. Logo, o ordenamento jurídico também afeta a atuação dos magistrados, mas não da forma como esperam as teorias normativistas. Um exemplo claro disso é a força que os precedentes exercem sobre os juízes: há a necessidade de respeitar a história institucional do Tribunal e do próprio magistrado (não se pode simplesmente se afastar de seu próprio precedente sem apresentar razões suficientes para tal). A grande questão, porém, é que o Direito (enquanto ordenamento jurídico constituído de legislação e precedentes) não exerce

uma *restrição* sobre os magistrados de tal forma a barrar as suas ideologias, mas apenas *afeta* a decisão de cada juiz.

Para Friedman, uma das principais forças para controlar os Tribunais está assentada na opinião pública. Com o passar dos anos, as decisões dos tribunais tenderiam a se alinhar com a opinião pública. Nesse tocante, um ponto de relevância diz respeito à existência de uma abordagem sobre os movimentos sociais e a formação da opinião pública nas teorias desenvolvidas pelos autores da Escola de Yale. Inicialmente, haveria que se questionar se há uma relação entre movimentos sociais e formação da opinião pública. Como identificar a opinião pública? Como determinar se é a decisão judicial que se adequa à opinião pública ou se é a opinião pública que se adequa à decisão judicial? Indicando uma teoria da mobilização de recursos ou uma teoria da identidade, haveria alguma modificação na capacidade de observação dos movimentos sociais e sobre como eles interferem ou são interferidos no/pelas decisões judiciais?

Para Friedman, o Tribunal atua como modelador da discussão em toda a sociedade sobre valores constitucionais. Bateup (2006, p. 58) observa que:

[...] Ao declarar seus próprios pontos de vista sobre o significado do texto constitucional, o Tribunal canaliza ativamente e promove o debate social em curso, sintetizando as várias e possíveis visões díspares sobre o significado constitucional e articulando esse debate de uma forma explicitamente constitucional [...]. (BATEUP, 2005, p. 58).

Contudo, levantar a bandeira de que os Tribunais irão catalogar todas as razões e leituras sobre o sentido constitucional levantadas pelas instituições formais e não formais na chamada fase pré-decisional é desconsiderar que: a) inicialmente existe uma limitação cognitiva que o impede de conhecer todos os argumentos que são levantados pelas instituições formais e não formais; b) existe uma limitação temporal para esse levantamento (tempo do processo); c) os Tribunais atuam estratégica e politicamente de tal maneira que irão filtrar as razões que melhor sustentam a sua perspectiva; d) essa é uma questão que exige dados empíricos sobre se há, de fato, levantamento de todas as razões indicadas na esfera pública sobre o tema a ser julgado; e) um indicativo exemplificativo de que isso não é um dado da realidade diz respeito ao impacto que os argumentos trazidos pelos *amicus curiae* produziram nos julgamentos do STF quando da análise da Lei de Biossegurança (cf. GODOY, 2017).

Entretanto, Friedman defende a revisão judicial como uma dinâmica que promove e facilita o diálogo constitucional (BATEUP, 2006, p. 59). O *backlash*, pode se apresentar como forma de resistência às decisões judiciais e como a sociedade e o legislativo reagem às decisões

da corte (fomento ao debate), o que pode implicar em reconsideração de suas decisões futuras. Assim, a longo prazo, há um equilíbrio entre as diversas interpretações apresentadas pelas instituições formais e não formais (equilíbrio entre as interpretações) (BATEUP, 2006, p. 59). O processo de equilíbrio do sentido constitucional, a partir dos amplos debates sociais, se apresentaria de forma diluída e prolongada, a saber:

[...] Com o tempo, um período de equilíbrio relativamente estável é então produzido, isto é, amplamente aceito pelos diferentes participantes na discussão nacional. Friedman argumenta que o papel dialógico da atuação do judiciário é valiosa, pois auxilia na obtenção da “separação de requisitos constitucionais das preferências políticas imediatas”. Friedman descreve que este é um aspecto importante do constitucionalismo, visto que a distinção entre Constituição e direito ordinário significa, no mínimo, que a Constituição não pode significar o que quer que a maioria pense que isso signifique em um determinado momento. “O papel do intérprete constitucional é reconciliar nossos compromissos constitucionais mais profundos, revelados por toda a nossa história, com as preferências de hoje”. (FRIEDMAN *apud* BATEUP, 2006, p. 59).

William Eskridge e Philip Frickey propõem a ideia da “lei do equilíbrio”, sugerindo que cada ramo das instituições busca “promover sua visão de interesse coletivo”, com vistas a barganhar estrategicamente com os outros ramos suas diferentes visões sobre o sentido constitucional (BATEUP, 2006, p. 60). Em última instância, o que determina a forma em que as instituições atuam está relacionada à disputa de narrativas sobre qual deve ser a melhor interpretação do texto constitucional. Para os referidos autores, o foco não está na análise de como cada instituição age estrategicamente, mas em como a dinâmica de instituições formais e não formais atua na construção do sentido constitucional.

Friedman afirma que há um exagero na apresentação da problemática contramajoritária nos EUA. Post e Siegel discordam dessa apresentação. Para Post e Siegel, mesmo com esse relato (análise positiva), haverá a possibilidade de excesso judicial (*overreaching*). Eles concordam com Friedman que a Corte está engajada em decidir de forma deferente à “cultura constitucional”. Tantos os tribunais modificam seu entendimento a respeito do sentido constitucional quanto a sociedade também é afetada na construção desse sentido a partir das decisões judiciais. Assim, o alinhamento de Post e Siegel com Friedman leva à afirmação de que “este sistema de diálogo constitucional é normativamente desejável, devido ao fato de que, a longo prazo, produz respostas que estão amplamente em conformidade com o entendimento do povo”. (BATEUP, 2006, p. 62).

Podemos afirmar que há uma distinção metodológica importante nos trabalhos desenvolvidos por Post e Siegel com relação àquele desenvolvido por Friedman. Enquanto

Friedman busca analisar o fenômeno da revisão judicial a partir de uma lente positiva da ciências políticas (ciências sociais), Post e Siegel partem de uma análise histórica. Post e Siegel entendem que a revisão judicial é institucionalmente inevitável, entretanto atribuem grande poder ao Judiciário de determinar o quanto de diálogo existirá sobre certas questões de vital importância para a nação. O Tribunal desenvolve uma membrana que separa o que seria o “direito constitucional” da “cultura constitucional”, e pode flexibilizar ou endurecer essa membrana de acordo com as atitudes populares que ameacem valores constitucionais significativos (BATEUP, 2006, p. 62).

Com essa capacidade de endurecer ou flexibilizar a membrana a depender das possíveis ameaças aos valores constitucionais por movimentos populares, voltamos ao problema da legitimidade democrática. Como identificar efetivamente quais os limites e o conteúdo dessa ameaça? Como descrever esses valores? Isso não permite manter o problema da legitimidade democrática e a última palavra com o Judiciário?

Post e Siegel defendem que, embora exista essa importância de fomento do Judiciário quanto às deliberações, deve haver uma atuação de autocontenção. Isso porque a ideia de legitimidade do “direito constitucional” está assentada na ideia de “cultura constitucional” (BATEUP, 2006, p. 63). Assim, não se cria uma ideia de que o Judiciário tenha a última palavra sobre o sentido constitucional, estimulando as demais instituições a falarem sobre o que significa a Constituição.

Friedman, a partir de análises empíricas, afirma que embora o Tribunal possa se perceber como o intérprete final da constituição, isso não significa que ele possa controlar ativamente como suas decisões são afetadas por influências extra-judiciais. Para Friedman, inclusive os casos de “exagero” judicial servem para estimular o diálogo nacional sobre o significado constitucional, o que servirá para alinhar o Tribunal e a opinião pública a longo prazo (BATEUP, 2006, p. 64).

O papel do Judiciário seria de garantir a manutenção das regras do jogo para que haja um amplo e profundo debate social sobre o sentido do documento fundador, de tal maneira a se constituir um equilíbrio entre as mais diversas interpretações construídas pelos debates travados entre as instituições formais e não formais. Segundo o entendimento de Ramais:

No longo prazo, este processo gera um equilíbrio de posições que é altamente aceito por todos os atores envolvidos no diálogo constitucional. O papel especial do judiciário é o de esclarecer a distinção entre o que são direitos fundamentais daquilo que é o mero produto das preferências políticas imediatas (das maiorias), sendo que, ao largo do funcionamento das instituições e com os inputs da sociedade, caminhar-

se-ia para uma compatibilização entre ambos. O que importa aqui não é perceber apenas poderes querendo fazer prevalecer seus pontos de vista, mas sim o quanto cada um molda suas manifestações com base no que antes disseram os demais. (RAMAIS, 2016, p. 157).

A partir dessa leitura, haveria, mais uma vez, uma contradição de forma, porque embora houvesse uma tentativa de determinar uma descentralização do Poder Judiciário no processo de construir o sentido do texto constitucional, ao final dos debates sociais, caberia ao Judiciário determinar o que representam direitos fundamentais e o que são meras preferências temporárias das maiorias. Ou seja, estará com o Judiciário, ainda, o *gabarito* para determinar o que está dentro ou fora do sentido constitucional, retomando sua centralidade. O seu protagonismo não estará mais no próprio processo de deliberação ou interpretação das normas, mas em determinar se o fruto das deliberações corresponde ou não aos direitos fundamentais.

Bateup chama a atenção para o fato de que as Teorias do Equilíbrio são mais bem sucedidas do que as teorias até aqui apresentadas, pois indicam um papel substantivo para o Judiciário que pode justificar seu envolvimento na revisão judicial. Elas pensam o diálogo em toda a sociedade e não somente os diálogos a partir das instituições formais (BATEUP, 2006, p. 64). Silveira apresenta importante crítica sobre mencionadas teorias:

Outra forma de criticar estas teorias é a sua eventual aplicabilidade a casos que extrapolem o norte-americano. Sobretudo a ideia de um diálogo de longo prazo, em que as decisões da corte podem ser debatidas socialmente e superadas após longos anos, seria algo muito peculiar dos EUA, em que os mecanismos de diálogo são assaz informais ou não institucionalizados em lei. No Canadá, por outro lado, e em sistemas quietais, o diálogo é de menor prazo, até mesmo porque há mecanismos previstos explicitamente para ativá-lo. Bateup, contudo, agrega que a existência de diálogos de curto prazo em sistemas como o canadense não impede que, também neles, ocorram as trocas e argumentações de mais longo período, em que o povo e os demais poderes posicionam-se e conseguem obter mudanças por parte do judiciário sobre interpretação constitucional. (SILVEIRA, 2016, p. 157).

Essa perspectiva de crítica, em verdade, acaba sendo uma crítica direcionada às teorias estrangeiras que são forjadas e constituídas a partir de determinadas conjecturas sociais e estruturas institucionais de uma comunidade específica. A questão que se coloca é: em que medida estão presentes elementos universalizáveis que permitem a sua aplicação em outras realidades dadas?

Sem adentrar na provocação estabelecida, enquanto virtude dessas análises teóricas, há necessidade de se reconhecer que as interpretações constitucionais vão para além das instituições formais. O próprio povo também realiza a interpretação da Constituição,

apresentando e reformulando os valores fundamentais que constituem a própria sociedade. Um dos efeitos mais importantes do fortalecimento dos direitos fundamentais é a criação de uma cultura dos direitos humanos que fornece um sistema de valores pelo qual uma sociedade pode viver e conduzir a si. Assim, para as teorias dos diálogos, buscando uma maior legitimidade democrática, pode-se reconhecer ao povo um lugar de centralidade no processo de interpretação dos textos (BATEUP, 2006, p. 66).

3.1.4 Teorias da Parceria (*Partnership Theories*)

Segundo o *Modelo da Parceria de Diálogo*, os vários ramos do governo podem fazer contribuições distintas para a constituição de um diálogo que não privilegie a função judicial. Existe uma perspectiva do institucionalismo (neoinstitucionalismo), na medida em que se reconhece que existem valores pertencentes à própria instituição e que moldam comportamentos e valores das pessoas e de outras instituições. Outra perspectiva importante, diz respeito à ideia, já apresentada por Conrado Hübner Mendes, sobre o ganho epistêmico promovido pela deliberação. Ou seja, instituições ou indivíduos que possuem perspectivas distintas podem contribuir de maneiras diversas, ampliando o leque de razões que podem ser apresentadas na esfera pública.

Sobre o tema, remonta-se à posição de Sunstein e Vermeule (2015) que sustenta que há possibilidade de defender um certo ativismo em relação às agências reguladoras que possuem conhecimento e *expertise* sobre determinado assunto. A contribuição desses personagens na interpretação constitucional é fundamental para a formação de um sentido mais profundo e plural, de tal maneira que ocorram ganhos epistêmicos nessas deliberações, além de permitir ganhos quanto ao dilema contramajoritário e quanto à supremacia judicial.

Para Janet Hiebert, tanto o Parlamento quanto o Poder Judiciário devem realizar suas atividades levando em consideração uma ideia de responsabilidade e aderência aos valores constitucionais (valores fundamentais). Ou seja, não só a Corte Constitucional o faz, mas também o Legislativo, a partir de outras perspectivas para o cumprimento de papéis distintos. É exatamente por possuírem funções e responsabilidades distintas que haverá possibilidade de contribuir para a interpretação constitucional de forma também distinta. (BATEUP, 2006, p. 71).

Hiebert rejeita a ideia de que os Tribunais possuem capacidades ou habilidades melhores para resolver questões sobre desacordos constitucionais baseados em princípios, em comparação ao Legislativo; mas compreende que diante da atenuação das pressões políticas existentes no desenvolvimento das atividades parlamentares, o Judiciário teria maior grau de liberdade para identificar as circunstâncias em que os objetivos legislativos restringiriam indevidamente os direitos (BATEUP, 2006, p. 72).

A crítica que pode ser apresentada à mencionada perspectiva diz respeito, uma vez mais, à falsa compreensão sobre o isolamento político dos Tribunais, como se estivessem efetivamente ilhados das interferências políticas. Aqui é importante determinar o que se compreende por “política” e quais as pressões externas a autora está pensando. Uma pergunta importante que poderíamos tentar responder diz respeito às distinções de afetação sofridas pelos Parlamentares e Ministros: há distinção entre as pressões político partidárias?

Uma segunda crítica diz respeito à constatação desenvolvida por Barry Friedman, em sua perspectiva teórica do equilíbrio, em que constata que, a longo prazo, o que teríamos seria a aderência das decisões judiciais à opinião popular. É importante demonstrar, portanto, que as Cortes não estão imunes às pressões políticas, porquanto opinião popular também é uma manifestação política.

As vantagens apresentadas pelas contribuições interpretativas do Legislativo estão relacionadas às habilidades de lidar nas negociações políticas, bem como em relação às atividades que exigem acesso aos recursos públicos (como no processo de elaboração da Lei Orçamentária e o constante diálogo com o Executivo para implementação de Políticas Públicas) (BATEUP, 2006, p. 72). Nas palavras de Bateup (2006, p. 73):

Como resultado dessas perspectivas distintas e suas ‘separadas, mas interconectadas’ posições na ordem constitucional, o judiciário e o legislativo são capazes de se envolver em um diálogo sobre o sentido constitucional, no qual ambos deveriam ter um certo pudor sobre a suas próprias conclusões e ouvir e aprender com as perspectivas uma das outras, modificando suas próprias visões. Hiebert alterou a nomenclatura para “abordagem relacional” (*relational approach*), mantendo a mesma ideia de uma teoria do diálogo.

Essa perspectiva teórica oferece algum risco de que as legislaturas não sejam capazes de cumprir adequadamente seu papel dialógico nesse processo de construção do sentido constitucional, e podem adiar o pronunciamento judicial sobre determinado assunto importante. Diante do processo legislativo, o Parlamento pode enfrentar limitações práticas e temporais para contribuir nesse processo dialógico. Além disso, a própria Hiebert questiona

essas capacidades parlamentares diante da existência de uma cultura política no Canadá que não aceita totalmente a legitimidade de julgamentos políticos sobre direitos que diferem das interpretações judiciais (BATEUP, 2006, p. 75). A partir dessa chave podemos pensar a não aceitação popular (cultura política) de escolhas legislativas que diferem das interpretações dadas pelo judiciário como uma nova perspectiva da legitimidade democrática das decisões judiciais, calcada na noção de *aderência social*.

3.1.5 Fusão Dialógica

Bateup defende que a visão mais promissora do diálogo constitucional - a mais forte explicação normativa do papel da revisão judicial -, surge dos entendimentos do equilíbrio e da parceria de diálogo. Essa perspectiva mista representa um avanço na medida em que reconhece as contribuições das instituições formais e não formais para o processo de construção do sentido constitucional (ganhos epistêmicos e democráticos), tensionando o próprio dilema contramajoritário da revisão judicial (BATEUP, 2006, p. 77).

Para essa perspectiva supostamente mais vantajosa, o Judiciário cumpre uma função especial ao facilitar e fomentar a discussão e o debate constitucional em toda a sociedade, promovendo decisões mais duradouras. Também contribui ao incluir movimentos sociais e instituições não formais no processo de interpretação constitucional. Entretanto, há uma insuficiência teórica quanto a superar a problemática contramajoritária da revisão, dado que casos de baixa relevância são improváveis de envolver toda a sociedade na discussão. A perspectiva em comento também não explica todos os aspectos institucionais do diálogo constitucional (BATEUP, 2006, p. 77-78). As eventuais limitações podem ser superadas a partir das perspectivas da teoria da parceria do diálogo, pois “[...] Se os ramos ouvem e aprendem uns com os outros, então é melhor que as respostas sejam obtidas em casos individuais, como resultado da combinação dessas diferentes perspectivas institucionais” (BATEUP, 2006, p. 78).

A partir dessas considerações, a autora canadense indaga o seguinte: antes de pensar quais dessas perspectivas teóricas devem ser melhor aplicadas, haveria necessidade de se pensar até que ponto essas teorias de fato se aplicam atualmente, ou de pensar como as relações dialógicas efetivamente ocorrem? (BATEUP, 2006, p. 79).

O Poder Legislativo, por conta dos seus objetivos políticos e habilidades de gestão, pode promover proteção aos direitos fundamentais que vão além dos limites de reparação decorrentes da atuação do Judiciário. O Judiciário, por sua vez, apresenta como vantagem a análise dos efeitos concretos das legislações promulgadas (possuem perspectivas distintas e contribuições distintas) (BATEUP, 2006, p. 81). Para a autora, talvez um exercício importante seja compreender e estabelecer novos arranjos institucionais que permitam maior diálogo entre as instituições formais e não formais.

Assim, apresentamos as principais perspectivas teóricas que envolvem a proposta das chamadas Teorias dos Diálogos Institucionais. Embora possam apresentar divergências de qual deve ser o papel do Poder Judiciário e do Legislativo na construção do sentido constitucional, todas são uníssonas no sentido de que deve haver um processo coletivo de construção do significado da Constituição. E na medida em que mencionadas teorias buscam apresentar uma proposta de abordagem do controle de constitucionalidade a partir da relação dialógica entre as instituições formais e não formais, buscam, em certa medida, retirar o Poder Judiciário do centro do processo de construção do significado da Constituição.

No próximo capítulo buscaremos apresentar como os principais elementos que constituem as Teorias dos Diálogos Institucionais são abordados no Brasil e ao final analisaremos quatro casos para se realizar uma testagem de aplicação das Teorias Dialógicas no Brasil.

4. AS DISCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL

Uma questão incidental importante, que o presente trabalho deve enfrentar, diz respeito à dificuldade metodológica e de abordagem existente quando há a aplicação de concepções teóricas estrangeiras trazidas para a realidade de aplicação no contexto político-institucional brasileiro.

Pela análise desenvolvida, principalmente no segundo capítulo, pudemos observar que a construção das chamadas Teorias dos Diálogos Institucionais tiveram início, de forma preponderante, a partir da experiência de relações e interações institucionais existentes no Canadá, impulsionada pela previsão em sua Constituição da denominada “cláusula não-obstante”. Conforme pudemos verificar, e veremos ainda mais na próxima seção, a existência de uma relação dialógica, de fluxo de razões e apresentação de pontos de vista de outras perspectivas na solução de questões constitucionais, decorreu do próprio substrato cultural em que se assentava as instituições daquele país. Nesse sentido, a criação da Teoria dos Diálogos Institucionais foi concebida a partir de uma realidade cultural-institucional dialógica.

O que se percebe com isso é que, embora seja possível verificar e apontar elementos constitutivos das Teorias cujo conceito possui pretensões transcendentais ou universais (tal como o conceito de diálogo ou mesmo de democracia deliberativa), a sua concepção se deu a partir de uma dada realidade fática-cultural. É nesse sentido que se torna absolutamente salutar compreender que os limites e pressupostos teóricos de mencionadas teorias, pensando a partir dessa realidade dada, quando trazido para a realidade brasileira, deve ser pensado a partir da nossa realidade político-institucional.

Diante disso, para que não seja promovido um verdadeiro transplante de concepções estrangeiras à realidades culturais, políticas e institucionais diversas, abordaremos neste capítulo, como os principais elementos das chamadas Teorias dos Diálogos Institucionais foram abordados no Brasil. O que se pretende verificar é qual o tratamento dado pela doutrina, aos elementos centrais dos diálogos, no que diz respeito aos seus elementos constitutivos (inclusive refutando suas premissas²⁴), apresentar críticas, reflexos e propor conceitos de

²⁴ A exemplo da (in)existência de relações dialógicas no processo decisório do Supremo Tribunal Federal, conforme abordaremos na seção 3.2.

premissas da teoria, e ao final, investigar como se dá o comportamento do Supremo Tribunal Federal em circunstâncias em que é chamado a adotar uma postura dialógica (nas hipóteses de admissão de *amicus curiae* quando realiza controle de constitucionalidade).

4.1. As pretensões dos Diálogos Institucionais - reestruturação da teoria da separação de Poderes

Uma questão nuclear que justificaria a necessidade de se pensar um processo dialógico entre as instituições, para dar maior legitimidade ao processo de construção do significado da Constituição, diz respeito à inexistência de um sentido único contido em qualquer enunciado normativo. Ou seja, da leitura dos enunciados normativos contidos na Constituição Federal é impossível se alcançar uma única norma jurídica, cujo significado é *revelado* no processo interpretativo por qualquer que seja a entidade que a interprete. Aliado à essa ideia da impossibilidade de se extrair do enunciado normativo constitucional uma norma jurídica pronta, acabada, última e definitiva, existe outro fator que deve ser levado em conta no processo interpretativo constitucional, qual seja: a existência de desacordos morais razoáveis, para se utilizar da expressão cunhada por Jeremy Waldron (2004).

Diante da inexistência da norma perfeita (da norma pela norma) e da existência de desacordos morais razoáveis que contaminam todo o processo interpretativo, inescapável é a pergunta a respeito de quem deve ter a autoridade para se interpretar o texto constitucional. Se em uma dada sociedade as pessoas, de diferentes nichos sociais, éticos, culturais e econômicos divergem sinceramente e de forma razoável sobre “aborto”, “cotas raciais”, “liberdade de expressão” entre tantos outros direitos e dilemas, a quem deve ser atribuída a função de estabelecer os limites interpretativos do significado constitucional?

Para além de se pensar sobre a própria teoria da interpretação judicial, teoria da decisão judicial, teorias da argumentação jurídica, entre tantas outras, que realizam profundas contribuições para evidenciar o problema da indeterminação da linguagem, da impossibilidade linguística de se alcançar uma norma jurídica perfeita, do aprisionamento no texto do seu sentido, a questão sobre a interpretação e a construção do significado constitucional passa também pela reformulação a respeito do próprio desenho institucional e da separação de poderes.

Se há uma impossibilidade de se *revelar* um sentido contido no enunciado normativo, também passa a ser questionável a atribuição do poder para realizar tal tarefa a uma dada instituição. Nesse sentido, as teorias dos Diálogos Institucionais se apresentam também para repensar a própria leitura da clássica teoria da Separação de Poderes.

É nesse sentido, que segundo Clève e Lorenzetto as teorias dos diálogos institucionais, em verdade, imprimiriam uma substituição da leitura tradicional da separação de poderes, procurando evidenciar, ao menos, dois aspectos a respeito dos aspectos da formulação de decisões sobre casos controvertidos: (a) reconhecimento do caráter não definitivo das decisões (temporalidade das decisões/possibilidade de errar por último e haver redenção da decisão) - “parcialmente” definitivas, tendo em vista a possibilidade de questionamentos em outras instituições públicas; (b) as capacidades institucionais de cada ramo do poder potencializar ou inibir a tomada de decisão (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 189).

Importante lembrar que a ideia de diálogos institucionais pensado no modelo de controle de constitucionalidade, em sentido fraco, no Canadá, foi forjado em um contexto de relações institucionais já dialógicas. Logo, não fora a Carta de Direitos e Liberdades de 1982 que estabeleceu esse novo cenário dialógico. Como estabelece Clève e Lorenzetto:

Em solo canadense é possível observar a continuidade de decisões institucionais nas quais a decisão judicial pode ser revertida, modificada ou evitada por uma nova lei. Os diálogos institucionais poderiam substanciar uma restrição ao processo democrático. Entende-se, todavia, que as práticas de revisão das leis editadas e do acomodamento das decisões da jurisdição constitucional são características importantes do próprio jogo democrático.

Nesse sentido, a Carta de Direitos canadense acabou por agir como catalisadora dos intercâmbios entre o Judiciário e o Legislativo, ao não erguer uma barreira intransponível para as decisões tomadas pelas instituições. A ideia de diálogo institucional, por isso, não teve uma de suas gêneses sobre uma demanda normativa para que as instituições dialogassem. No Canadá, elas de fato trocavam experiências e isso se deve aos casos em que o controle de constitucionalidade foi seguido por uma ação providenciada pelo corpo legislativo responsável. (CLÈVE; LORENZETTO; 2015, p. 190).

Nesse sentido, a Corte Canadense se apresentaria como uma Primeira Câmara Legislativa, para se utilizar da compreensão de Werneck e Ribeiro (2016, p. 23), pois inauguraria o debate público e institucional sobre uma matéria que poderia, inclusive, ser tratada novamente pelo Poder Legislativo. E uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei pela Corte, o papel de reconstrução daquele espaço normativo cabe ao Legislativo (logo, este teria a última palavra sobre o significado constitucional, ao revisitar o tratamento dado inicialmente pelo Judiciário).

Assim, a função de dizer qual o significado da Constituição não estaria estabelecido de forma fixa e definitiva a uma instituição, formal ou ainda informal, pois decorreria de um processo longo e contínuo de troca de razões, experiências, visões de mundo, capacidades dos diversos ramos, institucionalizados ou não.

Por outro lado, Clève e Lorenzetto afirmam que algumas críticas são apresentadas às Teorias dos Diálogos Institucionais, entre elas podemos enumerar: (i) a legitimidade do controle de constitucionalidade não pode ser conferida apenas pela teoria dos diálogos institucionais²⁵; (ii) a teoria falha ao afirmar que a palavra final sobre a interpretação constitucional pertence aos tribunais²⁶; (iii) decisões tomadas por cortes podem distorcer políticas e assumir o controle da agenda legislativa; e (iv) a teoria foi utilizada tanto para defender posturas de deferência judicial como para legitimar o controle de constitucionalidade.

A ideia dos diálogos contribuiria, portanto, para permitir à Corte participar também da arena política, servindo como Primeira Câmara, inaugurando debates políticos a respeito de temas que não foram tratados pelo Parlamento.

Indo além dessa primeira constatação, Clève e Lorenzetto sustentam que os Diálogos Institucionais no Brasil possuem um caráter amplamente normativo:

[...] a teoria dos diálogos institucionais, no Brasil, possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques. Não obstante, o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento dialógico das instituições. (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 199).

Sobre a afirmação de Clève e Lorenzetto a respeito da pretensão normativa das teorias dos diálogos institucionais no Brasil é importante realizar duas ponderações: (a) a ideia da perspectiva normativa está voltada para a análise metodológica da teoria analisada, na medida em que, pode ser observado o que normativamente se pretende com a teoria (o que ela implica no campo do *dever ser*); (b) o que não exclui, em qualquer estágio de desenvolvimento que se encontre a aplicação da teoria, a análise descritiva (positiva) do fenômeno. Em outras palavras,

²⁵ Sobre essa questão é o que iremos nos dedicar a apresentar as críticas externas às Teorias dos Diálogos Institucionais, uma vez que é hipótese da presente tese a ideia de que o Supremo Tribunal Federal instrumentaliza a Teoria dos Diálogos Constitucionais para manter a sua Supremacia na função de interpretar os enunciados normativos constitucionais. A esse tema iremos nos dedicar no 4º e último capítulo.

²⁶ Ainda sobre a hipótese do nosso trabalho, uma crítica interna que iremos nos dedicar a apresentar diz respeito à atribuição à Corte a competência para intermediar a relação dialógica sobre os Poderes. Iremos investigar em que medida a atribuição dessa competência (na medida em que o Supremo é chamado para resolver temporariamente as questões constitucionais e catalisar as razões enviadas pelas demais instituições) reforça, e não afasta, a manutenção da própria Supremacia Judicial?

ainda que a leitura da prática no Brasil indique que não existam efetivos diálogos entre as instituições, não faz sentido (metodologicamente) em afirmar que a sua aplicação na realidade brasileira encontra-se em uma fase normativa, pois o que há é uma pretensão normativa que se verifica ou não no campo da realidade dada.

Assim, uma ponderação pode ser realizada no que diz respeito à aplicação da teoria dos diálogos institucionais (em termos de se otimizar a relação dialógica para que se promova ganhos de legitimidade democrática); assim como as instituições efetivamente se relacionam (se há diálogo de fato ou não). Mas isso não implica afirmar que ela está em um momento de afirmação meramente normativa.

Feitas essas considerações a respeito da releitura da ideia de separação de poderes a partir da construção das relações dialógicas, passaremos, na próxima seção, a avaliar outro importante elemento central para as Teorias dos Diálogos, a saber: os conceitos de diálogo e deliberação e a forma como o Supremo Tribunal Federal desenvolve seu processo decisório.

4.2 Diálogos, Deliberação e o Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal

A proposta da presente tese é de investigar a relação deliberativa existente entre as instituições formais e não formais no processo de construção do significado constitucional, de tal maneira, a averiguar, em que medida as Teorias dos Diálogos Institucionais, aplicadas no Brasil, reforçam a Supremacia Judicial. Para aqueles que defendem as Teorias dos Diálogos Institucionais, há um espaço comum sobre a compreensão de que o processo deliberativo de tomada de decisão promove ganho tanto epistêmico, quanto de legitimidade da decisão, seja porque as instituições, diante das mais diversas perspectivas, posições e capacidades institucionais, podem contribuir para a construção do significado constitucional de forma plural, seja porque esse processo se dá de forma contínua, histórica e não definitiva. Isso foi visto no segundo capítulo.

Diante da centralidade do conceito de deliberação bem como da ideia de razão pública para mencionada teorias, é importante verificar que Rawls entende que a atuação de juízes em supremas cortes ou tribunais constitucionais com o poder de controle de constitucionalidade é um caso especial de aplicação da razão pública. Ao conceber a razão pública como o tipo de raciocínio sustentado em uma concepção política de justiça orientada ao bem-comum, a leitura

rawlsiana estabelece um ideal regulatório em que a razão pública torna-se o horizonte em questões constitucionais moralmente sensíveis. Assim, Rawls (1995, p. 216) adere à visão segundo a qual a função jurisdicional opera essencialmente a partir de um discurso de justificação, diferentemente do exercício regular do poder executivo e do poder legislativo.

Com efeito, Rawls chega a igualar a razão pública com a razão das Cortes Constitucionais. Segundo o autor, em uma democracia constitucional, a “razão pública é a razão de sua corte suprema” (RAWLS, 1995, p. 231). Contudo, é interessante perceber que a construção rawlsiana da razão pública, mesmo que coloque uma suprema corte como caso especial desse tipo de razão, não implica falar em supremacia judicial. Pelo contrário, Rawls entende que, apesar de o ideal da razão pública ter na imagem de uma suprema corte seu maior exemplar (dada a natureza justificatória das questões constitucionais básicas relacionadas às concepções de justiça que permeia a atividade das Cortes), isso não significa que a Suprema Corte seja o intérprete final do sentido constitucional; significa apenas que a Suprema Corte é o intérprete final *judicial* dessas questões (RAWLS, 1995, p. 231).

Entretanto, o ponto mais relevante para a perspectiva da Teoria dos Diálogos é que, no quadro teórico rawlsiano, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, enquanto expressão especial da razão pública, desempenham um papel pedagógico no debate constitucional mais amplo, que inclui cidadãos e outros ramos do Poder Público. Assumindo a diferença dworkiniana entre argumentos de princípio e argumentos de política, Rawls sustenta que, mesmo que juízes constitucionais revelem desacordos morais razoáveis entre si (tal como os próprios cidadãos), eles precisam justificar suas posições com lastros em princípios, especialmente aqueles que expressam valores políticos de justiça, concordando minimamente com os aspectos constitucionais relevantes a serem interpretados (uma espécie de consenso sobreposto). Ao fazê-lo, os juízes constitucionais:

[...] forcem a discussão política a adotar a forma principiológica, bem como a direcionar a questão constitucional em voga aos valores políticos de justiça e à razão pública. A discussão pública torna-se mais do que uma disputa por poder e posição. Isso educa os cidadãos ao uso da razão pública e seu valor de justiça política focando sua atenção às questões constitucionais básicas. (RAWLS, 1995, p. 239-240).

Aqui, fica claro que, para Rawls, os juízes constitucionais não apenas atuam, entre si, pautados pela razão pública; mais do que isso, eles fomentam, pelas circunstâncias de suas próprias atividades, a razão pública em toda a comunidade política de intérpretes constitucionais, expandindo o fórum de princípio para além dos limites do Tribunal, nutrindo uma linguagem principiológica de justiça política à sociedade como um todo. Desse modo,

uma Suprema Corte, agindo pelo ideal da razão pública, promoveria também um ideal de diálogo com outros agentes e com os cidadãos justamente porque habilitaria outros intérpretes a atuarem no fórum de princípios (RAWLS, 1995, p. 240).

Essa visão coincide com a de Dworkin (1985, p. 70), para quem nós devemos aceitar a revisão constitucional em uma democracia porque, entre outros motivos, ao trabalhar com base em argumentos de princípios, uma Suprema Corte “força o debate político a incluir argumentos sobre princípios, não apenas quando um caso é levado à Corte, mas também muito antes e posteriormente”. Assim, Dworkin acredita que, além de corresponder ao que a melhor concepção de democracia demanda, o poder de revisão constitucional é valoroso em parte porque inflexiona o debate público sobre questões constitucionais fundamentais em direções que dificilmente seriam vislumbradas sem a revisão constitucional. Nessa direção, seria necessário pontuar que a “Democracia não insiste em juízes terem a última palavra, mas ela não insiste que eles não devem tê-la”. (DWORKIN, 1997, p. 7).

Tanto em Rawls como em Dworkin, parece haver uma necessidade de certas virtudes judiciais por meio das quais os tribunais constitucionais consigam concretizar esse papel de fomentar o nível do debate constitucional para além das dependências do tribunal. Esse ponto possui relevância para as Teorias dos Diálogos porque nos força a perguntar: é possível a realização de diálogos deliberativos públicos sobre o sentido constitucional quando a própria Suprema Corte - seja por razões de desenho institucional ou em razão da maneira pela qual o próprio Tribunal interpreta seu papel no sistema constitucional - não funciona como fórum de princípio? Seria possível semear na sociedade de intérpretes, nos termos de Habermas, valores e virtudes relacionados à razão pública quando a própria Corte internamente não o faz? Ou, ainda: até que ponto é realmente valoroso abrir um “diálogo” com outros ramos do poder ou com a sociedade?

É relativamente fácil perceber a impossibilidade de falar-se em melhoria do debate público quando o próprio Tribunal possui debates deliberativos de baixa qualidade. De igual modo, é intuitivamente verdadeiro que as Cortes frequentemente falham em realizar as exigências da razão pública - fato reconhecido até mesmo por Rawls (1995, p. 237). No entanto, é preciso examinar de perto a relação entre as construções teóricas e a realidade institucional para conseguirmos avaliar com precisão não apenas se determinada teoria é bem orientada (isto é, se ela consegue dar conta, ainda que no plano normativo, de dissolver as dificuldades que se propõe a superar), mas de expor os eventuais entraves às propostas que buscam maior

legitimidade democrática nas decisões constitucionais - em outras palavras, é necessário aprofundar as nossas respostas intuitivas de forma a mostrar quais situações nos afastam dos nossos ideais e por que razão elas o fazem.

Importante não perder de vista que, o presente trabalho apresenta como hipótese, a ideia de que as Teorias dos Diálogos Institucionais não cumprem a promessa de superação do fenômeno da supremacia judicial, seja porque existem problemas internos à teoria (quanto à dinâmica deliberativa), seja porque existem problemas externos, relacionados à sua aplicação no Brasil.

Assim, tendo em vista que o presente capítulo objetiva apresentar o modo como as Teorias dos Diálogos Institucionais têm sido abordadas no Brasil, importante verificar como a variável “deliberação” tem se operado no Brasil, partindo da análise, também, do próprio comportamento dos ministros da Corte nos processos decisórios. Logo, é importante compreendermos, outrossim, a própria extensão do significado da expressão “deliberação” e qual a relação que pode ser estabelecida entre “deliberação” e “diálogo”.

Uma variável que pode ser apresentada, e que será testada na última seção deste capítulo, bem como no 4º capítulo, para se identificar a inexistência de deliberações entre as instituições, pode ser identificada com as deliberações internas na própria Corte. Embora não seja objeto do presente trabalho, o rito interno de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser um importante indicativo de que o próprio Tribunal não possui uma cultura deliberativa, seja por razões do modelo institucional estabelecido pelo sistema processual, seja pelo regimento interno do próprio Supremo, ou ainda, pela ausência de uma cultura deliberativa.

Assim, para além de se investigar as virtudes e conquistas de legitimidade proporcionadas pelos processos deliberativos de tomadas de decisão pelas instituições, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, é importante verificar em que medida o próprio Supremo Tribunal se apresenta como uma instituição deliberativa e apta à troca de razões.

Virgílio Afonso da Silva compreende que a ideia de legitimidade a respeito dos processos decisórios é proporcional à capacidade deliberativa da Corte, mas a decisão pode ganhar maiores traços de legitimidade se estiver mais próxima a um tipo específico de

deliberação, considerando a dicotomia concernente à deliberação externa e interna²⁷. Para Silva:

Embora quase todos os colegiados comumente se engajem em ambos os tipos de deliberação, será demonstrado que somente o tipo interno de deliberação pode atender às demandas de legitimidade concebidas em termos deliberativos. Pode-se, portanto, argumentar desde o início que o tribunal que se dedica apenas ou principalmente a um tipo externo de deliberação pode ser considerado menos legítimo para derrubar a legislação por meio da revisão judicial do que um tribunal cujas práticas deliberativas correspondam principalmente ao tipo interno. (SILVA, 2013, p. 560).

Assim, é possível vislumbrar que a perspectiva de Silva está relacionada ao ganho de legitimidade a partir das interações deliberativas realizadas internamente pela Corte. A perspectiva das Teorias dos Diálogos Institucionais volta atenção para os ganhos decorrentes das deliberações externas, na medida em que as decisões são direcionadas a produzir resultados fora da própria Corte. Nesse sentido, enquanto o processo decisório deliberativo interno implica em ganhos epistemológicos, de trocas de razões e visões do mundo daqueles que decidem; as Teorias dos Diálogos Institucionais, ao se voltarem para as relações dialógicas estabelecidas entre instituições, para além de se pensar os ganhos epistemológicos do processo decisório, implica também em ganhos de legitimidade a respeito da fonte decisória. Em outras palavras, enquanto para o desenvolvimento de deliberação interna, marcada idealmente pela relação entre iguais que buscam trocas de razões para a compreensão comum sobre como e o que decidir a respeito de um tema; nos diálogos institucionais a preocupação também está voltada para *quem* dialoga, quais instituições (formais e não formais) estão apresentando razões que contribuem para a formação do significado constitucional.

Nestes termos, enquanto na deliberação interna da Corte é querido que todos os ministros tenham a mesma capacidade e poder de influenciar o processo decisório (um ministro, um voto), podemos verificar que, em alguma medida, as razões do ministro decano, o voto do ministro relator, a ordem dos votos de acordo com a antiguidade dos ministros, entre outros fatores endógenos, implicam uma certa distribuição não igualitária do poder de influência na decisão do colegiado. Entretanto, essa é uma constatação e explicação de uma dada realidade e prática do exercício da jurisdição. Isso não implica afirmar que essa dinâmica

²⁷ Para Ferejohn e Pasquino: “A deliberação interna de um grupo é o esforço de usar a persuasão e o raciocínio para fazer com que o grupo decida sobre algum curso de ação comum. A deliberação externa é o esforço para usar a persuasão e o raciocínio para afetar as ações tomadas fora do grupo. A deliberação interna envolve dar e ouvir as razões externas dentro do grupo. A deliberação externa envolve o grupo, ou seus membros, dando e ouvindo razões vindas de fora do grupo”. (FEREJOHN & PASQUINO, **Adjudicação Constitucional**, nota 10 supra, em 1692.)

de distribuição não igualitária do poder de influência seja desejado, considerando a busca por maior legitimidade da Corte. Tendo em vista que há um pressuposto de que, para a deliberação interna, a igualdade entre os deliberantes é um valor almejado, que se apresenta como vetor de legitimidade para o próprio procedimento, a condição de quem fala (ministro presidente, ou ministro decano, por exemplo) não deveria se apresentar como um vetor normativamente relevante (sendo a isonomia dos deliberantes um vetor fundamental na busca da legitimidade decisória).

Por outro lado, para os diálogos institucionais, diante da sua proposta de realocação do dilema de função contramajoritária, considerando a superação da última palavra, diante das rodas procedimentais e provisoriedade decisória, decorrente justamente dos diálogos entre instituições distintas, a variável *quem* decide de forma deliberativa se apresenta como vetor nuclear. O peso da variável *quem* possui centralidade diversa entre os conceitos de deliberação interna e externa, justamente porque nesta última, ao menos para as Teorias dos Diálogos Institucionais, a preocupação sobre a legitimidade decisória está diretamente relacionada a quem decide de forma deliberativa, logo, implica também um juízo sobre a autoridade.

Para além da localização do peso de *quem* decide de forma (*como*) deliberativa, no debate sobre o conceito de deliberação interna e externa, é importante refletirmos a respeito do conceito de deliberação externa e diálogos interinstitucionais. Isto é, em que medida os diálogos, interações e movimentos realizados entre as instituições voltados para a construção do significado constitucional podem se apresentar como *deliberações*? Levar em consideração razões levantadas por outras instituições para o decidir, se apresenta como uma dinâmica deliberativa? A atuação estratégica de uma instituição para evitar futuras superações de suas decisões (*backlash*) é um exemplo de interação dialógica? Há relação de identidade entre diálogo e deliberação?

Para responder a essas questões torna-se necessário apresentar um conceito *forte e fraco* de deliberação. O conceito forte de deliberação pode ser compreendido (em conjunto com Ferejohn e Pasquino) como a troca de razões entre os deliberantes voltadas para o entendimento mútuo que permitirá alcançar uma decisão epistemologicamente mais robusta²⁸. Essa dinâmica

²⁸ Ao responder a pergunta sobre o sentido ou valor de discutir as coisas antes de tomar decisões, Fearon (James D. Fearon - **Deliberation as Discussion**. Ver) apresenta as seguintes razões: “1. Revelar informações privadas. 2. Diminuir ou superar o impacto da racionalidade limitada; 3. Forçar ou encorajar um modo particular de justificar demandas ou reivindicações; 4. Ajudar a tornar a escolha final legítima aos olhos do grupo; 5. Melhorar as qualidades morais ou intelectuais dos participantes; 6. Fazer a “coisa certa”, independentemente das consequências da discussão (p. 45).

exige, a princípio, a interação direta entre os interlocutores, na medida em que a troca de razões também se apresenta como um processo de testagem das visões apresentadas (ir e vir de razões em que se permite confirmar, refutar, redimensionar, refinar, entre outras possibilidades, as razões apresentadas). Aqui, os interlocutores estão interagindo de forma direta, de tal forma a ingressar em um circuito intenso e próximo de aprendizagem de aderência e refutação contínua de todos os argumentos apresentados na dinâmica discursiva.

Por outro lado, as deliberações externas, diálogos interinstitucionais, não se apresentam a partir de uma relação direta entre os interlocutores (as instituições não se apresentam em uma dada audiência em que se apresentam razões), ou a sua finalidade não é atingir o processo de compreensão ou de mudança de comportamento de alguém com quem se interage de forma direta. Logo, não há um ir e vir *direto* de razões, mas *é querido que haja* (como se sustenta nas Teorias dos Diálogos Institucionais) rodadas procedimentais dialógicas. Este último conceito de deliberação externa, tendo como exemplo os diálogos interinstitucionais, podemos denominar de deliberação em sentido fraco. Podemos afirmar que os diálogos institucionais são exemplos de deliberação externa, na medida em que os interlocutores devem levar em consideração as razões apresentadas pelas demais instituições, sem que haja uma troca direta de razões entre eles (em uma mesma oportunidade ou audiência), buscando, com a deliberação, afetar as ações de pessoas ou instituições externas ao grupo que delibera, diferentemente do que ocorre em uma deliberação interna, que se apresentaria como deliberação no sentido direto.

Feitas essas considerações, podemos dar continuidade à empreitada de investigar a presença ou ausência de comportamento deliberativo interno no Supremo Tribunal Federal. Nossa hipótese é de que eventual ausência de deliberação interna (na Corte) se apresentaria como um sintoma da ausência de deliberações institucionais, considerando a deliberação como uma variável comum para ambos os fenômenos.

Para constatar a presença ou ausência de condições deliberativas na Corte, um dado importante a ser analisado são as razões apresentadas no próprio acórdão. Da análise de regras procedimentais, dos comportamentos dos ministros no processo decisório e das razões apresentadas nos votos, será minimamente possível identificar se há um fluxo de razões e refinamento de argumentos entre os ministros. Ocorre, entretanto, que há um importante problema relacionado à identificação das razões fundamentais que constituem a própria decisão judicial (considerando esta como resultado do processo decisório deliberativo). Isso porque há uma profunda dificuldade na compreensão e leitura dos votos proferidos no Supremo Tribunal

Federal quanto à identificação da própria *ratio decidendi*, ou seja, das razões decisórias fundamentais que sustentam a parte dispositiva, a partir de uma relação de causalidade e necessidade, decorrente, também, da forma agregativa em que se forma o acórdão decisório. Há dificuldade de se identificar nas decisões judiciais quais razões são apresentadas para afetar as ações do grupo e quais as razões para afetar as ações de instituições externas. A esse respeito Clève e Lorenzetto:

[...] não há uma “unidade institucional decisória”, ou seja, o STF se limita a agregar os votos dos ministros e, como consequência, pode-se observar uma “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal”. Isso dificulta, por exemplo, a distinção entre os aspectos da decisão que são apenas argumentos auxiliares para o voto, as *obiter dicta* e os motivos efetivos que levaram à decisão, as razões de decidir (*ratio decidendi*). (2015, p. 200).

Nestes termos, se há dificuldade em se identificar as razões do acórdão que constituem as linhas de força da razão de decidir do acórdão, também será espinhosa a tarefa de identificar nos votos a interlocução e troca de razões entre os próprios interlocutores que decidem.²⁹

Mesmo diante das dificuldades para se determinar as razões de decidir do voto, mediante uma separação mais precisa entre aquilo que compõe a *obiter dicta* e a *ratio decidendi* ainda, assim, é possível identificar razões. Assim, o trabalho a ser desenvolvido de análise do comportamento judicial deve levar em consideração uma análise comparativa entre os votos (mediante aproximação e afastando as teses e argumentos apresentados ao se decidir), bem como as referências diretas que os ministros possam fazer aos argumentos apresentados anteriormente pelos pares. Dessa forma, embora o sistema agregativo e a dificuldade encontrada na identificação da *razão de decidir* possa ser um complicador para a identificação do próprio acórdão, isso não inviabiliza a análise da própria deliberação interna, que estamos investigando por ora.

Por outro lado, independentemente das dificuldades de identificar, a partir dos votos, marcadores que identificariam a existência de deliberação entre os atores, a existência de relações decisórias deliberativas teríamos ganhos diante do (i) compartilhamento de

²⁹ A consequência disso é bem indicada por Virgílio Afonso da Silva: [...] insistir em publicar todos esses votos extremamente longos tem vários efeitos colaterais. Os mais importantes são: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal estão se tornando cada vez mais confusas e difíceis de entender; e, como consequência, (ii) nem a sociedade civil, nem a comunidade jurídica, nem o parlamento, nem o governo recebem uma indicação clara do tribunal sobre como agir ou como interpretar a constituição em outros casos. Especialmente quando o tribunal anula uma lei por ser inconstitucional, às vezes é impossível identificar por quais motivos isso ocorreu, uma vez que juízes diferentes podem apresentar razões diferentes (SILVA, 2013, p. 587).

informações não compartilhadas anteriormente e (ii) diminuir ou superar o impacto da racionalidade limitada (SILVA, 2013, p. 561).

Podemos compreender o diálogo-deliberativo, como um procedimento em que os atores ingressam em rodadas de trocas de razões, assumindo uma postura de precariedade de seus pontos de vista, na medida em que aceitam a possibilidade de alterarem suas perspectivas a partir das razões inseridas nessa dinâmica. Portanto, exige também uma postura de humildade intelectual, no sentido de que o outro poderá apresentar melhores razões. Esse conceito de deliberação, por outro lado, exige não somente uma postura virtuosa dos participantes, mas também que haja a troca de razões, portanto, que haja alguma comunicação mais ou menos direta entre os interlocutores.

Para Conrado Hubner Mendes, independentemente de qual seja a base política (liberalismo político, republicanismo, comunitarismo) a deliberação implica uma base de legitimidade política, independentemente dos resultados que se seguem, ainda que existam sutis variações. A deliberação tem uma atração magnética para abraçar ou dar expressão a diferentes conjuntos de valores. Nas palavras de Mendes:

Para os liberais os indivíduos seriam livres e iguais na medida em que as decisões coletivas são fundamentadas em razões que todos os membros se poderiam esperar razoavelmente para compartilhar; já para os republicanos modernos a liberdade e não arbitrariedade é promovida pela contestação, “uma participação cívica que promove um autogoverno coletivo”; já aos olhos dos comunitaristas esse espaço permite políticas de inclusão e do bem comum. A deliberação fornece razões intrínsecas para a decisão coagir, ou, inversamente, para que os cidadãos cumpram. A legitimidade promovida pela deliberação não está subordinada às consequências da própria deliberação, mas unicamente sobre o valor que ela implica. (MENDES, 2013, p. 113)

Nestes termos, a ideia de legitimidade não estaria estabelecida a partir de um consentimento contratual imaginário, mas de uma prática concreta de consideração no meio de desacordo. Política seria, principalmente, conflito ao invés de consenso. Portanto, a legitimidade decorre de um processo interativo, de troca de razões, que se desenvolve a partir e no desacordo, logo, jamais como um dado, como algo preexistente às interações deliberativas. Legitimidade se apresenta como um processo ao invés de um dado.

Essa prática que forja a própria legitimidade dos processos decisórios se desenvolve na política, que representa mais do que a mediação de interesses pessoais, mas também uma pesquisa sobre o bem-comum. Logo, a ação coletiva deliberativa, para além da barganha, se apresenta como uma ação voltada para a promoção do bem-comum, constituído, inclusive

nessa própria prática. Logo, a legitimidade do processo decisório deve ser acompanhada do início ao fim, desde o processo de dar e troca de razões para a promoção do bem-comum, bem como no próprio processo de constituição do que se compreende, em uma dada sociedade, o que representa o bem-comum. (MENDES, 2013).

Nestes termos, podemos observar que a deliberação pode possuir um valor em si, ao permitir que aqueles que deliberam possam alcançar informações e dados que anteriormente não foram publicizados, permitindo a troca de informações e a superação da racionalidade limitada de um único sujeito que decide. Conrado Hübner Mendes afirma que há uma diferença entre o que a deliberação é e o que pode ser esperado que ela produza. Há, também, uma diferença entre os valores da própria deliberação e suas consequências relevantes. Se uma pessoa quer participar na deliberação, o quadro conceitual indica que atitudes ela deve cultivar. Os valores da deliberação, por sua vez, fornecem as respectivas razões intrínsecas, o lado não consequencialista que indica o porquê vale a pena perseguir o processo deliberativo. (MENDES, 2013).

Por outro lado, a deliberação por si não implica em uma aceitação às cegas de que ela deve ser perseguida ou dos resultados por ela produzidos, de maneira a reconhecer que ela produz de forma automática e mecânica resultados positivos, diante da existência de algum valor intrínseco que serviria de bala de prata para legitimar todo e qualquer processo que se mostrasse deliberativo. Assim, Mendes afirma que os cétricos apontam para os efeitos não tão positivos que a deliberação, talvez contra intuitivamente, pode gerar. Deliberação política, assim, não se apresenta sem nenhum risco e muito menos infalível. (MENDES, 2013).

Nesse diapasão, podemos apontar para quatro tipos de vantagens ou conquistas deliberativas: epistêmicas; comunitárias; psicológicas e educativas. O aspecto epistemológico da deliberação iria promover clareza sobre os assuntos que estão em jogo; permitiria a se chegar a uma verdadeira e melhor resposta. Do ponto de vista comunitário, deliberação encorajaria consenso (ou pelo menos minimizaria dissenso), promoveria a legitimidade social e aprofundamento do sentido de comunidade. Em terceiro lugar incutiria nos deliberadores a sensação de serem respeitados, na medida em que as razões apresentadas e levadas em consideração incluiriam, quem delibera, na própria decisão. Por último, haveria um ganho educativo dos deliberadores tanto sobre o respectivo assunto em debate, quanto sobre as próprias competências deliberativas. (MENDES, 2013).

Ainda, algumas objeções podem ser apresentadas, demonstrando questões menos louváveis diante das promessas otimistas apresentadas. No lado epistêmico, em vez de esclarecer as coisas, a deliberação pode gerar distorção retórica. Na comunicação, a deliberação pode aprofundar a divergência e confronto entre os deliberadores, de tal maneira a capacitar o retórico e o demagogo. A partir do prisma psicológico, interlocutores não sentiriam nada, embora igualmente respeitados. Assim, a deliberação serviria para reforçar hierarquias pré-existentes (educar estratégias e não o comportamento de espírito público). Por fim, a deliberação pode ser simplesmente ineficiente, um desperdício de tempo, dinheiro e energia, entre outros recursos políticos escassos. (MENDES, 2013).

Diante da verificação de resultados não esperados ou não queridos a partir da relação dialógica, é importante então refletir, como propõe Conrado Hübner Mendes, sobre os seguintes aspectos: então porque confiar na deliberação? Como saber se ela cumprirá esses pressupostos colocados pelos crentes empíricos? Em que base poderia uma teoria normativa prever os resultados de um determinado processo de tomada de decisão? (MENDES, 2013, p. 22).

Partindo de uma análise baseada em estimativas e probabilidades, que podem ser refutadas a partir de investigações empíricas, Mendes apresenta as seguintes hipóteses para se apostar na deliberação: identificar o ponto de discordância daqueles que deliberam, o que seria muito superior à permanência no silêncio, que não cumpre a função epistêmica de (I) desvelar premissas e (II) coletar informações. A deliberação abasteceria a capacidade do grupo de chegar a soluções não desejadas por qualquer indivíduo sozinho, (III) o processo deliberativo consegue ser um bom desinfetante e um informante competente, apresentando-se, ainda, como (IV) investigador da verdade. Verdade, para não chegar às controvérsias da promessa epistêmica, passa a ser entendida como razoável ou “melhor resposta”. (MENDES, 2013, p. 148).

Nesse sentido, teríamos vantagem ao apostar no processo deliberativo, analisando tanto o seu *pedigree* deliberativo, quanto aos resultados produzidos pelo processo. Isso porque ele ampliaria o alcance dos pontos de vista, submetendo pareceres ao escrutínio racional permanente. A verdade que se materializa a partir do procedimento deliberativo, enquanto verdade temporária, testável, que pode ser superável por outras melhores razões.

Apresentadas as considerações sobre as vantagens de se desenvolver um processo decisório que se constitua a partir de um procedimento deliberativo, torna-se fundamental

verificar em que medida as relações desenvolvidas no Supremo Tribunal Federal se enquadram ou não nesse processo dialógico. Como já indicado acima, as deliberações ocorridas na Corte são aquelas do tipo interno, portanto, são de estruturas e formas distintas daquelas ocorridas entre as instituições (deliberações externas). Assim, torna-se importante observar como o Supremo Tribunal Federal se comporta, a partir da variável deliberação, no processo de constituição de suas decisões.

Para compreender a dinâmica deliberativa nas Cortes é importante verificar como os próprios ministros compreendem o valor da colegialidade. Virgílio afirma que a ideia de colegialidade se apresenta como valor, para além da compreensão de que a Corte atua como um órgão que profere decisões por um grupo de pessoas. Assim, a colegialidade implica:

(i) a disposição para trabalhar em equipe; (ii) ausência de hierarquia entre os julgadores (pelo menos no sentido de que os argumentos de todo e qualquer julgador têm o mesmo valor); (iii) disposição de ouvir os argumentos apresentados por outros julgadores (ou seja, estar aberto a ser convencido por bons argumentos de outros julgadores); (iv) cooperação no processo decisório; (v) mútuo respeito entre os julgadores; (vi) disposição para falar, sempre que possível, não como uma soma de indivíduos, mas como uma instituição (consenso buscando deliberação).³⁰

Segundo Virgílio, tratar de deliberação nos Tribunais exige tratar sobre colegialidade, uma vez que quanto mais elementos da colegialidade estiverem presentes, maior será o potencial deliberativo de um tribunal. Na medida em que a legitimidade dos tribunais para a construção do sentido constitucional está relacionada, também, a sua capacidade de deliberar internamente, compartilhando razões livremente, em que os atores passam a trabalhar em equipe, estabelecendo algum tipo de sinergia para a construção do consenso sedimentado nas melhores razões, então a colegialidade também se apresenta como um valor importante. (SILVA, 2013, p. 564).

Por outro lado, Silva afirma que o cenário brasileiro de controle de constitucionalidade é um exemplo paradigmático, uma vez que não vislumbra no processo de tomada de decisão da Corte um processo com alto desempenho e potencial deliberativo, o que acaba afetando, inclusive, a própria compreensão sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Mas

³⁰ Tradução livre, no original: “Collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to be convinced by good arguments from other judges);²³ (iv) a cooperativeness in the decision-making process; ²⁴ (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation)”. (SILVA, 2013, p. 564).

apontar pela ausência do potencial deliberativo no Supremo Tribunal Federal, não implica, necessariamente, em afirmar que o Supremo é um exemplo de fracasso deliberativo. (SILVA, 2013, p. 10).

As razões para o baixo potencial deliberativo da Corte brasileira possuem origem tanto em questões institucionais, quanto em questões da prática adjudicativa, o que Silva passa a denominar de impactos das regras e impactos da prática. Um exemplo da existência de regras institucionais que impedem o fomento deliberativo da Corte diz respeito à formação do acórdão do Tribunal, que no Brasil segue o modelo *seriatim*, agregativo:

O processo de tomada de decisão é puramente agregativo. Cada ministro escreve seu próprio voto e todos os votos são publicados. A forma de publicação é, portanto, *seriatim*. Mesmo que uma decisão fosse por unanimidade, todos os pareceres escritos são publicados. Isso significa que uma opinião concorrente pode, mas não deve, apresentar razões diferentes para a decisão. A rigor, não há um voto (*opinion*) do tribunal, mas apenas uma série de onze votos escritos. Os dois únicos produtos coletivos desse processo decisório são as notas de cabeça (ementa) e as previsões operativas (acórdão). A primeira é um resumo da decisão (geralmente não mais do que algumas frases) e a última como uma espécie de “pontuação final”, um texto curto (geralmente um ou dois parágrafos) informando se a decisão foi unânime ou não e se o estatuto foi declarado constitucional ou inconstitucional, total ou parcialmente (SILVA, 2013, p. 565)³¹.

É nesse sentido, que as regras do regimento interno podem contribuir para que no próprio processo de construção do acórdão, da decisão que irá declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, não haja incentivo ou condições favoráveis institucionais para que os ministros elaborem um documento que seja fruto da convergência de razões, havendo um impulso para que cada um dos julgadores apresentem seus votos de forma individual e insulada.

Silva indica as regras do procedimento decisório, portanto, cria um espaço que pouco contribui para a formação de uma cultura para a deliberação, segundo o autor:

[...] (i) o papel quase irrelevante do ministro relator; (ii) a forma como os ministros brasileiros se comunicam (por meio da posterior leitura do voto); e (iii) a

³¹ Tradução livre, do original: “The decision-making process is purely aggregative. Every justice writes her own opinion and all opinions are published. The form of publication is thus *seriatim*. Even if a decision was made unanimously, all written opinions are published. This means that a concurrent opinion may, but must not, adduce different reasons for the decision. Strictly speaking, there is no opinion of the court, but only a series of eleven written opinions. The only two collective products of this decision-making process are the headnotes (ementa) and the operative provisions (acórdão). The first is a summary of the decision (usually not more than a few sentences) and the latter is a kind of “final score”, a very short text (usually one or two paragraphs) stating whether the decision was unanimous or not and whether the statute was considered constitutional or unconstitutional, either fully or partially”. (SILVA, 2013, p. 565).

possibilidade de interromper a sessão plenária antes que todos os ministros tenham a oportunidade de se manifestar sobre determinado caso [...] (SILVA, 2013, p. 569)³².

A ausência de deliberação na Corte brasileira tende a se mostrar assim desde o início da construção do próprio acórdão. Isso porque, o ministro relator, designado por sorteio, tem a função de redigir dois documentos, o primeiro diz respeito ao relatório do voto, que corresponde a uma síntese do caminho processual percorrido pela demanda que será julgada, fixando nele os argumentos jurídicos apresentados pelas partes. O segundo documento corresponde ao seu voto, portanto, a sua razão de decidir. O ponto relevante nessa dinâmica diz respeito ao momento de disponibilização do voto do ministro relator, isso porque, antes da sessão de julgamento, há a disponibilização tão somente do relatório da decisão e não do voto aos demais ministros da Corte, que é divulgado tão somente no momento do julgamento. Isso, inclusive, foi determinante para que a ministra Rosa Weber votasse, acompanhando o ministro relator (Fux), pela inconstitucionalidade da Lei 12.875/2013, trazendo em suas razões de voto ter tido acesso ao voto do ministro relator somente na manhã do dia da sessão de julgamento e a necessidade de se julgar o caso em caráter de urgência³³.

Na medida em que os demais ministros vão para a sessão de julgamento com seus votos devidamente redigidos, há uma impossibilidade lógica-temporal de que seus votos sejam minimamente afetados, anteriormente, pelas razões de decidir do próprio ministro relator (SILVA, 2013, p. 575). Assim:

[...] Os resultados e o desfecho não poderiam estar mais em desacordo com a deliberação: os julgadores individuais não compartilham seus votos nem opiniões em um diálogo entre si, nem há confronto direto de argumentos. No máximo, os juízes podem fortalecer ou rejeitar os argumentos daqueles que levam o caso perante o tribunal ou os argumentos dos responsáveis pela defesa da constitucionalidade da lei (como esses argumentos já eram públicos), mas dificilmente podem forçar ou rejeitar, pelo menos diretamente, os argumentos do ministro relator ou os argumentos dos demais ministros, uma vez que desconhecem e não podem acessar esses argumentos no momento em que escrevem seus votos (SILVA, 2013, p. 575)³⁴.

³² Tradução livre, do original: “(i) the almost irrelevant role of the justice rapporteur, (ii) the way in which the Brazilian justices communicate with each other (through subsequent opinion reading), and (iii) the possibility of interrupting the plenary session before every justice has had the opportunity of expressing their views on a given case”. (SILVA, 2013, p. 16).

³³ Sobre a ADI 5.105, trataremos com bastante cuidado na penúltima seção do 4º capítulo.

³⁴ Tradução livre, do original: “The results and outcome could not be more at odds with deliberation: the individual justices share neither their votes nor opinions in a dialogue with each other, nor is there direct confronting of arguments. At the most, justices may strengthen or reject the arguments of those bringing the case before the court or the arguments of those public officials responsible for defending the constitutionality of the statute (as these arguments were already public), but they can hardly strengthen or reject, at least directly, the arguments of the justice rapporteur or the arguments of the other justices, since they do not know and cannot access these arguments at the time they write their opinions.” (SILVA, 2013, p. 575).

Nesse sentido, a não disponibilização do voto prévio do ministro relator impede que os demais ministros possam acessar previamente as razões por ele apresentadas, o que reflete uma condição institucional (estabelecida pelo regimento interno do tribunal) que não potencializa a troca direta de razões entre os deliberantes. Por outro lado, ainda que os demais ministros não tenham acesso prévio, podem, no curso da sessão de julgamento, antes da divulgação do resultado, apresentar manifestação pela mudança de entendimento. Isso implica dizer que, embora não haja uma otimização para a deliberação (o que se daria pelo aumento da superfície deliberativa em caso de disponibilização prévia), ainda resta espaço para a troca de razões no curso da sessão.

Virgílio Afonso aponta, ainda, para situações hipotéticas de formação de uma maioria prévia (de 6 ministros) pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei que reduziria o grau de impacto na formação do próprio acórdão quanto aos ministros que apresentam o voto posteriormente. Embora haja a possibilidade de os 6 primeiros ministros modificarem seus votos no curso da sessão, entende Virgílio que haveria aqui uma diferença de peso e importância dos votos nessa configuração. O desequilíbrio dos votos também poderia ser observado em caso de formação dividida no tribunal, como na hipótese de formação de placar 3 x 2, o que implicaria em maior peso quanto aos votos dos três últimos ministros. Nesta circunstância, Virgílio afirma que poderia se apresentar circunstâncias que instigariam o ministro a atuar de forma estratégica no sentido de apresentar votos que, embora estivessem mais distantes da sua posição, fossem mais aptos à aderência dos demais ministros, para se chegar a uma posição vencedora. A atuação estratégica seria algo que dificultaria o livre fluxo de argumentos, portanto, uma condição não otimizadora para a prática deliberativa (SILVA, 2013, p. 575).

Ainda que se possa pensar a respeito do peso dos votos para o resultado, Virgílio parece apresentar contradição sobre aquilo que entende ser o papel deliberativo da corte, na medida em que sustenta que a distinção profunda existente entre deliberações ocorridas no Parlamento e as ocorridas nos Tribunais estejam relacionadas ao resultado. Isso porque no Parlamento, por se verificar uma relação em que os deliberadores estão voltados para vencer o debate, verifica-se, de forma prioritária, o desenvolvimento de deliberação do tipo externa (voltada a alcançar o comportamento de sujeitos que estão fora do espaço de deliberação), o comportamento não é voltado para a troca direta de razões que permitirá o alcance de melhores

decisões guiadas pelo consenso. Por outro lado, nos Tribunais a preocupação seria, de acordo com a sua leitura e suas premissas de análise, apresentar as melhores razões para se buscar uma melhor decisão, guiada pela perseguição do consenso (SILVA, 2013, p. 575).

Nesse aspecto, a análise de Virgílio quanto à atuação dos Tribunais contraria a análise inicial de que os ministros atuam para vencer o debate³⁵ e segundo, parece carecer de dados empíricos sobre como os ministros de fato atuam. Mas o que se apresenta como questão importante para o desenvolvimento da presente tese diz respeito à presença de regras institucionais que não estimulam os ministros a realizar a troca direta de razões para a formação de seus votos. Análise que implicaria, também, em uma certa redução da importância ou dos impactos da sessão de julgamento, reduzida por Virgílio como “sessão de leitura” dos votos.

Inclusive, a ideia de que a deliberação permitiria a superação da racionalidade limitada, diante do resultado de um *brainstorming*³⁶ em que novas ideias poderiam surgir do fluxo contínuo de razões apresentadas no processo deliberativo. Entretanto, o procedimento agregador de leitura sequencial do voto impediria tal dinâmica, o que poderia ocorrer caso houvesse a elaboração de *um voto do tribunal*, momento em que os ministros pudessem buscar um consenso a partir de uma troca mais direta e sincera de razões (SILVA, 2013).

A possibilidade de pedido de vista, durante a sessão de julgamento, também se apresenta como uma condição institucional que impede a otimização da deliberação, servindo,

³⁵ Ao tratar do tipo de deliberação que se desenvolve no Parlamento, Silva afirma: “Não estou a dizer que a deliberação legislativa não tem sentido. Pelo contrário, é fundamental para o processo democrática. Mas a deliberação que toma lugar nos parlamentos é sobretudo uma deliberação externa. Nas democracias parlamentares, seria ingênuo supor que os membros dos partidos da oposição esperam convencer o governo de ter as melhores respostas para as questões que têm de decidir. O mais importante papel da oposição é convencer a sociedade, os eleitores e os meios de comunicação (ou seja, um público externo), e não o governo (ou seja, o público interno) que eles estão corretos.

Se a própria natureza de uma instituição (parlamentar) favorece a deliberação externa e enfraquece o valor da deliberação interna - porque o objetivo principal dos participantes é vencer - então a deliberação nos órgãos legislativos tenderá sempre a ser um tipo diferente em comparação com a deliberação que pode ocorrer nos tribunais constitucionais e supremos” (SILVA, 2013, p. 567). A grande questão do fragmento apresentado que nos chama atenção diz respeito ao fato de que o argumento pressupõe a ideia de que o Parlamento está disposto a ingressar em uma dinâmica para vencer o debate, ao passo que os ministros do Tribunal ingressão no processo decisório com o objetivo de apresentar as melhores razões, independentemente de quem irá sair com o voto (posicionamento) vencedor. O autor não deixa clara se esta é uma perspectiva normativa (ou desejada) quanto a postura dos Tribunais para o alcance de uma legitimidade deliberativa de suas decisões, ou se isso corresponde a uma análise descritiva do fenômeno. De qualquer forma, como a presente tese buscará demonstrar no 4 capítulo, os ministros atuam de forma estratégica, para vencer o debate e manter a sua supremacia judicial sobre a construção do significado constitucional.

³⁶ *brainstorming* ['breɪnstɔːrmlɪŋ] sm: Técnica de discussão em grupo em que os participantes contribuem com suas opiniões e ideias a fim de se encontrar uma solução para um problema ou conceber um trabalho mais criativo. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/Brainstorming/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

inclusive, como instrumento de atuação estratégica dos ministros para que o acórdão não seja proferido diante de possível formação de maioria que reflete posição contrária ao seu entendimento.

Para além das causas exógenas, externas e institucionais que contribuem para o enfraquecimento de uma cultura deliberativa no Tribunal, as causas endógenas são fundamentais para explicar a formação de um processo decisório não deliberativo. Inclusive, a presente tese se sustenta no fundamento de que são, prioritariamente, as causas endógenas que determinarão a forma como o Tribunal de fato decide. Com efeito, isso pôde ser visto quando tratamos no primeiro capítulo a respeito do processo de expansão das competências do Supremo Tribunal Federal a partir da modificação do seu próprio comportamento interpretativo.

Nesse sentido, como prática decisória os ministros do Supremo atuam mais como advogados do que como julgadores, na medida em que buscam apresentar razões que sustentam exclusivamente seus pontos de vista, não enfrentando em suas razões de decidir argumentos de fato e de direito que pudessem refutar seu posicionamento³⁷. Essa constatação, inclusive, será confirmada quando da análise da última seção deste capítulo, quando os ministros fazem referência às razões dos *amici curiae* tão somente como reforço de seus argumentos.

Assim, fica evidente que Virgílio sustenta uma ideia de deliberação em sentido forte, na medida em que somente há que se falar em deliberação interna quando iguais interlocutores trocam razões, a partir de uma postura de sinceridade (sem reservas mentais e sem atuar de forma estratégica) com o objetivo de se construir um processo de aprendizagem que culmine na melhor decisão, a partir do consenso. Logo, parte de uma ideia bem determinada do conceito

³⁷ Para fundamentar esse ponto de vista, sustenta Silva: “O ‘Caso Ellwanger’ mencionado anteriormente é novamente um bom exemplo dessa prática. Como argumentei anteriormente, uma vez que a editora de Ellwanger publicou dezenas de livros, teria sido impossível para qualquer ministro individualmente, mesmo com a ajuda de seus assessores, ler todos os livros. Como resultado, mencionei o fato de alguns ministros citarem trechos de alguns livros, outros ministros citarem trechos de outros livros, alguns trechos eram mais claramente antissemita, outros eram menos. Defendo que esta situação não é apenas consequência da regra de decisão, mas também de uma prática decisória. O fato de os trechos citados por alguns ministros serem mais claramente antissemitas do que os trechos citados por outros ministros não é apenas o resultado de uma organização irracional de como os juízes interagem uns com os outros. Isto também é fruto de uma prática dos ministros de não divulgar informações que contrariem as teses que defendem. Como nem todo ministro poderá conferir as informações prestadas pelos seus colegas em todos os casos, deveria ser pelos menos uma tarefa do ministro relator apresentar o máximo de informações possível, ou seja, não apenas informações que sustentem, mas também informações que contrariem seu voto. Ocultar informações não compartilhadas pode ter efeitos decisivos (negativos) não apenas na decisão final, mas também como ato de deliberar como tal. Isto é até mesmo questionável se é significativo identificar como deliberação uma reunião na qual os participantes compartilham suas informações apenas quando servem à sua estratégia de argumentação (SILVA, 2013, p. 584).

de argumentação e deliberação, que guarda raízes na concepção alexyana de Código da Razão Prática (ALEXY, 1990, p. 211), em que o processo decisório ganha legitimidade a partir do respeito de regras procedimentais que garantem racionalidade e legitimidade ao resultado decisório. A grande problemática de mencionada perspectiva, para além da gigante contribuição normativa que ela oferece, diz respeito à exclusão do campo de análise das atuações estratégicas (já que uma vez não desejadas - como os juízes não devem agir - não pode ser compreendida como um elemento que compõe a própria deliberação, está fora do processo deliberativo). Assim, entendemos que para haver uma contribuição para o desenvolvimento da área, inclusive sobre as contribuições descritivas para as perspectivas normativas, há a necessidade de se incluir a própria atuação estratégica no conceito de deliberação, ainda que em um conceito de deliberação em sentido fraco.

No campo das práticas decisórias, os ministros do Supremo adotam uma postura individualista e não cooperativa, uma vez que, eventual cooperação, poderia gerar a imagem de um tribunal que estivesse aberto a questões estranhas ao debate jurídico, ou mesmo político. Uma justificativa para isso pode ser apresentada pela regra decisória agregativa, em que não se circula previamente entre os ministros as razões de decidir do ministro relator, muito menos de seus pares (SILVA, 2013).

Mesmo na hipótese em que os ministros convergem totalmente em relação às razões de força de seus votos, que culminam em uma mesma solução para o caso, insistem na leitura de seus longos e extensos votos. Não há manifestação apenas de “concordo na íntegra” com o ministro A, B ou C, e isso pode ser reflexo de um extremo individualismo (SILVA, 2013).

Uma segunda justificativa para a ausência de uma relação cooperativa e a assunção de uma postura individualista está relacionada à ideia de que os ministros do Supremo estão empreendendo uma deliberação do tipo externo, na medida em que a preocupação com a leitura de seus votos está direcionada não ao convencimento de seus pares, mas nas ações de pessoas e instituições que se encontram fora da deliberação, fato que é otimizado pela transmissão ao vivo das sessões de julgamento pela TV Justiça e pelo canal do *YouTube* do Supremo (SILVA, 2013).

Por conseguinte, a transmissão ao vivo da leitura de votos no Supremo surtiria como efeito a assunção pública de um posicionamento, o que implicaria por si em uma ideia de que a mudança de opinião poderia representar uma “derrota” do ministro perante a audiência

(SILVA, 2013). Logo, o televisionamento da sessão representaria um reforço do comportamento não cooperativo e individualista dos ministros.

Ainda, como reforço dessa postura individualista e não cooperativa, no Supremo existem votos derrotados e não votos divergentes, na medida em que não há efetiva troca de razões entre os ministros, o que se observa na formação do acórdão é que por não haver diálogo, não há troca de argumentos entre os pareceres escritos, o que implica na inoportunidade de teste e refutação direta de argumentos anteriormente apresentados. Portanto, os votos que não acompanharam a maioria, não foram votos que necessariamente tiveram seus argumentos refutados em um processo de testagem direta das razões, mas apenas convergência ou divergência quanto ao resultado final (SILVA, 2013).

Arguelhes e Ribeiro (2018) também chamam a atenção para o fenômeno do decisionismo individualista no âmbito do STF. Com efeito, os autores buscam denunciar uma suposição normalmente assumida pelos defensores da revisão constitucional, mas que deve ter sua validade como premissa questionada: a ideia de que os procedimentos majoritários em sede de controle de constitucionalidade são, por definição, coletivos.

Dessa forma, as evidências práticas do caso brasileiro apontam para a necessidade de suspendermos o juízo sobre a questão coletiva e colegiada dada como certa nos desenhos institucionais majoritários e por alguns defensores dos diálogos institucionais. Corroborando com o argumento, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 240) apontam três poderes institucionais que são exercidos individualmente e sem restrições como forma de moldar o processo de controle de constitucionalidade: (1) o poder de agenda, (2) a tomada de posição extrajudicial perante a opinião pública e (3) a decisão judicial propriamente dita (ou seja, é dizer que o próprio momento de resolução de uma controvérsia judicial pode revelar-se mais individual do que coletivo, para além das “fases preparatórias” da formação da agenda/pauta e das manifestações fora dos autos).

A partir desses três aspectos, é possível vislumbrar que uma decisão do STF, em boa parte dos casos, nem sempre é, de fato, uma decisão da Corte. Com relação ao poder de agenda e de formação da pauta do Tribunal, as capacidades individuais descentralizadas de influenciar o que o STF vai julgar tornam-se evidentes quando olhamos não só para o fato de que, tanto o relator, quanto a presidência da Corte, precisam “liberar” determinado processo para julgamento colegiado, mas principalmente sob os pedidos de vista, exercidos sem qualquer tipo de restrição ou limitação, a despeito do regimento interno (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p.

248). Assim, temos que a agenda do Tribunal está fortemente submetida ao crivo individual dos ministros, que, na prática, pedem vista por tempo indefinido e independentemente de eventual maioria já firmada em julgamento.

O segundo tipo de poder - manifestações extrajudiciais públicas - também revela o *ethos* individual que perpassa a atuação do STF. Ministros que se posicionam através de entrevistas ou palestras não sofrem qualquer tipo de penalidade; mais do que isso, há evidências de que manifestações públicas desse tipo influenciam processos políticos externos à Corte. Para ilustrar o ponto, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 249) resgatam a discussão em torno da Proposta de Emenda à Constituição 33/2011, que previa, originalmente: (1) a alteração do quórum mínimo no STF para que o Tribunal pudesse declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (da maioria absoluta para quatro quintos); (2) a alteração do quórum mínimo para a edição de súmula vinculante (de dois terços para quatro quintos) e a necessidade de aprovação de súmula vinculante pelo Congresso Nacional; (3) a possibilidade do Congresso Nacional derrubar, via consulta popular, decisão de inconstitucionalidade de emenda constitucional proferida pelo STF.

Na oportunidade de discussão pública da referida PEC, alguns ministros do STF colocaram-se contrários ao projeto, apontando sua inconstitucionalidade, tendo o Ministro Gilmar Mendes declarado extrajudicialmente que, caso a PEC fosse aprovada, seria “[...] melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”. (OLIVEIRA, G1, 2013). Arguelhes e Ribeiro relatam que, posteriormente às declarações extrajudiciais apontando a inconstitucionalidade da proposta, o Congresso recuou na discussão - não sendo a tomada de posicionamento dos ministros do STF o único fator que levou a tal recuo, mas certamente um dos fatores, tendo em vista que esse tipo de postura dos ministros pode indicar maior ou menor probabilidade de determinado provimento legislativo prosperar (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 249).

Por fim, a realidade empírica do STF revela que, até mesmo quando se trata de decidir efetivamente um caso, no mérito, os ministros decidem mais individualmente do que coletivamente, a despeito das exigências constitucionais de quórum envolvendo certas classes de ações. Nesse ponto:

O STF produz uma quantidade massiva de decisões a cada ano, na faixa de dezenas de milhares. Historicamente, uma média de menos de 10 por cento dessas decisões por ano foram realmente tomadas por um coletivo de juízes, no plenário de uma das duas Turmas. Juízes individuais, então, emitem a vasta maioria dessas decisões. Pesquisadores observaram que essa massa de decisões individuais pode operar como

um mecanismo informal de seleção de casos, em que os casos mais controversos, novos ou importantes são mandados para a deliberação coletiva. Contudo, isso é apenas uma visão parcial do que as decisões individuais representam no STF. Enquanto elas podem funcionar como mecanismos informais de controle de pauta para filtrar casos menores ou “fáceis”, os dados disponíveis sugerem que essa massa de decisões individuais fomentam a ação individual - incluindo revisão judicial - até mesmo nos casos importantes que mereceriam, por qualquer critério, deliberação coletiva pelo STF. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 250).

Nesse sentido, podemos concluir que a existência tanto de regras institucionais, como regras da prática do tribunal indicam uma postura com pouco potencial deliberativo, no sentido de haver um fluxo contínuo de razões que podem contribuir para a formação de decisões guiadas pelas melhores razões, a partir de uma dinâmica cooperativa e voltada para o consenso. Isso pode ser mais um indicativo e sintoma do porquê o Supremo Tribunal Federal instrumentaliza as Teorias dos Diálogos Institucionais, promovendo a manutenção da Supremacia Judicial. Ademais, em um espaço em que não há sequer deliberação interna, pouco espaço haverá para a troca de razões com as audiências externas.

Assim, buscamos demonstrar que um elemento central para a Teoria dos Diálogos Institucionais, que é a ideia de diálogos e deliberação, enquanto dinâmica de troca de razões voltadas a atingir a ação de quem delibera ou de um terceiro, pode ser um elemento que pouco se desenvolve na prática do Supremo Tribunal Federal. E, como pudemos observar, isso pode ocorrer tanto por conta de questões institucionais, tais como as regras do procedimento interno que estabelece a forma como as decisões do Supremo serão elaboradas, bem como diante de regras da prática judicial, que demonstram que não há uma cultura deliberativa na própria corte. O que apostamos é que a ausência de um tipo de deliberação interna, de uma cultura deliberativa na Corte, já se apresenta como mais um importante sintoma de que eventual ausência de deliberação no âmbito interno da corte, seria um reforço de que não há deliberação ou mesmo diálogo com as demais instituições (formais ou informais). É o que buscaremos sustentar, também, no próximo capítulo.

Na próxima seção, buscaremos apresentar reflexões a respeito de outro elemento que se apresenta quando está em voga a relação dialógica entre as instituições, qual seja: as capacidades institucionais. Ou seja, outra justificativa para se apostar na construção de relações dialógicas entre as instituições e a ideia de que cada uma, por se encontrarem em posições distintas e serem constituídas por pessoas que possuem *expertises específicas*, haveria um ganho epistêmico substancial no processo decisório. É nesse sentido, que passaremos na

próxima seção a traçar considerações a respeito das capacidades institucionais e sua contribuição para a relação dialógica interinstitucional.

4.3 Capacidades Institucionais no debate brasileiro

Dando continuidade ao tratamento dos pontos nucleares às Teorias dos Diálogos Institucionais, com vistas à sua aplicação no Brasil, entendemos ser importante tratar neste capítulo sobre a ideia das capacidades institucionais, considerando ser esta uma variável que é apresentada para justificar a pulverização do processo interpretativo da Constituição, permitindo um certo enfrentamento à centralização do Judiciário.

Para Vermeule e Sunstein o debate sobre a interpretação jurídica não pode ser resolvido sem atenção às capacidades institucionais. A questão central não é “como, em princípio, devemos interpretar o texto?”, a questão levantada é “como devem certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar determinado texto?”.

Ainda que possamos apresentar discordâncias em relação ao que os autores apresentam a respeito do ceticismo sobre a possibilidade de estabelecimento de razões sobre juízos morais (acabam apostando em uma *second best approach*, na medida em que não acreditam que seja possível alcançar uma melhor resposta compartilhada partindo de concepções morais mais densas e abstratas), importante são as considerações a respeito das capacidades interpretativas das mais diversas instituições (formais ou não formais) e como essas condições podem contribuir para o processo de interpretação das normas constitucionais.

4.3.1. Qual o papel das capacidades institucionais na interpretação jurídica?

Dworkin inicia sua obra “O Império do Direito” afirmando que quando juízes discutem sobre uma interpretação literal do direito posto ou uma interpretação progressista, os intérpretes saem de um ponto em comum dos debates e começam a lançar argumentos de níveis diferentes, não ingressando em um debate jurídico real (real, enquanto concepção de um debate efetivamente dialético, em que as premissas e conclusões estão em mesmo nível). É o que se pode observar no tratamento que Dworkin dá sobre o caso Elmer. Por outro lado, Vermeule e Sunstein, observam que esta perspectiva ainda negligencia a possibilidade de contribuição para

o debate jurídico de outras instituições que não o Judiciário. Em outras palavras, ainda que tenha grande contribuição a constatação de Dworkin a respeito do problema sobre a interpretação jurídica, sua análise, ao menos neste ponto, desconsidera as capacidades institucionais (inclusive de instituições não jurídicas) para a formulação do significado constitucional (está lidando tão somente com a forma que os juízes do caso Elmer pensam a respeito de como devem resolver um caso concreto, portanto, em uma leitura em que o Judiciário está no centro do debate).

Por conseguinte, quando há discussão quanto ao papel do Poder Judiciário no tocante aos limites dos Direitos Fundamentais, observamos dois problemas: o primeiro é a negligência quanto às capacidades das outras Instituições (nível externo) e um segundo que diz respeito ao conceito de Democracia e de Separação de Poderes (DWORKIN, 2015, 37'13'') (como já anotamos na primeira seção do capítulo corrente). Assim, seria insuficiente pensar que o problema se encontra, exclusivamente, nos debates teóricos mais abstratos a respeito da melhor interpretação, mas também nos próprios desenhos e capacidade institucionais. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003).

A partir dessa perspectiva de desacordos mostra-se necessário voltar os olhos às capacidades institucionais como dinâmica de contribuição no processo interpretativo dialógico, a partir daquilo que Vermeule e Sunstein defendem como *second-best approach*, bem como dos efeitos dinâmicos das interpretações, a partir de uma análise consequencialista fraca das decisões, decidindo com olhos para o passado, considerando o futuro e utilizando as capacidades institucionais presentes (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 915).

Sunstein e Vermuele em sua obra "Interpretation and Institutions" destacam que as capacidades e habilidades institucionais podem contribuir para preencher esse vácuo interpretativo descentralizando o processo decisório de como "eu" devo interpretar para como "eles; instituições" devem interpretar o texto normativo (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949).

Para além de pensar as considerações de Vermuele e Sunstein a respeito da aposta no formalismo jurídico, de autocontenção dos tribunais, bem como na crítica à utilização de princípios jurídicos mais abstratos, como justificativas para o desenvolvimento de seus

trabalhos, o que nos importa aqui são as considerações a respeito das contribuições argumentativas das instituições não jurídicas no processo decisório³⁸.

Vermuele e Sustain criticam a possibilidade da utilização de princípios como “equidade” na interpretação do direito, pois acreditam que este exercício gera muita discricionariedade aos julgadores. Interpretar o direito com base em elementos morais como a equidade transformaria o judiciário em legislador, logo, a utilização do sentido comum das expressões pode ser mais adequado, portanto, a abordagem formalista se apresentaria mais segura. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949-950).

Vermuele e Sustain propõem uma virada institucional onde seria criada uma plataforma regular de discussão que permitiria a participação de todos os atores nos debates decisórios, pondo em evidência as instituições com suas capacidades técnicas sobre o tema a ser debatido. Para tanto, presume-se como pano de fundo um Estado Democrático de Direito onde o poder de decisão deixa de ser único e exclusivamente do judiciário e passa a considerar as capacidades institucionais. A questão a ser esclarecida é: como os tribunais devem aproximar as suas interpretações às das agências e outras instituições? Devem os tribunais decidir questões jurídicas por conta própria ou deveriam levar em consideração as abordagens das agências e instituições? (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 925).

Vermuele e Sustain apresentam uma certa desconfiança nas capacidades das cortes em lidar com questões abstratas e morais, pois poderão produzir decisões que podem ser contra o próprio ordenamento jurídico. Assim, além da interpretação de textos normativos oriundos de constituições, estatutos legais e regulamentos, os autores abordam a questão da *common-law*, afirmam que a interpretação dos precedentes também devem levar em conta as capacidades institucionais (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 947).

A perspectiva neoinstitucionalista proposta pelos autores implica em um certo reconhecimento de que as instituições, ao realizarem suas atividades com o uso de conhecimento, técnicas e habilidades específicas podem apresentar razões que, em um primeiro momento, não estão ao alcance das cortes. Nesse sentido, é almejado, inclusive pelo aspecto epistemológico, que instituições das mais diversas áreas, com os mais diversos conhecimentos

³⁸ Em alguma medida, aposto que adotar as considerações e contribuições de Sunstein e Vermeule a respeito das capacidades institucionais, como razões interpretativas que chegam ao processo decisório retirando a centralização do Poder Judiciário, pode ser algo que não implica necessariamente na adoção do formalismo jurídico e da crítica à utilização de princípios jurídicos-morais mais abstratos no processo interpretativo (ceticismo interno, para se utilizar uma expressão dworkiniana).

e *expertise* contribuam com razões e conhecimentos específicos para a formação do significado constitucional. Para Brandão:

Tais perspectivas descaram de dois aspectos fundamentais para a eleição de um determinado método interpretativo. O primeiro consiste nas capacidades das instituições efetivamente existentes e dos agentes públicos de “carne e osso” (*capacidades institucionais*), circunstâncias que implica a reformulação da questão anteriormente referida, a saber: *Como instituições determinadas, com distintas habilidades e limitações, devem interpretar certos dispositivos legais?* Não só os intérpretes da Constituição têm virtudes e deficiências específicas em razão de limitações de conhecimento, informação e tempo, mas também operam no interior de instituições determinadas, que possuem igualmente os seus pontos positivos e negativos, além de atuarem segundo procedimentos preestabelecidos que lhes impõem “limitações importantes”. (BRANDÃO, 2012, p. 184). (Destaque no original).

Quanto às questões constitucionais, Vermeule e Sustain, demonstram que justamente porque as pessoas discordam agudamente sobre o que constitui um melhor resultado (deve-se permitir o aborto? A morte assistida? O casamento homoafetivo? Políticas Públicas?) é que se torna mais difícil convergir a um denominador comum. Os autores reconhecem que muitas pessoas já concordam em já haver uma virada institucional, uma vez que as abordagens à Constituição devem levar em conta os pontos institucionais fortes e fracos do judiciário, mas isso ainda é pouco, e o objetivo dos autores foi justamente denunciar esse aspecto trazendo à baila as capacidades institucionais e observar os resultados como ponto de convergência entre os intérpretes, do que necessariamente conceitos morais abstratos, como ponto de partida.

Em consonância com Vermeule e Sunstein, Sérgio Antônio Ferreira Victor afirma que há ganhos com a constatação dos autores que julgadores sofrem de limitações de conhecimento e de tempo para julgar questões que lhes são levadas por meio das demandas³⁹. A par disso, como devem evitar ambiguidades e lacunas, pensando exatamente no tratamento isonômico entre os jurisdicionados, os magistrados devem evitar decisões largas e profundas que permitam a perpetuação ou o aumento de debates teóricos a respeito da própria decisão. Logo, o Tribunal deveria atuar de tal maneira a reduzir o campo de indeterminação e vagueza. Victor, afirma que essa dinâmica ganha contornos mais nefastos quando, no Brasil, as decisões mais profundas e largas do Supremo, que socorrem de concepções morais mais abstratas, podem

³⁹ O próprio Dworkin, ao apresentar a metáfora do juiz Hércules, afirma que esse recurso só é útil porque desconsidera aspectos institucionais práticos da realidade empírica: “Hércules serve ao nosso propósito porque ele é livre para se concentrar nas questões de princípio que, de acordo com o direito como integridade, fundam o direito constitucional que ele administra. Ele não precisa se preocupar com a pressão do tempo e da pauta [...]. Utilizamos Hércules para abstrair essas questões práticas, como qualquer análise válida deve fazer [...]” (DWORKIN, 1986, p. 380-381).

produzir efeitos *erga omnes*, como no caso do controle abstrato de constitucionalidade, controle difuso julgado no procedimento da repercussão geral ou no sistema das demandas repetitivas. Nas palavras de Victor:

Tudo isso está a indicar, e o alarme aqui é importante, que, diante de questões complexas do ponto de vista moral, científico, religioso, entre outros, a Corte deve atrelar-se, o máximo possível, ao quanto necessário para solucionar o caso específico, evitando teorizar acerca de questões sobre as quais os juízes não possuem formação profissional adequada, o que aumentar os custos relacionados ao erro da decisão. Ao contrário do que o *minimalismo judicial* recomenda, parece ser corriqueiro que, ao se depararem com questões sobre desacordos morais razoáveis, as Cortes tendam a aumentar a amplitude da fundamentação de suas decisões, em vez de diminuí-la (VICTOR, 2015, p. 152).

Portanto, diante de casos em que há profundo desacordo moral na sociedade, seria preferível que a corte buscasse um comportamento de autocontenção, buscando resolver a demanda da forma mais estreita e menos profunda possível. E uma vez que se depare com questões moralmente densas, que exijam conhecimentos técnicos específicos, que possam alcançar as razões e fundamentações das instituições que detêm conhecimento e capacidades específicas.

A exemplo disso, podemos lembrar da discussão travada no Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da ADI 3510 DF, em que se apreciou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05). Especialista, das mais diversas áreas da saúde, puderam contribuir com a formação do significado no Supremo de início de vida, ou, qual a extensão do conceito do bem jurídico “vida” que o ordenamento jurídico busca tutelar. Evidentemente, que para além de se verificar em que medida as razões apresentadas pelos especialistas efetivamente afetaram a formação da convicção dos ministros, inquestionável que as considerações técnicas, levando em consideração as capacidades institucionais dos *amicus curiae*, aprofundaram o debate a respeito do conceito de “vida”.

A respeito da interação entre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e a capacidade argumentativa de instituições especializadas, Godoy realizou importante estudo a respeito das contribuições das Audiências Públicas e da atuação dos *Amicus Curiae* na análise de constitucionalidade da Lei de Biossegurança⁴⁰.

⁴⁰ O trabalho de Godoy é muito mais extenso e analisa outros casos para além do apresentado aqui. Em verdade sua análise está voltada para demonstrar em que medida outras instituições não jurídicas geram impactos na formação das decisões do Supremo Tribunal Federal, de que maneira seria possível devolver ao povo a capacidade de estabelecer o significado da Constituição. Para tanto ver GODOY, Miguel Gualano. *Op. cit.*

Ao apresentar sua análise Godoy propôs, como metodologia analítica, dois exercícios: (i) verificar em que medida as audiências públicas e os *amici curiae* são citados expressamente nas decisões dos ministros; (ii) se há relação de correspondência entre as razões e fundamentos apresentados nas Audiências Públicas e pelos *Amici Curiae* e os votos dos ministros do Supremo.

Godoy apresentou a seguinte tabela (2015, p. 197):

Figura 1 - Quadro comparativo de audiências públicas e *amici curiae* citados expressamente nas decisões dos ministros do Supremo e relação de correspondência entre as razões e fundamentos apresentados, apresentado por Godoy

Biossegurança	Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (Relator)	Ministro Carlos Alberto Menezes Direito	Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha	Ministro Enrique Ricardo Lewandowski	Ministro Eros Roberto Grau	Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes	Ministro Antonio Cezar Peluso	Ministro José Celso de Mello Filho	Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Presidente)	Ministra Ellen Gracie Northfleet	Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello
Referência Expressa - Audiência Pública	Sim (fls. 156, 166, 167, 180, 181 e 206)	Sim (fls. 251, 252 e 271)	Sim (fl. 364)	Sim (fls. 428, 437-439)	Não	Não	Sim (fls. 496, 497, 510 e 513)	Não	Sim (fl. 603)	Sim (fls. 215 e 216)	Não
Referência Expressa - <i>Amici Curiae</i>	Sim (fl. 160)	Não	Sim (fls. 343 e 364)	Não	Não	Não	Sim (fls. 486, 498, 499, 513 e 517)	Não	Não	Não	Não
Razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados na Audiência Pública, ainda que sem referência expressa a ela	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados pelos <i>Amici Curiae</i> , ainda que sem referência expressa a eles	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

Fonte: GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 197.

Da tabela, Godoy apresenta as seguintes constatações:

A análise da comparação feita no caso da Lei de Biossegurança (ADI 3.510) mostra que sete dos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal fizeram referências expressas às razões e aos argumentos apresentados em audiência pública. Por outro lado, apenas três dos 11 Ministros fizeram referências expressas às razões e aos argumentos apresentados pelos *amici curiae*.

No entanto, todos os Ministros valeram-se de razões e argumentos apresentados em audiência pública e pelos *amici curiae* para fundamentar suas decisões ainda que não tenham feito referência expressa a eles, conforme se verifica nos dois últimos campos da tabela intitulados “Razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados na audiência pública, ainda que sem referência expressa a ela” e “Razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados pelos *amici curiae*, ainda que sem referência expressa a eles”. (GODOY, 2015, p. 197).

Para além de se pensar a dinâmica de admissão dos *amici curiae* e das Audiências Públicas pelo Ministro Relator sorteado para o caso a ser apreciado pelo Supremo, e de que forma essa relação dialógica abre espaço para a própria Sociedade contribuir com o processo de tomada de decisão da Corte, o que buscamos demonstrar aqui é que há contribuição de

grupos organizados, com conhecimentos e capacidades específicas no processo decisório do Supremo. Uma vez constatado que há efetiva troca de razões entre os deliberantes, pode-se concluir que haverá há efetivo ganho de legitimidade pela abertura de participação de instituições não jurídicas no processo de formação decisória, no mesmo passo que há efetivo ganho de argumentação e razões apresentadas à Corte por mencionadas instituições. Logo, as capacidades institucionais podem ser um fator importante para o ganho epistêmico e de legitimidade do processo de tomada de decisão. Entretanto, para além das observações realizadas por Godoy (citação direta e semelhança de argumentos), voltaremos nossos olhos para as razões apresentadas no processo decisório na próxima seção, para constatar eventual fluxo de razões entre os deliberantes.

Há que se destacar, ainda, a possibilidade de diferenciar conceitualmente os próprios mecanismos de participação, isto é, o instituto do *amicus curiae* e as audiências públicas. De acordo com Fernando Leal, Rachel Herdy e Júlia Massadas (2018), o próprio STF (e parte da doutrina especializada) parece confundir os dois institutos, atribuindo a ambos o propósito de legitimação e participação democrática no processo de controle de constitucionalidade.

No entanto, observa-se que, diferentemente do *amicus curiae*, as audiências públicas não se prestam (ou não deveriam se prestar) ao papel de correção de déficit democrático na atuação do Tribunal. Pelo contrário, conforme defendem Leal, Herdy e Massadas (2018, p. 334), as audiências públicas buscam “compensar déficits epistêmicos de tomadores de decisão que precisam determinar como o direito deve lidar com problemas que não são propriamente jurídicos”.

Observa-se que, sobretudo através da posição do ministro Gilmar Mendes, costuma-se associar as audiências públicas (assim como o *amicus curiae*) ao modelo de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tal como sustentado por Häberle (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 335). Contudo, é interessante perceber que, mesmo que tenhamos razões para atribuir diferentes propósitos aos institutos, existe a possibilidade de que tal confusão seja mais proveitosa para a atuação estratégica dos ministros da Corte - o que, em parte, poderia explicar a indistinção dada às audiências públicas e ao *amicus curiae*.

Há evidências empíricas no sentido de que os argumentos apresentados pelas entidades nas audiências públicas são majoritariamente utilizados como viés de confirmação pelos ministros do STF. Nem sempre há referência explícita aos argumentos trazidos nas audiências, mas, quando há, em 57% dos casos a referência de um ministro é para concordar

com o argumento apresentado em audiência por um participante habilitado (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 360). Nesse sentido:

Há, portanto, uma tendência de os ministros apresentarem informações que corroboram as hipóteses defendidas em seus votos. Esta tendência pode indicar um uso estratégico deliberado das manifestações dos participantes nas audiências públicas ou então mera influência de um viés de confirmação. (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2018, p. 360).

Lado outro, parece ser importante também observar que no caso de apreciação de constitucionalidade da Lei de Biossegurança sete dos 11 Ministros mencionaram expressamente as Audiências Públicas e 3 dos 11 Ministros, fizeram menção expressa dos *amici curiae*. Uma hipótese para tal dinâmica pode ser apresentada como tentativa do Supremo em manter sua supremacia sobre o significado da norma constitucional, como um processo que decorre da sua atuação, bem como, em conjunto com as considerações feitas por Virgílio na seção anterior, existam evidências da atuação individualista e não deliberativa dos Ministros da Corte.

Feitas as considerações sobre as capacidades institucionais e de que forma podemos observar os ganhos epistêmicos e de legitimidade da Corte a partir dessas interações, passaremos a observar na próxima seção, de que maneira o Poder Legislativo se relaciona com o Supremo Tribunal Federal a partir da superação das decisões deste último por meio de Emendas Constitucionais e Lei Ordinárias desafiadoras (*backlash*).

4.4 Diálogos Institucionais - o STF e o Legislativo - Superação das decisões judiciais pelo processo legislativo

No ordenamento jurídico brasileiro as interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, seja na modalidade do controle difuso, seja na modalidade do controle concentrado, ao se constituir por meio de procedimentos que atribuam efeito *erga omnes* à decisão vincula a atuação do Poder Judiciário, do Poder Judiciário e de todos os jurisdicionados. Diante desse panorama é importante nos questionarmos em que medida o Poder Legislativo fica vinculado às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, em que as decisões possuem efeito *erga omnes*? Tendo em vista que a Corte deve interpretar o texto constitucional, há possibilidade de alterar o texto constitucional já interpretado pela Corte?

Havendo reações às interpretações dada pelo Supremo Tribunal Federal pelo Poder Legislativo estaríamos diante de circunstâncias em que é possível constatar a relação dialógica entre as instituições?

A presente seção buscará identificar as relações dialógicas surgidas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo a partir das reações do Legislativo às decisões do Supremo, seja na elaboração de Emendas Constitucionais ou Leis Ordinárias desafiadoras da interpretação dada pela Corte.

Sérgio Antônio Ferreira Victor afirma que no Brasil não houve a institucionalização dos Diálogos Institucionais, por meio do texto constitucional de 1988, embora afirme ser possível verificar a existência de relação dialógica entre as instituições (2015, p. 215). A ideia de “institucionalização” dos diálogos institucionais pode estar relacionada à análise comparativa com a experiência canadense de mecanismos institucionais que abram espaço e facilitem a troca de razões, informações e perspectivas decisórias entre as Instituições. Mas como já pudemos observar no primeiro capítulo, a existência de um dado fenômeno que conte com a participação do Judiciário está mais relacionado à assunção de uma postura que convirja para o fenômeno (fatores endógenos) do que a existência de mecanismos, ferramentas ou quaisquer outros fatores exógenos à Corte será determinante para sua atuação dialógica.

Em outras palavras, não será a existência de um mecanismo semelhante à Seção 33 do sistema constitucional canadense que irá institucionalizar os Diálogos Institucionais no Brasil ou em qualquer outro país. Isso porque os Diálogos Institucionais são um fenômeno político-cultural de articulação entre as Instituições, portanto, um conjunto de comportamentos. Evidentemente que esse comportamento dialógico poderá ser estimulado ou reprimido por mecanismos legislativos ou de qualquer outra ordem, mas jamais como ferramenta indispensável à sua própria existência. Assim, poderá haver ou não diálogos institucionais diante da existência ou não de mecanismos tais como a seção 33.

Por tais razões, ainda que possamos compreender a existência ou não de diálogos institucionais a partir da observação da prática judicante e da política institucional, podemos também observar a partir do uso de determinados mecanismos a ocorrência dos diálogos (ou seja, não se defende que os diálogos existam por conta da mera existência de mecanismos que podem contribuir para a realização dos mesmos, mas o uso dos mecanismos pode apontar para a materialização de uma relação dialógica entre as instituições).

É nesse sentido que cabe verificar em que medida o Poder Legislativo está autorizado a editar uma Emenda Constitucional desafiadora de interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal ao realizar o controle de constitucionalidade de lei infraconstitucional. Ou de outra forma: o Supremo Tribunal Federal possui a última palavra sobre o significado constitucional? Quando o art. 102, *caput*, da Constituição Federal afirma que cabe precipuamente ao Supremo a guarda da Constituição está a afirmar que o Supremo Tribunal Federal possui a competência exclusiva e final para dizer o que a Constituição significa?

Compreendendo que a atuação da Corte em garantir a integridade da ordem constitucional passa, necessariamente, pelos limites interpretativos estabelecidos pela própria Constituição Federal, então uma forma de desafiar a interpretação dada pelo Supremo seria alterar a fonte da base interpretativa que permitiu ao Tribunal declarar uma lei constitucional ou inconstitucional. Assim, uma vez que o Poder Constituinte Derivado pertence ao Congresso Nacional, uma Emenda Constitucional que alterasse os enunciados normativos (estabelecendo o sentido inverso, por exemplo) que deram sustentação à decisão, se afirmaria como um modo de obtenção de uma certa equalização das funções dos Poderes em um sistema sustentado pela supremacia da norma constitucional. Lembra Victor que a possibilidade de se analisar os diálogos institucionais a partir de Emendas Constitucionais torna-se praticamente inviável no sistema norte-americano, haja vista a rigidez institucional existente para se aprovar emendas à Constituição. Essa que não é uma realidade no sistema brasileiro, diante da maior flexibilidade quanto a aprovação de Emendas Constitucionais (VICTOR, 2015), que apresenta até maio de 2022 cento e vinte e uma Emendas aprovadas sob o regime da Constituição de 1988.

Podemos citar, a título de exemplo, a reação do Congresso à interpretações dadas pelo Supremo a Emenda Constitucional 29/2000, que alterou o entendimento fixado pelo Supremo (RE 153.771) de que seria incompatível com a ordem constitucional vigente fixar alíquota progressiva do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), seja a luz do art. 145, §1º, ou ainda sob a luz do art. 156, §1º, ambos da Constituição. A Emenda Constitucional 29 altera justamente o §1º do art. 156 da Constituição Federal, permitindo expressamente a progressividade da alíquota de mencionado imposto, alterando por completo o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

Como alertamos em parágrafos anteriores, uma forma de realizar a modificação do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal é alterar a fonte da base interpretativa.

Uma vez tendo sido alterada a base normativa que sustenta a conclusão do acórdão, é possível alterar o entendimento fixado.

Um ponto que deve ser levantado aqui, resgatando as considerações apresentadas na primeira seção deste capítulo, diz respeito à efetiva troca de razões para que se promova um processo efetivamente deliberativo, naquilo que se compreendeu como diálogo-deliberação. Mais uma vez aqui, é importante lembrar que estamos trabalhando com um conceito de deliberação externa (processo decisório deliberativo voltado para alcançar a ação de terceiros que não participam da deliberação atual), mas que exige, ainda que em momentos diversos, a testagem, refinamento e análise das razões apresentadas pelas demais instituições. Assim, quando o Congresso Nacional promove a alteração do texto constitucional que embasa a decisão do Supremo, alterando o entendimento anteriormente fixado, estamos diante de um processo dialógico entre as instituições? Há um processo baseado no conceito de deliberação externa que apresentamos na primeira seção do presente capítulo?

Em princípio, podemos afirmar que as instituições estão a tratar, em momentos distintos, do mesmo objeto interpretativo. No exemplo acima, o Supremo estaria verificando a compatibilidade de se estabelecer alíquota progressiva em caso de cobrança de IPTU, considerando o valor do imóvel no qual incide o tributo. É o que ocorreu em 1997, quando o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da alíquota progressiva na cobrança de IPTU. Quando o Congresso Nacional votou o projeto de Emenda Constitucional que culminou na EC 29 de 2000, apreciou o mesmo tema (alíquota progressiva na cobrança de IPTU). A princípio, somos levados a compreender que para as Teorias dos Diálogos Constitucionais o simples fato de haver uma tensão entre ambas as decisões (o que se encerrou pelo *overruling* estabelecido pelo Congresso) já seria suficiente para se identificar uma relação dialógica entre as instituições.

Complementando as ideias apresentadas na primeira seção deste capítulo, é necessário apontar para a distinção existente entre mera interação estabelecida entre as instituições e o estabelecimento de relações dialógicas. Evidentemente que ao tratar do mesmo objeto interpretativo, ambas as instituições podem resvalar sobre os mesmos argumentos ou razões de decidir. Ocorre, todavia, que a existência de relações dialógicas ou deliberativas no sentido aqui defendido, exige um ir e vir de razões, de enfrentamento dos pontos de vista apresentados com o objetivo de apresentar outras razões que sejam suficientes para superar as anteriormente

apresentadas. Logo, há minimamente uma interação, um fluxo de razões entre as instituições, ainda que isso não ocorra de forma direta.

Por outro lado, a ideia de interação é ainda mais fraca que a ideia de relação dialógica, na medida em que não há, na relação meramente interativa, uma necessária troca de razões, um enfrentamento dos argumentos apresentados anteriormente pelas demais instituições. Nesse sentido, para verificar se o Congresso Nacional estabelece uma relação dialógica com a Corte é necessário verificar a qualidade das razões apresentadas no processo decisório, não sendo suficiente que ambas as instituições tenham tratado a respeito do mesmo assunto em momentos distintos. Logo é o fluxo de razões que determina a qualidade e a natureza da relação e não o mero tratamento dos mesmos temas. Caso não exista essa exigência, poderíamos ser levados a defender, a partir da mesma premissa, que toda decisão judicial proferida, baseada na legislação, representaria, necessariamente, uma relação dialógica. A primeira manifestação seria dada pelo Poder Legislativo na elaboração da legislação e a segunda pelo Poder Judiciário na avaliação de mencionada lei. Qual o ganho teríamos em afirmar que essa interação representaria um diálogo institucional?

Importante imaginar que ao tratar do mesmo objeto interpretado, as Instituições podem até mesmo convergir sobre os resultados, sem que tenham necessariamente compartilhado razões de fundamentação para a decisão. Um indivíduo que compartilha de leituras neonazistas, ultra-conservadoras, pode defender em um discurso público a proibição do aborto, sob argumentos *pro vida* em relação a um determinado grupo de pessoas que compõe a sociedade. Da mesma forma, um grupo de pessoas religiosas podem, também, apresentar manifestação pela proteção da vida, inclinando-se pela proibição do aborto. No caso apresentado, embora ambos os grupos não compartilhem de visões de mundo semelhantes, de doutrinas abrangentes (para se utilizar de uma concepção cunhada por Rawls), podem convergir quanto aos resultados. Inclusive é sobre isso que defendem Sunstein e Vermeule ao apresentarem uma abordagem interpretativa do direito minimalistas e guiada pelos resultados (*second best approach*), já que pessoas com diversas leituras a respeito do mundo, podem, ao menos compartilhar consensos sobre resultados.

Ocorre, todavia, para além de se pensar sobre a legitimidade ou possibilidade de grupos neonazis poderem participar da vida pública, o que se busca demonstrar é que mesmo grupos que ocupam lugares em posições diametralmente opostos, embora possam compartilhar consensos sobre resultados, não compartilharam razões sobre o decidir. Nesse sentido, jamais

haverá que se falar em diálogos entre os grupos. Não há enfrentamento, testes de razões, pois partem de premissas diametralmente opostas.

O que queremos demonstrar é que, embora o Congresso Nacional possa tratar do mesmo tema já tratado pelo Supremo Tribunal Federal e tenha chegado a conclusões semelhantes ou diversas, isso não implica necessariamente que tenha ocorrido uma relação dialógica entre as instituições. Nesse sentido, não é porque se identifica uma reação à decisão da Corte (*backlash*) pelo Congresso Nacional que se iniciou uma relação dialógica, de troca ou mesmo de enfrentamento de razões. Para tanto, é necessário analisar de que maneira as instituições efetivamente estabeleceram suas conexões argumentativas (ou se sequer estabeleceram alguma conexão). Essa é uma análise quanto às razões e não quanto aos resultados alcançados.

Assim, quando o Congresso Nacional aprova a Emenda Constitucional 39/2002 que permite a criação de contribuição para o custeio da iluminação pública, criando possibilidade para a incidência de tributo sobre a iluminação, levou em consideração as razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu pela inconstitucionalidade de se reclamar a cobrança de *taxa* para a incidência de tributo sobre o mesmo fato gerador. Em outras palavras, o que determina a ocorrência de diálogos institucionais é o efetivo fluxo de razões e argumentos entre as instituições e não mera possibilidade de superação de uma decisão tomada anteriormente pelo outro órgão do Poder Público.

Por outro lado, Victor entendendo que a relação de reação do Congresso às decisões da Corte por si só representam diálogos, e que a tendência dessa relação ocorrer por meio de Emenda Constitucional, a matéria a ser decidida terá a palavra do Parlamento como a última palavra sobre o significado constitucional:

[...] casos em que diálogos institucionais foram travados entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, em regra terminando com a superação da decisão judicial por meio da aprovação de emenda à Constituição, podem-se tirar algumas conclusões. A primeira é que, no Brasil, a forma mais comum de aprovação de emenda constitucional, o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente). (VICTOR, 2015, p. 225-226).

Ademais, ao final Victor parece concordar conosco ao afirmar que o Congresso, ao estabelecer a mudança da regra da base do diálogo (na verdade, regra da base da interpretação sobre a (in)constitucionalidade), a manifestação do Congresso é um monólogo, pois raramente será possível uma reação do Supremo (na medida em que exigiria violação clara à cláusula pétrea). Em verdade, parece haver duas razões para se pensar um monólogo nessa corrida de

superação de decisões tomadas pelas demais instituições: (i) primeiro porque não há necessariamente uma relação de testes e enfrentamentos das razões apresentadas pela instituição que primeiro decidiu; portanto, não há um fluxo de razões e argumentos; (ii) ao decidir por Emenda Constitucional, o Congresso estaria fechando a possibilidade de nova rodada dialógica pelo Supremo (aqui parece haver um equívoco do autor ao afirmar que a atuação do Tribunal estaria encerrada na mera nova linguagem textual apresentada pelo Congresso - parece haver uma certa aposta num formalismo jurídico que encerraria e não inauguraria o debate jurídico).⁴¹

Com efeito, novas razões ou nova forma de decidir acaba sendo lançada pelo Congresso Nacional, que não impede ao Supremo Tribunal Federal apresentar nova leitura do novo enunciado normativo apresentado em nova oportunidade ao promover o controle de constitucionalidade, inclusive da própria Emenda Constitucional. Portanto, novas rodadas procedimentais de controle de constitucionalidade que não encerraria, necessariamente a construção do significado da Constituição, mas que no sistema brasileiro, representaria muito mais um empreendimento individual e de reação institucional do que propriamente uma relação deliberativa ou dialógica entre as instituições que tomam parte no processo decisório.

Embora concordemos com Victor quanto à existência de monólogos sobrepostos, divergimos quanto às razões para tal. Entendemos que há monólogos diante da inexistência de fluxos de razões e não diante da impossibilidade de superação, formal, das decisões proferidas pelas demais instituições.

Essas constatações são importantes para desmistificar a promessa desenvolvida pela Teoria dos Diálogos Institucionais que compreendem que as relações entre as instituições são relações de fluxo e influxo direto de razões de decidir, mas que no sistema brasileiro, em verdade, representa mais uma disputa individual sobre a autoridade de quem deve decidir. Salutar o empreendimento da Teoria dos Diálogos Institucionais em trazer para o campo da deliberação e para o processo contínuo de troca de razões entre as Instituições o processo de determinar e decidir o que a Constituição significa, mas ao final, mencionada disputa se encerra muito mais no campo da autoridade do que construções desenvolvidas no campo do processo decisório (deliberativo ou não).

⁴¹ Sobre esse tema basta ver o que as súmulas vinculantes nos apresentam: jamais encerrarão o debate jurídico sobre a matéria que tratam. Para tanto, ver Streck: **O que é isto? Precedentes e Súmulas Vinculantes**.

Feitas essas considerações, pudemos observar alguns elementos centrais das Teorias dos Diálogos Institucionais, tais como deliberação, diálogo, capacidades institucionais e a inexistência de fluxos diretos de razões entre as instituições, a exemplo do que ocorre na superação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal pelo Congresso, por meio de Emendas Constitucionais.

Para verificar as mencionadas afirmações, é importante analisar, por amostragem, quatro casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal em que se constatou um esforço do Tribunal e do Congresso Nacional em promover uma interação entre os atores. Nesse sentido, buscaremos investigar, inicialmente, dois casos paradigmáticos em que o Congresso Nacional editou Emenda Constitucional superadora da jurisprudência do Supremo. Em um segundo momento, partindo de dois casos, analisaremos as razões dos votos e das manifestações dos *amicus curiae* buscando constatar em que medida o Supremo Tribunal Federal, de fato, participa de um processo decisório deliberativo com as instituições externas, promovendo ou não um fluxo e influxo de razões que eventualmente compõem a decisão final.

4.4.1 Diálogos Institucionais - a análise de casos para a verificação de fluxo de razões entre os deliberadores

Apresentadas as considerações sobre a (in)existência de deliberações internas no Supremo Tribunal Federal e a ideia que as capacidades institucionais podem contribuir para a criação de decisões judiciais mais legítimas, constituídas a partir de pontos de vistas diversos e múltiplas experiências que não somente aquelas encontradas no interior do próprio Supremo Tribunal Federal ou mesmo do Poder Judiciário, nos dedicaremos, na presente seção, a apresentar quatro casos em que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu interações com instituições não jurídicas, seja diante da elaboração de Emendas Constitucionais superadoras da jurisprudência da Corte, seja quando a Corte admitiu o ingresso de *amicus curiae*.

O primeiro caso a ser analisado diz respeito à análise da ADI 2.240-40 em que o Supremo declarou inconstitucional, sem declarar nulo o ato normativo atacado, pelo período de vinte e quatro meses, até que o legislador estadual regulamentasse a criação de novos municípios. Em reação à decisão, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional 57/2008, dando validade aos municípios criados em desconformidade com o contexto normativo apreciado pelo Supremo.

O segundo caso que será analisado, diz respeito à ADI n. 4.983 que declarou inconstitucional a prática de atos que impliquem em maus tratos aos animais, por violação ao princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em resposta à decisão do Supremo, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional n. 96/2017 estabelecendo que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, superando o entendimento do Supremo.

O terceiro caso a ser analisado é a ADI n. 3.510, uma das primeiras demandas de relevo nacional em trâmite no Supremo Tribunal Federal, pós Constituição de 1988, em que se admitiu a participação de *amicus curiae*, ao lado da ADI n. 4.277 e ADPF n. 178, em que se apreciou o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O objetivo da presente seção é verificar, em que medida, essas razões apresentadas pelas instituições externas foram consideradas pelos ministros em seus julgamentos, seja no reforço, refinamento ou na testagem de suas razões.

O quarto caso que iremos analisar, diz respeito ao julgamento ocorrido em fevereiro de 2021, em que o STF após ter admitido a participação de uma quantidade substancial de *amici curiae*, não reconheceu a existência do “direito ao esquecimento” a partir do ordenamento constitucional. A escolha desse caso se deu tendo em vista a existência de um caso mais recente em que se vislumbrou o julgamento de mérito da demanda e que teve a participação de um número substancial de ministros.

4.4.1.1. Diálogos Institucionais - a criação de novos municípios e a relação entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.240-BA foi interposta pelo Partido dos Trabalhadores, oportunidade em que sustentou a inconstitucionalidade da Lei Estadual Baiana 7.619/2000, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, diante do desmembramento do município de Barreiras (BRASIL, 2006, p. 2).

O Partido dos Trabalhadores alegou que a criação do município, em período eleitoral e, diante da inexistência de lei complementar federal que regulamentasse a matéria, ensejaria

ofensa ao disposto no art. 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal⁴². Sustentou, ainda, que a criação do município viola o regime democrático, já que não se realizou o plebiscito de toda a população interessada, mas somente o distrito emancipado, bem como pelo fato de se ter publicado o estudo de viabilidade municipal tão somente após a ocorrência da consulta pública.

O ministro-relator, Eros Grau, fez constar que, embora fosse possível identificar os problemas indicados pelo Partido dos Trabalhadores, o município assumiu existência de fato há mais de seis anos, quando do julgamento. Logo, a solução a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal não poderia ser de mera subsunção dos fatos à norma jurídica, pois esta dinâmica poderia produzir resultados perniciosos. Informou que o município, ao assumir existência de fato, promulgou lei orgânica (2001), sancionou mais de duzentas leis municipais (até 2006), elegeu prefeito e vice, vereadores, instituiu e arrecadou tributos, portanto, atuou como ente federativo em toda sua extensão. Isso representaria, ainda, a realidade de mais de cinquenta municípios criados no Brasil (BRASIL, 2007, p. 10).

Para Eros Grau, para se preservar o princípio da segurança jurídica aos jurisdicionados, ainda que se observe nulidade na origem do ato, deveria se reconhecer a validade da sua criação para proteger a boa-fé e a confiança dos munícipes (BRASIL, 2007, p. 12). Logo, citando Jellinek, deveria se observar a força normativa dos fatos, que precederia aos atos normativos (BRASIL, 2007, p. 14).

Ainda, em seu voto, faz referência à validade jurídica do casamento putativo, bem como da validade das sociedades empresariais de fato ou irregulares, denominadas pelo Código Civil de sociedade em comum. Nessas circunstâncias o Direito daria validade jurídica às circunstâncias fáticas excepcionais, em detrimento do direito positivo (BRASIL, 2007, p. 17).

Para além das razões de fundo do voto do ministro-relator, o que nos importa aqui, diz respeito à constatação de que a excepcionalidade por ele identificada está relacionada à omissão injustificada do legislador ao não criar a Lei Complementar necessária para regulamentar o disposto no art. 18, §4º, da Constituição Federal, o que impediria a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. Declarar a inconstitucionalidade da existência do município

⁴² Art. 18: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996).

já existente no mundo dos fatos, representaria violar o princípio federativo (BRASIL, 2007, p. 17). E o papel da corte restaria cumprido nos seguintes termos:

[...] A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas esta Corte, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. (BRASIL, 2007, p. 24).

Assim, compreendendo que a omissão do Congresso representaria causa para a excepcionalidade da criação do município, o ministro-relator julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para reconhecer a validade da criação do município. Entretanto, após voto-vista proferido pelo ministro Gilmar Mendes, alterou seu entendimento e acompanhou o segundo ministro a votar, de tal maneira a julgar procedente a ação, sem declarar a nulidade do ato pelo prazo de vinte e quatro meses.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, reconheceu que a declaração de inconstitucionalidade da lei que determinou a criação do município de Luís Eduardo Magalhães geraria profundos impactos negativos, haja vista a sua existência de fato e seu funcionamento como ente da federação, o que geraria “[...] graves repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade”. (BRASIL, 2007, p. 33).

Por outro lado, entendeu que não poderia simplesmente julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, vez que deixaria “[...] de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional” (BRASIL, 2007, p. 33). Assim, seria necessário realizar uma ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica, de tal maneira que fosse possível estabelecer uma técnica alternativa de declaração de inconstitucionalidade⁴³, limitando-se os efeitos da decisão da Corte (BRASIL, 2007, p. 39).

⁴³ Segundo Bernardo Gonçalves a técnica empregada por Mendes é a chamada declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, em suas palavras: “[...] o STF declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, porém, não pronuncia a nulidade da referida lei ou ato normativo. Ou seja, o STF excepcionalmente pode entender, com base no princípio da proporcionalidade, que a declaração de nulidade poderá agravar o estado de inconstitucionalidade presente no sistema jurídico-constitucional. Nesses casos, também excepcionalmente, é importante salientar que a lei ou ato normativo pode continuar no ordenamento, à luz da lógica da ponderação de interesses, com base em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, dentre outras fundamentações que trabalham a proporcionalidade. Um exemplo recente foi o da ADI nº 2.240 (Município de Luís Eduardo Magalhães). o STF declarou que a lei que criou o município era inconstitucional, mas não declarou a nulidade da mesma ocorrendo na decisão a modulação de efeitos por 24 meses” (GONÇALVES, 2021, p. 1671).

Invocando o art. 27 da Lei 9.868/99⁴⁴, o ministro votou pela declaração de inconstitucionalidade, sem declarar a nulidade do lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de vinte quatro meses, prazo para o legislador editar a Lei Complementar Federal, estabelecida pelo art. 18, §4º, da Constituição Federal (BRASIL, 2007, p. 52). Sepúlveda Pertence acompanhou o voto do ministro Gilmar Mendes.

O ministro Marco Aurélio, divergindo dos votos até aqui apresentados, manifestou-se pela declaração de inconstitucionalidade, na medida que entendeu que a criação do município em desconformidade com o art. 18, §4º, da Constituição (fruto da Emenda Constitucional n. 15/1996, declarada constitucional pelo Supremo na ADI n. 2395⁴⁵) implicaria necessariamente na declaração de inconstitucionalidade do ato normativo que criou o município. Ademais, entendeu que não seria possível a aplicação do art. 27, da Lei 9.868/99, pois o Supremo declararia constitucional o ato normativo após a publicação do acórdão, invertendo o raciocínio da lei (que permite a declaração de constitucionalidade até a publicação do acórdão). Assim, reconhecendo que o Supremo não pode decidir estabelecendo cláusula resolutive (eventual inexistência de lei complementar no futuro), julgou procedente a ADI⁴⁶ (BRASIL, 2007, p. 62).

Ao final, o acórdão ficou com o seguinte dispositivo:

Decisão: O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento, nos termos do voto reajustado do Senhor Ministro Eros Grau (relator) e do voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, vencido, nesse ponto, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que declarava a nulidade do ato questionado. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 09.05.2007. (BRASIL, 2007, p. 70).

Nesse sentido, o que se observou foi que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha declarado a inconstitucionalidade da lei que criou o município, abriu prazo de vinte quatro

⁴⁴ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁵ Conforme se verifica no site no Supremo: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), acompanhando o voto do ministro Gilmar Mendes, por maioria, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2395, requerida pela Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul (AL-RS) contra a edição, pelo Congresso Nacional, da Emenda Constitucional (EC) nº 155, de 12 de setembro de 1996.” (BRASIL, 2007-a).

⁴⁶ Por tratarem da mesma matéria, ainda foram julgadas no mesmo sentido as ADIs 3.316-MT (criação do município de Santo Antônio do Leste/MT); ADI 3.489 (criação do município de Montes Claros/SC); e ADI 3.689 (limites do município de Ourilândia do Norte e Água Azul do Norte/PA).

meses para o Congresso Nacional criar a Lei Complementar mencionada no art. 18, §4º da Constituição Federal, sem declarar sua nulidade também pelo prazo de vinte a quatro meses, período em que o Poder Legislativo deveria editar a lei mencionada.

Ocorre, todavia, que o Congresso Nacional, em reação à própria decisão, não editou Lei Complementar regulamentando a criação dos municípios realizadas até então em desconformidade com a Constituição. O que fez o Congresso foi a edição da Emenda Constitucional n. 57/2008 que convalidou todos os municípios criados até 31 de dezembro de 2006, que respeitaram os requisitos estabelecidos pelas leis de seus respectivos Estados.

Duas são as questões fundamentais que precisamos enfrentar a partir do caso apresentado: diante da reação do Congresso Nacional à decisão do Supremo a respeito das exigências estabelecidas pelo art. 18, §4º, da CF, há que se sustentar a existência de diálogo institucional? O Supremo Tribunal Federal ao não declarar a inconstitucionalidade da EC 57/2008 atribui ao Congresso a última palavra sobre o significado constitucional sob este aspecto?

Quando da votação na Câmara dos Deputados Federal, diante das razões apresentadas na votação do Plenário, havia o entendimento uníssono dos Deputados, de que os municípios criados sem a edição da Lei Complementar Federal, nos termos da exigência constitucional, estabelecia a criação de municípios ao arpejo da lei e que a atuação do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADI 2.240-BA, representava uma usurpação de poderes:

O SR. DUARTE NOGUEIRA (PSDB-SP. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, esse texto foi produzido e acordado com os Líderes e conosco, do PSDB, para que pudéssemos, ao aprovar essa emenda aglutinativa, dar regularidade aos Municípios criados até 31 de dezembro de 2006, tendo em vista que o Congresso Nacional não legislou matéria infraconstitucional, levando-nos portanto, a uma vacância legal, o que permitiu que Municípios fossem criados à revelia da lei. (BRASIL, 2008, p. 266).

[...]

O SR. LUIZ SÉRGIO (PT-RJ. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, o acordo construído é muito importante, porque legaliza a situação dos Municípios já criados e não abre a porteira da fábrica de novos municípios. Faz-se então justiça. (BRASIL, 2008, p. 266).

[...]

O SR. CHICO ALENCAR (PSOL-RJ. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, o “sim” do PSOL é um “sim” crítico e de alerta a nós mesmos. Muitas vezes falta legislação infraconstitucional, muitas vezes criamos uma espécie de mais-valia, um puxadinho a mais, ao arpejo da própria Constituição, e depois cria-se uma situação de fato. É evidente que esses 57 Municípios existem, têm população, têm seus Poderes constituídos. Reduzi-los agora, **por decisão de outro Poder, à condição de distritos seria completamente anacrônico**, no sentido literal da palavra. (BRASIL, 2008, p. 267)

[...]

O SR. DARCÍSIO PERONDI (Bloco/PMDB-RS. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, o PMDB vota “sim”. Quero cumprimentar nosso Presidente Colbert Martins e o Relator Manoel Junior, do PSB. Há necessidade de se consertar. Esta PEC está consertando. São 56 Municípios, 29 do meu Estado, quase meio milhão de habitantes. Os Municípios já estão instalados. Estamos consertando erros. Esses Municípios vão continuar se desenvolvendo, crescendo, produzindo, gerando receita para o País e felicidade para seus cidadãos. (BRASIL, 2008. p. 267).

[...]

O SR. ARNALDO FARIA DE SÁ (PTB-SP. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, apesar de São Paulo não ter nenhum município nessa condição, **entendemos importante resolver essa pendenga com o Supremo Tribunal Federal. Lamentavelmente, temos visto tanto o Supremo quanto o TSE tentando legislar.** Para dar uma resposta a essa tentativa de legislar da judicialização, orientamos “sim” a esta aprovação (BRASIL, 2008, p. 267). (Grifos Nossos).

Ao final, a Proposta de Emenda Constitucional foi aprovada em primeiro e segundo turno tanto na Câmara dos Deputados Federais, quanto no Senado Federal.

Com a decisão proferida pelo Supremo em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade dois cenários surgiram: a) o STF, fazendo referência à manifestação anterior de constitucionalidade da EC 15/96, passou a exigir do Poder Legislativo a edição de Lei Complementar Federal para dar integral validade ao art. 18, §4º, da Constituição Federal; b) embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade das leis que tenham criado municípios em desconformidade com a Constituição Federal, deixou de declarar sua nulidade, exigindo do legislador a regulamentação da matéria no prazo de 24 meses, sob pena de mencionados municípios serem considerados inconstitucionais. Adotou a técnica da interpretação da lei “ainda” constitucional, conforme nos ensinou Bernardo Gonçalves (nota 24).

Nesse sentido, o que devemos responder é se a resposta do Congresso Nacional, ao editar a Emenda Constitucional 57/2008, representaria relação dialógica entre as instituições. De acordo com a leitura que propomos com a presente Tese, a resposta é negativa, uma vez que o Congresso Nacional, ao editar a Emenda Constitucional 57/2008, em verdade, somente convalida a interpretação dada pelo próprio Supremo. Ambas as instituições concordaram, quanto aos resultados, que não seria querido, em respeito ao princípio da segurança jurídica, que os municípios criados em desconformidade com a Constituição deixassem de existir. O Supremo utilizou-se da técnica da interpretação da legislação “ainda” constitucional, e o Congresso Nacional lançou mão da Emenda Constitucional que deu validade à criação de 56 municípios criados em desconformidade com o disposto no art. 18 da Constituição.

Da leitura das razões dos votos e dos relatórios e debates ocorridos no Congresso Nacional extrai-se que não houve o fluxo de razões entre as instituições, não havendo que se

falar em relação deliberativa entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal. O que se observa, inclusive da manifestação dos deputados Chico Alencar (PSOL) e Arnaldo Faria de Sá (PTB), é que há uma disputa pela autoridade institucional para a regulamentação da matéria, em uma dinâmica pela luta de ter a última palavra.

Logo, o que se observou é que o Supremo isoladamente, observando seus próprios precedentes (quando da declaração de constitucionalidade da EC 15/98, por exemplo), decidiu pela inconstitucionalidade sem declaração de nulidade, e o Congresso Nacional, meramente reagindo a iminência da inconstitucionalidade dos municípios existentes, editou a Emenda Constitucional 57/08. Não se vislumbra nessa reação qualquer fluxo de razões, mas mera concordância quanto aos resultados, não vislumbrando uma construção coordenada e conjunta no processo decisório ou qualquer empreendimento coletivo para se alcançar a melhor resposta. O que se vislumbrou foi a criação de respostas, mas de forma solipsista por qualquer das instituições, medida em que podemos afirmar a existência de sobreposição de decisões e não fluxo de razões em um processo coletivo de se decidir.

Ademais, em 02 de maio de 2022, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 614.384, após o reconhecimento de repercussão geral, decidiu nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 559 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "A EC nº 57/08 não convalidou desmembramento municipal realizado sem consulta plebiscitária e, nesse contexto, não retirou o vício de ilegitimidade ativa existente nas execuções fiscais que haviam sido propostas por município ao qual fora acrescida, sem tal consulta, área de outro para a cobrança do IPTU quanto a imóveis nela localizados", nos termos do voto do Relator. Falou, pelo recorrente, o Dr. Ivan Maynard Santos Rodrigues, Procurador do Município de Aracaju. Plenário, Sessão Virtual de 22.4.2022 a 29.4.2022. (BRASIL, 2022).

Nestes termos, sem apreciar a constitucionalidade da Emenda Constitucional de n. 57/08, estabeleceu a permanência da exigência da consulta plebiscitária, ainda depois da vigência da EC n. 57/08. Ao não declarar a inconstitucionalidade da EC 57/08 o Supremo Tribunal Federal estaria dando ao Congresso Nacional a última palavra sobre a regulamentação da matéria?

A resposta para a mencionada indagação deve ser dividida em duas perspectivas. A primeira está relacionada ao princípio da inércia, na medida em que o Supremo Tribunal Federal pode atuar somente mediante provocação. Neste termos, ao não declarar a inconstitucionalidade da EC 57/08, não se pode afirmar que estaria, com isso, reconhecendo

que sobre esta matéria a última palavra deve pertencer ao Congresso. Por outro lado, é crível que assim o fez uma vez que não foi provocado pelos legitimados nesse sentido.

Uma segunda perspectiva diz respeito à incompatibilidade de se tentar responder, a partir das ideias propostas pelas Teorias dos Diálogos Institucionais, acerca da existência de uma última palavra a qualquer que seja a instituição que tenha se manifestado. O nosso ponto está relacionado não à existência de uma última palavra pertencente ao Congresso Nacional, ao Supremo ou qualquer outra instituição. O que chamamos atenção é a inexistência de verdadeiro fluxo de razões, de comportamentos voltados ao enfrentamento de pontos de vistas e argumentos, de refutação de premissas e refinamento de perspectivas na oportunidade em que as instituições enfrentam, em situações temporais distintas, os mesmos fatos.

E na medida em que não se vislumbra essa relação dialógica, o fundamento nuclear de ganhos epistêmico e democrático, provenientes da própria deliberação, vai esvaziando-se, por consequência, a própria proposta teórica apresentada pelos Diálogos Institucionais. Caso assim não seja interpretado, toda e qualquer reação do Congresso às decisões do Supremo ou mesmo toda e qualquer decisão judicial que promova o controle de constitucionalidade poderia ser interpretada como diálogo institucional. Logo, se a perspectiva dialógica tudo é, ao final nada é.

4.4.1.2. Diálogos Institucionais - a (in)constitucionalidade de atos culturais que impliquem em maus tratos aos animais

Outro caso que pode ser interpretado na dinâmica da relação dialógica entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional diz respeito à declaração de inconstitucionalidade dos atos considerados atentatórios aos animais, ainda que representativos de manifestações culturais.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário de 153-531-8 de Santa Catarina, interposto pela Associação Protetora dos Animais (APA), Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção dos Animais e Defesa da Ecologia (APANDE), Defesa dos Animais e Proteção da Ecologia (ANPADE), Liga de Defesa dos Animais (LDA) e a Sociedade Zoológica e Educativa (SOZED), declarou que o exercício de direitos culturais, incentivo a valorização e a difusão das manifestações, não pode deixar de observar o disposto no art. 225,

VII, da Constituição Federal, sendo vedada a prática que acaba por submeter os animais à crueldade. Assim, declarou inconstitucional a denominada “farra do boi”.

Funcionou como ministro-relator Francisco Rezek afirmou que o Supremo estava analisando o pedido de condenação ao estado de Santa Catarina a proceder com a proibição da denominada Festa da Farra do Boi ou manifestações semelhantes (BRASIL, 1997, P. 389).

O ministro-relator indicou que, por força do disposto no art. 225, VII, da Constituição Federal, cabe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedando práticas que submetem os animais à crueldade, na forma da lei. Logo, tanto o Executivo, quanto o Legislativo devem atuar, também, pela proteção dos animais. E nesse sentido, por exigir o texto constitucional que isso seja feito na forma da lei, deveria o legislativo estadual promover a mencionada proteção (BRASIL, 1997, p. 396).

Ao longo do seu voto, entendeu que a farra do boi representava evidente e notória manifestação cruel contra os animais, comportamento repulsivo, não protegido pela Constituição Federal, dando provimento ao Recurso Extraordinário condenando o estado de Santa Catarina (BRASIL, 1997, p. 400).

O segundo ministro a votar foi Maurício Corrêa, manifestando-se no sentido de que o art. 225, §1º, VII, deveria ser lido em conjunto com os arts. 215, §1º⁴⁷ e 216⁴⁸, também da Constituição Federal, de tal maneira que, por força da própria Constituição, proibir a farra do boi seria deixar de dar validade aos mencionados dispositivos constitucionais. Havendo excessos no exercício de mencionado direito imaterial, caberia, por sua vez, ao Poder Público exercer sua função repressora, mas que isso seria matéria de fato, o que não permitiria o conhecimento do Recurso Extraordinário pelo Supremo. Ao final não apreciou e mérito, não conhecendo o recurso interposto (BRASIL, 1997, p. 406).

O terceiro a votar foi o ministro Marco Aurélio de Mello. O ministro, citando ainda o art. 225, da Constituição Federal, afirmou que o Poder Público, na medida em que deve incentivar e estimular manifestações culturais, não pode, no mesmo passo, estimular a prática cruel. Em específico à Farra do Boi, segundo o entendimento do ministro, não haveria poder

⁴⁷ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

⁴⁸ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

de polícia capaz de coibir as práticas cruéis, razão pela qual somente a proibição produziria um resultado constitucional adequado. Ao final, acompanhou o voto do ministro relator, dando provimento ao recurso (BRASIL, 1997, p. 414).

O último ministro da Segunda Turma a votar foi o ministro-presidente, Néri da Silveira, que se manifestou afirmando que a análise implicaria em duas perspectivas. A primeira no sentido de se observar a proteção da cultura, bem imaterial, protegido no art. 215, da Constituição Federal. Do outro lado, o texto constitucional também lança proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, proibindo a prática de atos que submetem os animais à crueldade. Assim, diante da expressa previsão constitucional quanto a proibição de condutas cruéis contra os animais, deu provimento ao recurso, acompanhando o ministro-relator (BRASIL, 2017, p. 417).

Ao final, por maioria, o recurso foi provido, declarando a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, inconstitucional da Farra do Boi, manifestação cultural promovida também no estado de Santa Catarina.

Já no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, apreciou a (in)constitucionalidade da Lei n. 15.299/2013, do estado do Ceará, proposta pelo Procurador-Geral da República (ADI 4.983/CE). Funcionou como relator o ministro Marco Aurélio de Mello, que citou o Recurso Extraordinário acima apresentado, bem como a ADI 2.514/SC em que o Supremo Declarou inconstitucional a “briga de galos”, no mesmo sentido à ADI 1.856/RJ, demonstrando que os precedentes da Corte são no sentido de, diante do conflito de normas (direito à manifestação cultural e práticas cruéis contra os animais), prevalecer a proibição das práticas cruéis, julgando procedente a ação para declarar inconstitucional a lei estadual (STF, 2016, p. 12).

O ministro Edson Fachin entendeu pela preponderância do direito à manifestação cultural, nos termos do art. 215, §1º, não havendo razão para se proibir o direito constitucionalmente protegido, julgou improcedente a ação (BRASIL, 2016, p. 15).

Gilmar Mendes, sustentou que a lei regulamenta manifestação cultural que remonta à época do Brasil Colônia, e que a utilização de argumentos abstratos não pode ser suficiente para proibir e desincentivar a prática da mencionada manifestação cultural. Nesse sentido, acompanhou o voto divergente, proferido pelo ministro Fachin (BRASIL, 2016, p. 19)

Luís Roberto Barroso, após pedido de vista, apresenta voto sustentando que haveria necessidade de se verificar se a manifestação cultural Vaquejada implica em condutas cruéis

contra os animais, de tal maneira a implicar sua inconstitucionalidade. Ao final, após a apresentação de dados, concluiu que a Vaquejada implica tanto em sofrimento desproporcional aos equinos, quanto aos bovinos, razão pela qual deu provimento à ação, declarando inconstitucional a lei estadual (BRASIL, 2016, p. 56).

Teori Zavascki entendeu que o que se estava em análise era a lei que regulamenta a vaquejada, e não eventual prática cruel decorrente da vaquejada. Nesse sentido, não entendeu existir inconstitucionalidade na lei apreciada, julgando improcedente a ação (BRASIL, 2016, p. 63).

Rosa Weber votou no sentido de que a Constituição, embora incentive e garanta manifestações culturais, proíbe aquelas que sejam cruéis contra os animais. Assim, tendo em vista que a crueldade é ínsita à vaquejada, manifestou-se pela inconstitucionalidade da lei (BRASIL, 2016, p. 66).

Luiz Fux afirmou que há necessidade de se promover uma ponderação de valores, seja ela feita pelo legislador ou pelo Poder Judiciário. Tendo sido feita a ponderação pelo legislador, cabe ao Judiciário ser aderente a esta ponderação, uma vez que este avaliou todas as condições da prática desportiva. Para além disso, tendo em vista que se considera constitucional o abate do boi, entendido como forma de tratamento cruel mas constitucionalmente aceito, não se deve declarar inconstitucional a manifestação cultural. Assim, julgou improcedente a ação (BRASIL, 2016, p. 75).

Após pedido de vista pelo ministro Dias Toffoli, o ministro Celso de Mello antecipou seu voto para declarar inconstitucional a lei estadual, tendo em vista a previsão expressa da Constituição quanto à proibição de práticas cruéis contra os animais. Ademais, para o ministro, o sofrimento desnecessário dos animais não constitui expressão de atividade cultural (BRASIL, 2016, p. 85).

Importante passagem é a manifestação do ministro Barroso que ao pedir a palavra, manifestou:

A meu ver, estamos diante de uma mutação ética. Nós até podemos lidar com ela de uma forma mais brusca ou mais diluída no tempo, mas é uma questão de tempo não se tolerar mais, no mundo civilizado, a crueldade contra animais para entretenimento. Daqui a pouco, entrará na agenda ética da humanidade - ainda não estamos nesse estágio por uma série de questões civilizatórias, sociais e econômicas - a própria eliminação de animais para fins de alimentação. Não entrou porque é uma ideia cuja hora ainda não chegou, para usar a expressão célebre de Victor Hugo, mas a questão da ética animal para fins de entretenimento está entrando no radar ético da humanidade. **Nós estamos tendo o primeiro capítulo de um debate que não vai acabar aqui nem neste caso, mas que é importante de se fazer.** E ninguém me é

indiferente; nada que é humano me é estranho nem ninguém me é indiferente [...] (BRASIL, 2016, p. 108, g.n.).

Assim, reconheceu a transitoriedade da solução, que poderia ser revisitada no futuro.

Após o pedido de vista, o ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a técnica da “derrubada”, mencionada pelo ministro Barroso (que implicaria na crueldade intrínseca ao esporte), era aplicada pelos vaqueiros nas caatingas, não como esporte, mas como serviço de campo. (BRASIL, 2016, p. 118).

Na leitura do ministro, a Vaquejada não se confunde com a “Farra do Boi” e “Briga de Galos”, pois nestes últimos casos, por não exigir regras específicas, treinamento e técnica dos participantes, implicaria necessariamente em tratamento cruel aos animais. O que não ocorre, na sua leitura, no caso da Vaquejada. Ademais, a lei cearense que se analisou exigia a proteção e respeito aos animais, razão pela qual julgou a ação improcedente. (BRASIL, 2016, p. 119-121).

Ricardo Lewandowski acompanhou o ministro-relator, sustentando que no caso seria necessário se realizar uma leitura biocêntrica do art. 225 da Constituição Federal, fazendo referência à Carta da Terra, subscrita pelo Brasil. (BRASIL, 2016, p. 125).

A ministra Cármen Lúcia, também reconhecendo a existência de tratamento cruel aos animais que foram utilizados na Vaquejada, deu provimento à ADI, declarando inconstitucional a lei cearense. (BRASIL, 2016, p. 126).

Ao final, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente, em 06 de outubro de 2016, pela maioria para declarar inconstitucional a Lei 15.299/2013, do estado do Ceará, sendo vencidos os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli.

Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com sua própria jurisprudência, firmou entendimento de que a Constituição Federal não admite manifestação cultural que implique em comportamentos cruéis frente aos animais. Portanto, o elemento que guiou todo o debate travado no Supremo concentrou-se em determinar se a manifestação cultural, bem imaterial e constitucional, implica ou não em comportamento cruel contra os animais. Uma vez sendo entendido que há crueldade, declarou-se a inconstitucionalidade da prática.

Em 19 de outubro do mesmo ano da tramitação da ADI 4.983-CE iniciou tramitação no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional de n. 50⁴⁹, que propunha o acréscimo do §7º ao art. 225 da Constituição Federal, para fins de determinar que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais.

Assim, a proposta legislativa foi no sentido de se promover interpretação autêntica ao inciso VII, do parágrafo 1º, do mesmo dispositivo, de tal maneira a estabelecer que as manifestações culturais não representam práticas cruéis, promovendo verdadeira superação do entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência.

Na justificativa apresentada pelo Senador Otto Alencar (PSD) fez constar os seguintes argumentos: i) a Constituição Federal assegurou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o pleno exercício dos direitos culturais; ii) a Supremo Tribunal Federal ao Julgar a ADI 4.983 decidiu que é permitida a regulamentação de manifestações culturais que envolvam animais, desde que seja capaz de evitar a crueldade contra aqueles; iii) diante da decisão do Supremo ao declarar a inconstitucionalidade da Lei Cearense anunciou-se a formação de uma Frente Parlamentar em Defesa da Vaquejada; iv) diante da controvérsia a proposta de Emenda Constitucional teria como objetivo determinar que mencionadas manifestações culturais constituem patrimônio cultural brasileiro e comprovadamente não submetem os animais à crueldade (BRASIL, 2016-a, p. 1).

Portanto, duas observações aqui são importantes: a) a Proposta de Emenda Constitucional foi realizada em reação ao julgamento pelo Supremo da ADI da Vaquejada, que declarou a lei cearense inconstitucional; b) sua finalidade era declarar mencionadas práticas como patrimônio cultural que não implica em tratamentos cruéis aos animais.

No relatório da Comissão de Constituição e Justiça houve manifestação de admissibilidade quanto ao mérito, haja vista que mencionadas manifestações culturais merecem proteção constitucional especial e, além disso, a evolução dos mencionados esportes foi no sentido de salvaguardar o bem-estar animal e a saúde dos participantes (BRASIL, 2016-

⁴⁹ De iniciativa dos Senadores: Senador Otto Alencar (PSD/BA), Senadora Ana Amélia (PP/RS), Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), Senador Armando Monteiro (PTB/PE), Senador Benedito de Lira (PP/AL), Senador Cidinho Santos (PL/MT), Senador Davi Alcolumbre (DEM/AP), Senador Elmano Férrer (PTB/PI), Senador Fernando Bezerra Coelho (PSB/PE), Senador Flexa Ribeiro (PSDB/PA), Senador Garibaldi Alves Filho (MDB/RN), Senador Ivo Cassol (PP/RO), Senador Jorge Viana (PT/AC), Senador José Agripino (DEM/RN), Senador José Maranhão (MDB/PB), Senador José Medeiros (PSD/MT), Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), Senador Lindbergh Farias (PT/RJ), Senador Magno Malta (PL/ES), Senador Pastor Valadares (PDT/RO), Senador Paulo Rocha (PT/PA), Senador Pedro Chaves (PSC/MS), Senador Raimundo Lira (MDB/PB), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Senador Roberto Muniz (PP/BA), Senador Telmário Mota (PDT/RR), Senador Valdir Raupp (MDB/RO), Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM).

a). Na primeira votação a proposta foi aprovada com 52 votos a favor, 9 votos desfavoráveis e duas abstenções. Na segunda votação, com 55 votos a favor, 8 votos desfavoráveis, 3 abstenções a Proposta foi aprovada no Senado Federal em 14 de fevereiro de 2017.

Quando da apreciação da Proposta de Emenda à Constituição Federal na Câmara dos Deputados Federais houve manifestações contrárias ao fato de o Supremo Tribunal Federal ter decidido a matéria, inclusive pela proibição da Vaquejada. Nas palavras do deputado Givaldo Carimbão (PHS-AL):

O SR. GIVALDO CARIMBÃO (PHS-AL. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, o Brasil está vendo as divergências entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. É como eu dizia na Frente Parlamentar Católica: lamento profundamente que, num dia, o Supremo Tribunal Federal tenha liberado o aborto e, no outro dia, proibido a vaquejada. O Supremo Tribunal Federal lamentavelmente está deturpando as suas funções. É papel do Legislativo tratar tanto do aborto quanto da liberação da vaquejada. Por que faço essa associação? Como o Supremo Tribunal libera o aborto num dia e no outro dia proíbe a vaquejada, porque quebra o rabo do boi? O rabo do boi é mais importante do que uma vida? É um absurdo o que o Supremo Tribunal Federal fez! Temos que ter uma resposta. O Parlamento tem que dar respostas à população brasileira. Hoje, aqui no plenário, é “não” ao aborto e “sim” à vaquejada, Sr. Presidente. (BRASIL, 2017, p. 108).

Ainda sobre a atuação do Supremo, o deputado Miro Teixeira (REDE-RJ):

Mas eu quero falar dessa situação do Supremo Tribunal Federal e do Poder Legislativo. A Câmara dos Deputados faz bem de intervir recuperando suas prerrogativas sempre que o Supremo Tribunal Federal, de alguma forma, parecer estar legislando positivamente. Eu ouvi um relato aqui que me deixou perplexo – e não acredito que isso tenha acontecido: Ministros do Supremo Tribunal Federal disseram a Deputados que, se nós não fizéssemos a reforma política, eles a fariam. Eu não acredito. O Supremo não legisla positivamente. Pode legislar negativamente, positivamente não. Então, isso que está sendo feito hoje aqui, ao contrário do que falaram da tribuna, não é um confronto. A Corte Suprema dos Estados Unidos tomou decisão que foi considerada imprópria pelo Parlamento norte-americano numa questão de taxas. E o Parlamento norte-americano se impôs à decisão da Corte Suprema. Se eu não me engano, uma dessas é a 16ª emenda. O que eu gosto de ver é o Parlamento mobilizado para garantir as prerrogativas que o povo nos deu.

Em 10 de maio de 2017 houve a aprovação da proposta em primeiro turno na Câmara dos Deputados Federais e em 31 de maio do mesmo ano, aprovação em segundo turno, para determinar que as práticas culturais, patrimônio cultural do povo, não representam práticas cruéis contra os animais.

Assim, o que se observa é que o Congresso Nacional, descontente com o resultado promovido pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu pelo reconhecimento de que a manifestações culturais representam direito que merece proteção constitucional especial, não lhe atribuindo o caráter de prática cruel. Nesse sentido, o que fez

o Congresso foi decidir novamente sobre a matéria, entretanto, sem promover o tratamento das razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI da Vaquejada. O que fez foi promover uma nova decisão.

Para além da impossibilidade de se determinar, por meio de enunciado normativo, aquilo que representa prática que implique em manifesta violência e dor desproporcional ao ser vivo (o que exige a análise de circunstâncias da realidade - sendo este o argumento para o ministro Maurício Corrêa não conhecer do RE 153-531-8), o Congresso iniciou um novo processo decisório. E novo porque decidiu sem considerar diretamente as premissas apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal, sem promover um projeto coletivo de construção interinstitucional do significado constitucional. Quando citado o Supremo foi no sentido de manifestar que este usurpou a função legislativa que pertence ao Congresso.

Portanto, ao final, o que se vislumbra é uma disputa pela autoridade de quem deve ter a última palavra sobre as autorizações constitucionais, sem que se desenvolva efetivamente um empreendimento interinstitucional para se determinar o significado constitucional, mediante fluxos de razões. Logo, o que vemos é a sobreposição de decisões tomadas pelas instituições de forma isolada.

4.4.1.3 Diálogos Institucionais - a declaração de constitucionalidade da Lei de Biossegurança - ADI 3510

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 trouxe para o centro do debate público e institucional os limites da relação Direito e a Ética, no tratamento dos avanços tecnológicos frente ao ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando o papel do Biodireito na sociedade moderna. Foi nesse contexto que determinar o momento em que se inicia a vida transformou-se na tarefa primordial dos intérpretes e julgadores, levando o Supremo Tribunal Federal a reavaliar o tema frente ao sistema constitucional para chegar a uma conclusão.

Assim, o objeto da ADI foi a análise da Lei 11.105/2003 frente a Constituição Federal, diante dos princípios e garantias constitucionais, em especial a inviolabilidade do direito à vida. A pergunta que se buscou responder foi se a Lei 11.105/03, que permitia a realização de pesquisas com células-tronco de embriões, apresentava-se inconstitucional diante da violação ao princípio da inviolabilidade do direito à vida. Para além de se constatar a correção da decisão quando do tratamento dos princípios e valores constitucionais, o que buscaremos verificar na presente seção diz respeito às contribuições realizadas pela sociedade civil organizada, quando

da admissão dos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos - CDH, Movimento em prol da Vida - MOVITAE, ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e CNBB - Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

Pretende-se apresentar, em síntese, as razões lançadas nos autos de mencionados *amici curiae* e, mais do que isso, verificar em que medida os ministros do Supremo Tribunal Federal foram impactados pelas mencionadas contribuições argumentativas.

Ao final, observa-se que a ação foi julgada improcedente, restando a manutenção do art. 5º da Lei 11.105/2005 em vigor. A seguir, apresentaremos as principais razões apresentadas pelos *amici curiae* e após as razões apresentadas pelos ministros:

Quadro 1 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* (MOVITAE, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos) e impacto nas decisões dos ministros do STF

Movimento em Prol da Vida (MOVITAE)	Conectas Direitos Humanos
<p>1) Em que pese a lei resguardar os direitos do nascituro (“deverá estar em desenvolvimento no útero da mãe”), o embrião resultante da fertilização in vitro não o é, em razão de não ter sido transferido para o útero materno.</p> <p>2) O embrião resultante da fertilização in vitro não é pessoa, haja vista não ter nascido. Logo, não há que se falar em dignidade da pessoa humana (art. 5º, inciso III da CF/88).</p> <p>3) Em suma: embrião resultante de fertilização in vitro, sem haver sido transferido para o útero materno, não é nem pessoa nem nascituro.</p> <p>4) Estado laico prioriza as razões do direito e da ciência, as quais devem prevalecer em detrimento do sentimento religioso, principal responsável pela argumentação da não utilização de células-tronco em pesquisas e tratamentos médicos.</p> <p>5) Direito comparado: Estados Unidos, Reino Unido, União Europeia, Suécia, China, Israel, Cingapura, Austrália e Espanha.</p> <p>6) Princípio majoritário: lei votada mediante votação expressiva: Câmara dos Deputados (85% dos parlamentares presentes votaram favoravelmente) e no Senado Federal (53 votos favoráveis contra 2).</p>	<p>1) Analogia entre as penas previstas nos artigos 121 e 125, ambos do Código Penal. Ao estabelecer pena maior para o homicídio (crime pós nascimento), haveria por parte do legislador uma gradação do direito à vida, o que justificaria a improcedência da ADI 3.510. Assim, a Lei de Biossegurança seguiria o mesmo sentido: relativizar a proteção dada à vida que “<i>sequer é (ou será) intra-uterina.</i>”</p> <p>2) Refuta as argumentações apresentadas pela parte autora (Procuradoria-Geral da República), a qual afirma que o início da vida ocorre desde a concepção. O <i>amicus curiae</i> apresenta diversas teorias sobre o início da vida, a fim de demonstrar que, na realidade, o tema passa longe de ter um debate pacificado.</p> <p>3) No caso da ADI 3.510, tratar-se-ia pura e simplesmente da proteção do direito da célula-tronco embrionária, a qual não possuiria perspectiva de realização e de formação de personalidade, inexistindo motivos para se falar no exercício de dignidade;</p> <p>4) Argumenta que o Estado Laico não pode estar sujeito aos dogmas da fé.</p> <p>5) Sob o prisma de gradação de direitos mencionado inicialmente, a proteção de célula-tronco goza de menos proteção do que a vida intra-uterina, como esta teria menos proteção do que a pessoa já nascida.</p> <p>6) Direitos fundamentais não são absolutos.</p>

Fonte: BRASIL, 2008.

Quadro 2 - Razões ANIS e CNBB

ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero	CNBB - Confederação Nacional dos Bispos do Brasil
<p>Em sua petição de ingresso na demanda apenas se apresentou e requereu seu ingresso como <i>amicus curiae</i>. Participação mais concreta na audiência pública.</p>	<p>1) O Brasil aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica, que, em seu artigo 4º, trata sobre o direito à vida desde a concepção. Assim, somado à proteção da dignidade humana trazida pelo artigo 1º, III da CF/88, “<i>o direito à vida de todos os embriões está garantido.</i>” (CNBB, FL. 12, ADI 3510);</p> <p>2) Considerando-se o Pacto de San José da Costa Rica cláusula pétrea ou não, fato é que ela ao menos gozaria de <i>status</i> de lei ordinária especial. Assim, o <i>amicus curiae</i> deixa sorrateiramente explanado que o rito legislativo não para a aprovação da Lei de Biossegurança não foi adequado;</p> <p>3) Na posição do <i>amicus curiae</i>, é cientificamente comprovado que a vida começa com o zigoto.</p>

Fonte: BRASIL, 2008.

Feita a apresentação da síntese das razões dos *amici curiae*, apresentaremos a seguir, também de forma sintética, as razões apresentadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando da citação expressa dos argumentos apresentados pelos *amici curiae* que participaram no caso:

Quadro 3 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* e impacto nas decisões dos ministros do STF (Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Mello)

Ellen Gracie	Joaquim Barbosa	Marco Aurélio de Mello
<p>Adota raciocínio análogo ao utilizado pelos <i>amicus curiae</i>, pois também entende que o embrião tanto não é pessoa quanto não é nascituro. Assim, carece o embrião da proteção do art. 1º, inciso III da Constituição Federal: dignidade da pessoa humana e artigo 2º do Código Civil:</p> <p><u>“(…) <i>Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida,</i> pois, segundo acredito, <i>o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa (…)</i>”</u> (STF, 2008, p. 212)</p> <p><u>“(…) Por outro lado, <i>o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro,</i> pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte (…)</u>. (STF, 2008, p. 212)</p>	<p>1) Utiliza-se do direito comparado para justificar seu voto pela improcedência da ADI 3.510. Faz referência à Espanha, a qual, em suas palavras <i>“(…)passou a permitir a doação de embriões excedentes para pesquisas científicas, desde que haja o consentimento dos genitores (Disposición final primera).</i>” (STF, 2008, p. 470).</p> <p>A MOVITAE igualmente faz menção ao direito comparado, e também cita o país ibérico, dizendo em sua manifestação que <i>“(…)Na Espanha, permite-se a pesquisa. Contudo, a produção de embriões especificamente com essa finalidade não é permitida. Como se vê, a legislação brasileira se harmoniza com a tendência legislativa internacional, exibindo, inclusive, em relação a ela, um viés mais moderado(…)”;</i></p> <p>2) A exemplo dos <i>amicus curiae</i>, o Ministro enfatiza que a lei possui consonância com o Estado Laico preconizado na Constituição Federal vigente, além de respeitar outros dois princípios da Carta Magna: <i>“(…)Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, caput) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX).</i>” (STF, 2008, p. 465)</p> <p><i>“(…) A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia</i></p>	<p>1) Ao fundamentar a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, o Ministro faz menção ao “placar acachapante” que a sua aprovação teve diante das duas casas legislativas: <i>“(…)Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade</i>”. (STF, 2008, p. 541)</p> <p>Em outras palavras, faz referência ao Princípio Majoritário utilizado pelo <i>amicus curiae</i> MOVITAE.</p> <p>2) O Ministro faz menção ao direito comparado para justificar a razoabilidade da lei, inclusive aprofundando ainda mais a legislação de outros países. A exemplo do <i>amicus curiae</i> MOVITAE, cita como se dá o uso de embriões em Israel, Reino Unido, Estados Unidos, Espanha, China, Cingapura, Austrália e Alemanha (STF, 2008, p. 550-551)</p>

	<p><i>privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade (...)"</i>; (STF, 2008, p. 467). 3)</p> <p>Assim como a Conectas, o Ministro descreve que os direitos fundamentais não são absolutos. Somado a isso, o Ministro passa a ideia de que a gradação do direito à vida pelo fato do Código Penal, por exemplo, aplicar penas diferentes ao crime de aborto, infanticídio e homicídio:</p> <p><i>"(...)Conforme acentuei em outra oportunidade, "a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio" (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico, o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental."</i> (STF, 2008, p. 462)</p>	
--	--	--

Fonte: BRASIL, 2008.

Quadro 4 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* e impacto nas decisões dos ministros do STF (Eros Grau, Cezar Peluso, Carlos Britto)

Eros Grau	Cezar Peluso	Carlos Brito
<p>1) O Ministro sustenta que o embrião é o que é porque abrigado num útero, gozando de proteção legal. Todavia, ressalta que, no texto da lei, embrião é óvulo fecundado congelado, não havendo motivos para gozar da proteção dada à dignidade da pessoa humana e ao nascituro. “(...) <i>Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, embrião não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em um útero. Embrião é aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana.</i> Nos embriões [tomo o vocábulo em sentido corrente] sim, neles há processo vital em curso. O embrião é o que é porque abrigado em um útero. A palavra grega <i>ethos</i> de onde provém, pelo latim, <i>ética</i> porta, entre outros sentidos, o de <i>estadia habitual, local familiar, morada, como se pode ver no Dicionário Grego de Bailly. Daí diremos exercendo liberdade de imagem de que o filólogo não dispõe desde o ponto de vista da raiz do vocábulo ética, que o útero é a morada da vida e que apenas no âmbito desta morada, que é o local familiar do embrião, surge efetivamente a vida. É lá que se dá e só lá a necessária estadia da vida anterior ao nascimento.</i>” (STF, 2008, 455-456);</p> <p>2) Ao contrário do Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Eros Grau enfatiza que no aborto há destruição da vida. “(...) <i>Mas isso não se deve afirmar de modo singelo, sem qualquer outra consideração. Cumpre a esta Corte enfatizar a circunstância de pesquisa e terapia a que refere esse artigo 5º não poderem, em coerência com a Constituição, ser praticadas de modo irrestrito. A ela se impõe estabelecer alguns limites. Seja para que se impeça a manipulação genética, seja para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto. Há nítida distinção entre a destruição da vida [no aborto] e o que pode vir a ser a construção da vida [na pesquisa em torno das células tronco]. Essa construção há de ser</i></p>	<p>1) Faz menção expressa à MOVITAE.</p> <p>“(...) Há argumentos respeitáveis na posição dos que sustentam que embriões isolados não se caracterizam nem definem como pessoas. É por exemplo, a formulação da AGU, segundo a qual “a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião in vitro”,¹¹ e, ainda, a do <i>amicus curiae</i> MOVITAE, que, ao afirmar não ser “o embrião uma pessoa”,¹² invoca esta lição do Prof. ANTONIO JUNQUEIRA AZEVEDO:</p> <p>“[D]o embrião pré-implantatório, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado no fluxo vital contínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trata de ‘pessoa humana’. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente da vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral.” (STF, 2008, p. 486)</p> <p>2) Faz menção expressa ao fundamento da Conectas, discordando que a legislação faça uma gradação da vida: “(...) <i>Esse é, no entanto, o argumento – incorreto no ponto – da CONECTAS, que, comparando a pena do homicídio com a do aborto, sugere haja, em relação à vida “da pessoa destinada a nascer, (...) uma valoração ‘pela metade’ de seu valor” (fls. 158). A ilação, tirada de forma automática entre o valor da pena e o valor do bem jurídico tutelado, não colhe.</i>” (STF, 2008, p. 480)</p> <p>3) Segundo o Ministro, inexistiria violação do direito à vida ou da proteção ao nascituro, vez que os embriões congelados não teriam vida.</p>	<p>1) Menção expressa à petição da MOVITAE:</p> <p>“<i>Lê-se em <u>Luís Roberto Barroso</u> que “A fertilização in vitro é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado” (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008.</i>”</p> <p>2) O Ministro entende que não haveria inexistiria violação do direito à vida ou da proteção ao nascituro, vez que os embriões congelados não teriam vida.</p> <p>“<i>Mas as três realidades não se confundem: <u>o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose...</u></i></p> <p><i>Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. ...O paralelo com o art. 5º Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, <u>o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação.</u></i></p> <p><i>(...) <u>Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão</u></i></p>

<p><i>empreendida com enorme cautela, além do que esse artigo 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição.” (STF, 2008, 457)</i></p>	<p>“(…)Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na idéia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui capacidade de movimento autógeno.</p> <p>E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma seqüência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana.” (STF, 2008, p. 500)</p>	<p><u><i>do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndrico e congelados tubos de ensaio.</i></u> Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural.”</p> <p><i>O ministro cita diretamente entendimento apresentado pela ANIS “[...] a parte final do mesmo artigo 5º; mais os seus incisos de I a II e § 1º; estabelecendo as seguintes e cumulativas condições para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias: a) o não-aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não-viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero” (STF, 2008, p. 156).</i></p>
--	---	--

Fonte: BRASIL, 2008.

Quadro 5 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* e impacto nas decisões dos ministros do STF (Celso de Mello, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski)

Celso de Mello	Cármen Lúcia	Ricardo Lewandowski
<p>1) Justifica seu voto pela improcedência da ADI 3.510 com base na laicidade do Estado. <i>“O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões era matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.”</i></p> <p>2) O Ministro faz referência ao pensamento da bióloga Mayana Zatz, dando a entender que o embrião <i>in vitro</i> não goza da proteção à dignidade da pessoa humana nem aos direito do nascituro por não ser nenhum dos dois. <i>“A controvérsia constitucional ora em exame também não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto, pois, como bem destacou a ilustre Professora MAYANA ZATZ, “Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença”</i></p>	<p>1) Faz menção à laicidade do Estado, reafirmando os argumentos apresentados pelos <i>amici curiae</i>. <i>“Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Por isso, como todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005.”</i></p> <p>2) A Ministra, a exemplo do <i>amicus curiae</i>, sustenta que não há violação à vida “nem à direito que pudesse ser violado. Portanto, entende que a dignidade da pessoa humana e os direitos do nascituro se mantêm resguardados com a Lei. <i>“Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.”</i></p> <p><i>“De pronto se registre que o presente caso nada tem a ver com o aborto, que é interrupção da gravidez. Na hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longinquamente, da questão do aborto”</i></p>	<p>1) Entende que a vida do ponto de vista legal começa a ter proteção a partir da concepção. Logo a proteção jurídica se dá do encontro do espermatozóide com o óvulo. <i>“A se levar às últimas conseqüências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, concessa venia, que <u>a vida, do ponto de vista estritamente vista legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo.</u></i></p> <p><i><u>Isso porque o art. 4, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do oócito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extra-corpórea -, estabelece, tout court, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”</u></i> (grifei). Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a idéia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer <i>in utero</i>, quer <i>in vitro</i>, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo.” (STF, 2008, p. 401)</p> <p>2) O Ministro faz menção ao direito comparado, embora o utilize para dizer que não é ideal que os próprios interessados nas próprias pesquisas tomem suas próprias decisões. <i>“Da experiência do direito comparado e da legislação internacional, segue-se que não é razoável, nem conveniente, permitir que os próprios interessados nas pesquisas tomem todas as decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios desígnios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade”</i> (STF, 2008, p. 446-447)</p> <p>Entretanto, a pesquisa com célula-</p>

		tronco embrionária apresenta-se constitucional quando realizada sobre embriões humanos inviáveis ou congelados após o início do processo de clivagem celular (STF, 2008, p. 447)
--	--	--

Fonte: BRASIL, 2008.

Quadro 6 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* e impacto nas decisões dos ministros do STF (Gilmar Mendes, Menezes Direito e Carlos Ayres Britto)

Gilmar Mendes	Menezes Direito	Carlos Ayres Britto
<p>Embora o Ministro tenha votado pela improcedência da ADI 3.510, observei que as suas argumentações foram diferentes, tendo o Ministro, inclusive, feito algumas ressalvas em seu voto.</p> <p>Fazendo menção ao direito germânico, o Ministro ressalta que a lei foi vaga em determinados aspectos, foi, comparando-se à Lei de Biossegurança nacional com a do direito alemão, nesta <i>“A regulação da atividade científica com células-tronco é restritiva e inclui (1) limitações importantes quanto às células-tronco embrionárias passíveis de importação e utilização em pesquisa (§4º); (2) restrições às pesquisas que podem utilizar células-tronco embrionárias (§5º); (iii) a necessidade de aprovação prévia de cada pesquisa (§6º); (iv) a instituição de agência competente (§ 7º) e comissão de ética de especialistas (§ 8º) para apreciar e conceder as autorizações prévias; (3) infrações penais (§ 13) e administrativas (§ 14) pertinentes; e (4) a exigência de relatório periódico com os resultados das experiências envolvendo células-tronco tanto embrionárias quanto adultas (§ 15).”</i> – EFEITO ADITIVO.</p> <p>O Ministro também observa que a pesquisa com célula tronco embrionária apenas pode ser realizada se inexistir outros métodos para alcançar determinado objetivo. Portanto, defende uma cláusula de subsidiariedade. “no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins.”</p>	<p>- O Ministro, para adentrar aos pormenores do caso, traz o que seriam as técnicas de fertilização <i>in vitro.</i>, pois é a partir dele que se determina o destino dos embriões . Embriões de alta e média qualidade são aqueles considerados viáveis para reprodução, enquanto os de baixa qualidade são descartados.</p> <p>- Entende que a ciência biológica se comunica com outras ciências, como a filosofia, a ética e o direito. O Ministro salienta que <i>“Quando o decreto regulamentar da lei sob exame menciona, por exemplo, a qualificação da inviabilidade do embrião com alterações genéticas ou alterações morfológicas, abre campo minado para a eugenia, que sob nenhum aspecto pode ser tolerada.”</i> - (STF, 2008, fl. 246).</p> <p><i>“O ponto que se deve relevar agora e sempre é que a biologia, o desenvolvimento das pesquisas que mexem com a vida humana, a dignidade do ser do homem, tudo isso deve necessariamente estar subordinado a valores éticos. Estes valores devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica.”</i> – (STF, 2008, fl. 265).</p> <p>- Expressamente, entende que o embrião <i>in vitro</i> vida humana: <i>“O embrião é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozóide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho”</i> (STF, 2008, fl. 277).</p> <p><i>“A pessoa (do art. 2o do Código Civil) é tão somente uma sombra na caverna das legislações. O ser que a projeta é</i></p>	<p>- O Ministro entende que inexistiria violação do direito à vida ou da proteção ao nascituro, vez que os embriões congelados não teriam vida. <i>“(…) Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose...”</i> – (STF, 2008, fl. 137)</p> <p><i>“(…) penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino”</i> (STF, 2008, fl. 159).</p> <p>- Apesar de ressaltar os direitos do nascituro, o Ministro salienta que quando lei ou a Constituição Federal se reporta aos direitos da pessoa humana, refere-se ao indivíduo pessoa, <i>“(…) Gente. Alguém.”</i> (STF, 2008, Fl. 164), ou seja, àquele que ultrapassou a fronteira intra-uterina.</p> <p>Portanto, a partir de tal pensamento, começa a desenvolver a ideia de a pessoa humana goza de posição privilegiada em relação ao embrião <i>in vitro</i>:</p> <p><i>“Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural.”</i> (STF, 2008, fl. 165);</p> <p>- Menção expressa à petição da MOVITAE: <i>“Lê-se em Luís Roberto Barroso que “A fertilização in vitro é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em</i></p>

	<p>que merece a atenção do jurista. É de se perguntar se o mutismo e a surdez da sombra, se a sua forma distorcida, é que definirão o tratamento a ser dado à sua realidade. Na verdade, o direito à vida tem extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a. O embrião é vida, vida humana. Uma vida que se caracteriza pelo movimento de seu próprio e autônomo desenvolvimento, representado nas suas seguidas divisões, nas suas clivagens.” – (STF, 2008, 280).</p> <p>- Entender que o embrião <i>in vitro</i> é vida humana, contudo, não traz necessariamente o entendimento pela procedência da ação, vez que o direito à vida comporta o direito à vida e o direito à subsistência.</p> <p>- O Ministro entende que, apesar da proteção jurídica que o embrião goza, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88) não pode ser fundamento para sustentar sua proteção. “<i>Na verdade, não há dignidade autônoma, isto é, não há dignidade da pessoa humana desligada da vida humana. Mesmo os defensores do estatuto intermédio do embrião reconhecem essa vinculação, embora lidem com uma vida qualificada de racional, moral. Toda essa discussão aponta para a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, porque, repita-se, se a vida racional é que justifica o reconhecimento da dignidade, não há motivo para reconhecer dignidade no embrião.</i>” – (STF, 2008, fl. 280).</p> <p>- Utilização do direito comparado: o Ministro menciona países na Europa que proíbem e autorizam pesquisas com células tronco. Conclui que “<i>se verifica no direito comparado é que há preocupação não apenas quanto à definição do estatuto do embrião, mas também quanto às conseqüências do progresso das técnicas de manipulação genética e celular, especialmente aquelas relacionadas ao uso de gametas e de embriões.</i>”</p>	<p>laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado” (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008.” (STF, 2008, fl. 159).</p> <p>- De forma sorrateira, o Ministro enfatiza que há diferenciação entre o nascituro e o embrião <i>in vitro</i>. Segundo o Ministro: “<i>(.) Dupla referência legal ao vocábulo "gestante" para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino</i>” (STF, 2008, fl. 170)</p> <p>- Nota-se, portanto, que o Ministro distingue: vida humana é vida humana, nascituro é nascituro e embrião <i>in vitro</i> é embrião <i>in vitro</i>. O Ministro aponta que a Constituição Federal veda a pena de morte, salvo em casos de guerra. Em virtude do Código Penal excepcionalmente permitir o aborto, deixa claro que não se trata de uma vida humana.</p> <p>- Dever do Estado em promover e incentivar o desenvolvimento científico, segundo o caput do artigo 218 da CF/88, o que justificaria a constitucionalidade da Lei de Biossegurança.</p>
--	--	---

Fonte: BRASIL, 2008.

Evidentemente que, ao sintetizarmos os argumentos apresentados tanto pelos *amici curiae*, quanto pelos ministros, corremos o risco de deixar escapar argumentos ou razões que

se apresentam como importante caminho argumentativo para o deliberador chegar à sua conclusão. Por outro lado, o que estamos buscando identificar diz respeito à existência de um fluxo de razões existente entre aqueles que participaram do processo decisório. Por esse mister, se a partir da análise das razões dos votos dos ministros, principalmente no tocante à *ratio decidendi*, foi possível verificar a apreciação (adesão, refutação ou qualquer outra dinâmica de testagem dos argumentos), pelo ministro julgador, as razões de fato e de direito apresentadas pelas instituições externas.

Ao analisarmos o voto do ministro-relator, Ayres Britto, observamos que cita expressamente, no relatório do voto, todos os *amici curiae*, entretanto, em suas razões de voto, leva em conta tão somente as considerações científicas apresentadas pelo Movimento em Prol da Vida (MOVITAE) e Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS). O que se verifica é que o ministro aproveita das razões apresentadas por mencionados *amici curiae* tão somente em relação aos dados científicos apresentados.

Enquanto do MOVITAE se apropria dos dados coletados quanto ao número de pessoas portadoras de diabetes, bem como a conceituação do processo de fertilização *in vitro* (STF, 2008, p. 159-160), em relação ao Instituto de Bioética, Direito Humanos e Gênero - ANIS, o ministro faz menção à pesquisa quanto à possibilidade de se realizar diagnóstico de inviabilidade do embrião, utilizando-se de método médico-científico seguro (STF, 2008, p. 156). Evidentemente que mencionada consideração científica se apresentou como importante premissa no raciocínio desenvolvido pelo ministro, na medida em que considera constitucional a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, em embriões considerados inviáveis. Logo, uma vez comprovado que existem critérios científicos capazes de constatar a inviabilidade do embrião gerado *in vitro*, autorizada estaria a realização da pesquisa.

Percebe-se, portanto, que a contribuição feita pelos *amici curiae* ficou limitada a fornecer dados científicos a respeito de questões importantes para o julgamento, entretanto, bastante pontuais. Neste aspecto, é importante verificar que a *expertise* e o conhecimento técnico, considerando as capacidades institucionais de mencionadas instituições, ainda que no voto do relator tenha realizado contribuição pontual, mostrou-se salutar. Mas, ainda é importante dizer, a contribuição fora bastante reduzida e de mero reforço argumentativo, sem que houvesse a própria testagem e o enfrentamento das razões discordantes, o que permitiria verificar um fluxo de razões e o estabelecimento de uma relação genuinamente dialógica.

O ministro Menezes Direito apenas mencionou no relatório a admissão dos *amici curiae* (STF, 2008, p. 223), sem fazer menção expressa em suas razões de decidir. Entretanto, ao apresentar suas razões, manifesta compreensão em sentido diverso daquele apresentado pelos *amici curiae* Movitae e Conectas, já que compreendeu que o Brasil, por ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, assumiu o compromisso jurídico de proteger a vida desde a concepção (STF, 2008, 282). Por outro lado, permitiu em seu voto a realização de pesquisas em células tronco somente com “embriões inviáveis”, estabelecendo declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para determinar critérios de interpretação da lei (STF, 2008, p. 304-306).

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, embora não tenha citado em nenhum momento quaisquer dos *amici curiae*, apresenta razões similares às apresentadas pelo Movimento em Prol da Vida e Conectas Direitos Humanos, ao manifestar entendimento no sentido de que a proteção constitucional estabelecida no art. 1º, III, não alcança a figura do pré-embrião (embrião gerado *in vitro* que não se encontra no útero materno). Diante do tangenciamento dos argumentos, sem a menção das instituições externas, não podemos afirmar se houve participação-influência dos *amici curiae* no voto da ministra, de forma categórica, tendo em vista a possibilidade de ter alcançado mencionadas razões diante de outras fontes.

No voto da ministra Cármen Lúcia, verifica-se a menção de que “[a]lguns dos *amici curiae* fazem a defesa da tese de inconstitucionalidade das normas questionadas pelo Pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica [...]” (STF, 2008, p. 343). Entretanto, embora enfrente a questão sobre a proteção da vida, afirmando que a lei não viola a Constituição na medida que os *embriões* gerados *in vitro* inviáveis ou congelados no período legalmente assinalado, não estariam abarcados pela proteção constitucional, não o faz mencionando as instituições externas. Logo, percebemos a mesma dificuldade em assinalar a contribuição direta dos *amici curiae* para a formação de sua convicção, como constatamos no voto da ministra Ellen Gracie.

Da mesma forma, o ministro Lewandowski não realiza qualquer menção expressa aos *amici curiae*, entretanto, tangencia razões e argumentos jurídicos apresentados pelas instituições externas, compreendendo que a proteção do direito à vida, em termos estritamente legais, deve ocorrer desde a concepção. Mencionada leitura se reforça diante do fato de o Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, possuindo mencionado estatuto legal norma de natureza supralegal ou norma dotada de dignidade constitucional (STF, 2008, 399). As

dificuldades encontradas na análise dos votos das ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia também se apresentam aqui, o que também ocorre no voto do ministro Celso de Mello, que sustenta o argumento de laicidade do Estado, e a inexistência de proteção ao embrião *in vitro* quanto ao direito à vida e dignidade da pessoa humana, para declarar a improcedência da demanda, sem fazer referência aos *amici curiae* que também trataram do tema.

Eros Grau também não cita quaisquer dos *amici curiae*, entretanto, dá o mesmo tratamento interpretativo que o apresentado pelo Movimento em Prol da Vida e Conectas Direitos Humanos, ao determinar que óvulos fecundados que não se encontrem no interior do útero materno não podem receber a mesma proteção jurídica que aqueles que se encontram na sua “morada da vida” (STF, 2008, p. 456).

Joaquim Barbosa, também sem citar expressamente os *amici curiae*, desenvolve seu voto a partir de três perspectivas traçadas pelos amigos da Corte. Afirmou o ministro que a improcedência da ADI poderia se sustentar diante da análise do direito comparado, fazendo referência à Espanha, que permitiu a doação de embriões excedentes para pesquisas científicas (STF, 2008, p. 470). Este mesmo caso foi apresentado pelo Movimento em Prol da Vida - MOVITAE, bem como também a ideia de que a interpretação a ser dada ao caso deve ser guiada pelo primado da laicidade do Estado Brasileiro (STF, 2008, p. 465). Um terceiro argumento apresentado previamente pelo Conectas Direitos Humanos foi a ideia de que o legislador ordinário, ao estabelecer uma fixação gradativa de pena aos crimes contra a vida (penas menos graves, para a tutela do bem jurídico vida intrauterina), também estabeleceu uma proteção gradativa ao direito à vida em seus estágios, reconhecendo o seu caráter não absoluto. O ministro também lançou mão do mencionado argumento, entretanto, sem referenciar o *amigo da Corte* (STF, 2008, p. 462).

Voto importante em que se vislumbrou um fluxo mais visível de razões entre *amicus curiae* e ministro da Corte foi aquele proferido pelo ministro Cezar Peluso. A primeira citação foi do Movimento em Prol da Vida, ao defender que a ofensa à dignidade da pessoa humana exige como sujeito de direito pessoa humana, o que não se aplica ao embrião *in vitro* (STF, 2008, p. 486). A citação do *amicus curiae* foi importante para sustentar uma premissa importante do seu voto, na medida que, não havendo violação à dignidade da pessoa humana, a pesquisa com célula-tronco embrionária seria vista como constitucional. Da mesma forma, afirma que não haveria sequer violação ao direito à vida, na medida em que os embriões congelados não detinham essa condição. (STF, 2008, p. 500).

Como se verifica, a referência aos *amicus curiae* foi no sentido de apresentar reforço sobre seus argumentos. Por outro lado, quando faz referência aos argumentos apresentados pelo Conectas Direitos Humanos, apresenta importante refinamento de suas razões ao determinar que o legislador, quando estabelece uma gradação da pena quanto aos diferentes tipos penais que tutelam o bem jurídico “vida humana”, não está estabelecendo uma hierarquia quanto à valoração na mesma proporção quanto à vida “intra e extrauterina”. Em outras palavras, compreende, de forma diversa do Conectas, que não há uma relação direta entre valor da pena e o valor do bem jurídico. (STF, 2008, p. 480).

Evidentemente que a referência aos argumentos apresentados pelas instituições externas, em seu voto, representam ganho epistêmico, de legitimidade, de pulverização e democratização do processo decisório. Entretanto, quando se verifica que a análise de razões externas ultrapassa a dinâmica de reforço (normalmente utilizado quando se advoga para se defender um determinado ponto de vista, utilizando-se estrategicamente de argumentos favoráveis para aumentar o coro quanto a própria leitura), ingressando em uma dinâmica de testagem e refutação de perspectivas e razões (para além de se levar a sério o outro deliberante), imprime efetivo fluxo de razões, em processo de refinamento dos argumentos. A premissa de que o valor da pena não pode ser utilizado como unidade de medida para se valor da vida foi posta em cheque pelo ministro, permitindo, com sua leitura, o refinamento dessa perspectiva e do próprio voto. A relação dialética das razões, neste aspecto, tende a contribuir mais para uma relação de aprofundamento dos fundamentos do voto.

Essa mesma dinâmica ocorre, quando da análise dos argumentos apresentados pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), para a qual a vida deve receber proteção desde a concepção (STF, 2008, p. 489). Ao refutar a ideia apresentada pelo mencionado *amicus curiae*, o ministro refina o argumento a respeito da importância do “*locus*” em que se desenvolve o *embrião*, para concluir pela inexistência da proteção do direito à vida quando diante de fecundação *in vitro*. O que se deve chamar atenção aqui, para além de se defender a correção ou não da decisão, é o ônus argumentativo enfrentado pelo deliberante quando diante de argumentos contrários à sua perspectiva. Observa-se que há ganho de tónus argumentativo, quando se dedica a enfrentar razões no lugar de reforçar perspectivas apresentadas. Não obstante, ainda que seja numa perspectiva de reforço de argumentos, também é possível observar ganhos, quando se insere novos argumentos com maiores níveis de especificidade (refinamento do argumento), como se observa no voto do ministro Marco Aurélio de Mello,

que sem citar o *amicus curiae* Movimento em Prol da Vida - MOVITAE, apresenta também estudo, entretanto, mais aprofundado, a respeito do tratamento dado pela legislação de países estrangeiros, tais como Israel, Reino Unido, Estados Unidos, Espanha, China, Cingapura, Austrália e Alemanha.

E não se trata de meramente se desincumbir do seu ônus argumentativo, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal. Aqui o fluxo argumentativo pode ganhar uma outra dimensão que diz respeito ao ganho de legitimidade do processo deliberativo-decisório, considerando *quem* apresenta as razões que poderão ser desafiadas.

Por outro lado, a escolha de quais razões serão enfrentadas, e de quais *amici curiae* impactarão efetivamente o voto, pertence exclusivamente ao ministro, portanto, ao próprio Poder Judiciário. É nessa medida (o que sustentaremos com mais detalhes no próximo capítulo), que a ideia de diálogos institucionais coordenados e organizados pelo Supremo Tribunal Federal, em última análise, reforça a ideia da Supremacia Judicial.

Por fim, Gilmar Mendes, ao se permitir o ingresso na demanda dos *amici curiae* o Tribunal poderia ser visto como a Casa do povo, em suas razões:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (STF, 2008, p. 599).

Assim, embora reconheça o ganho democrático na admissão das instituições externas, o ministro não apresenta em suas razões o enfrentamento direto das razões apresentadas pelos *amigos da Corte*. Nesse sentido, em termos de forma, embora haja aparente ganho de legitimidade, em termos materiais, de fluxo efetivo de razões, pouco se conquistou.

4.4.1.4. Diálogos Institucionais - o não reconhecimento do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico constitucional brasileiro - Recurso Extraordinário de n. 1010606/RJ

Como já afirmamos, o segundo caso que iremos analisar, diz respeito ao julgamento ocorrido em fevereiro de 2021, em que o STF após ter admitido a participação de uma quantidade substancial de *amicus curiae*⁵⁰, não reconheceu a existência do “direito ao esquecimento” a partir do ordenamento constitucional. Considerando que o caso foi julgado em fevereiro de 2021, portanto, há menos de dois anos da apresentação da presente pesquisa, o critério para sua escolha foi a contemporaneidade do julgamento.

A matéria “direito ao esquecimento” chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal via controle difuso de constitucionalidade, Recurso Extraordinário de n. 1010606/RJ, em virtude de os familiares de Aída Curi, vítima de crime de grande repercussão ocorrido nos anos 1950 no Rio Janeiro, entenderem que a TV Globo não poderia veicular em sua programação a reconstituição do caso no programa televisivo “Linha Direta”, sem a autorização da família.

Em 19 de dezembro de 2016, houve o reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no “Tema 0786”, com o seguinte texto:

Tema: 0786

Título: Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 1º, III, 5º, III e X, e 220, §1º, da Constituição Federal. a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. (STF, 2016a).

Uma vez reconhecida a sua admissibilidade, institutos relacionados ao jornalismo investigativo, direitos civis e direito e internet solicitaram e foram admitidos na demanda na qualidade de *amici curiae*. Ainda que haja um importante debate sobre o poder do ministro relator em admitir⁵¹, a sua discricionariedade, os interessados no ingresso na demanda na qualidade de *amici curiae*, o que por si indicaria um declínio na otimização da plena

⁵⁰ Ao todo foram admitidos nove *amici curiae*, sendo eles: Associação Brasileiro de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL), Instituto Vladimir Herzog (IVH), Yahoo! do Brasil Internet LTDA, PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político; Artigo 19 do Brasil, Google Brasil Internet LTDA e Instituto Palavra Aberta. Com exceção do Instituto de Direito Partidário e Político - PLURIS, todos apresentaram razões quanto ao mérito da demanda, conforme veremos ao longo do desenvolvimento da seção.

⁵¹ Sobre a ideia de que ao se atribuir à Corte Constitucional a competência para se apresentar como a catalisadora dos debates, bem como a coordenadora da deliberação, afirmaremos no 4º capítulo que isso implicará, no Brasil, como mais um elemento para a manutenção da Supremacia Judicial a partir da aplicação da Teoria dos Diálogos Institucionais.

deliberação, o que iremos nos dedicar a analisar neste tópico diz respeito à existência ou não de fluxos de razões entre os deliberados, ou, em que medida os ministros do supremo levam a sério os argumentos apresentados pelas instituições externas admitidas como *amicus curiae*.

A seguir, em forma de resumo sintético, apresentaremos as razões apresentadas pelos *amici curiae* admitidos na demanda:

Quadro 7 - Razões apresentadas pelos *amici curiae* admitidos na demanda (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL))

Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI	Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS)	Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL)
<p>1) Argumenta que a única restrição possível à liberdade de expressão diz respeito à “<i>propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias</i>” (art. 220, § 4º da Constituição Federal), bem como àquelas impostas pelo art. 220, § 3º, inciso II da Constituição Federal e aos eventuais abusos no exercício deste direito fundamental que, caso ocorra, a própria lei já fixa responsabilização civil ou penal de quem os cometa.</p> <p>2) Ao argumentar que “<i>O sistema jurídico brasileiro, contudo, não prevê um direito genérico de ser esquecido(...) tampouco existe um direito absoluto de “ser esquecido”, o amicus curiae invoca o princípio da legalidade para o direito ao esquecimento não ter razão de existir.</i>”</p> <p>3) A petição inicial formulada pelos familiares de Aída Curi apenas teria incluído mero reparo por danos morais e materiais; os autores teriam feito menção ao Direito ao Esquecimento apenas em sede de Memoriais. Assim, inexistiria causa de pedir para o recurso ser admitido em sede de Repercussão Geral.</p> <p>3) De forma analógica, o Direito ao Esquecimento seria semelhante ao julgamento da ADI nº 4.815-DF, que entendeu pela desnecessidade de autorização para fins de publicação de biografia. Vez que a Corte entendeu pela autorização de publicação de fato verdadeiro, o Direito ao Esquecimento careceria de respaldo dentro do próprio</p>	<p>1) Entende que com a promulgação do Marco Civil da Internet, a liberdade de expressão e de informação “<i>por servirem de fundamento para o exercício de outras liberdades, devem desfrutar de posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais individualmente considerados</i>”. Assim, tais direitos fundamentais prevaleceriam sobre os direitos da personalidade e quanto ao direito ao esquecimento.</p> <p>2) Menção ao direito comparado, destacando a evolução jurisprudencial sobre o tema: enfatiza casos como Lebach (Tribunal Constitucional Alemão), Melvin vs Reid (Corte da Califórnia). Também há menção ao caso Doca Street, analisado pelo TJ-RJ.</p> <p>3) Inexistência do direito ao esquecimento dentro do ordenamento jurídico não daria respaldo ao pedido.</p> <p>4) Nenhuma decisão judicial tem o poder de extrair das pessoas a lembrança de uma memória, tornando-se ineficaz a medida.</p> <p>5) A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Costeja González abriu um precedente perigoso e que não coaduna com a CF-88, vez que delega aos próprios buscadores decidir o que deve ou não ser de acesso ao público.</p>	<p>1) O <i>amicus curiae</i> defende que deve haver um juízo de adequação por meio de um método ponderativo:</p> <p>“<i>a. Sob o prisma da liberdade de informação:</i></p> <p><i>a.1. Trata-se de um crime de efetiva importância histórica, no sentido de que a repercussão do crime ao seu tempo ou suas consequências na sociedade justificam seu relato e/ou encenação pública?</i></p> <p><i>b. Sob o prisma do direito ao esquecimento:</i></p> <p><i>b.1. Trata-se de um crime cujo relato e/ou encenação pública ainda podem efetivamente afetar a identidade pessoal das vítimas, criminosos ou seus familiares vivos, a ponto de interferirem no modo como são identificados pela sociedade?”</i></p> <p>O método ponderativo, à luz dos argumentos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>, faz-se necessário para achar o equilíbrio na colisão entre dois direitos fundamentais: Direito ao Esquecimento x Liberdade de Informação. Assim, conforme afirma o <i>amicus curiae</i>, “<i>Caso uma das respostas seja negativa, há prevalência do direito oposto.</i>”</p> <p>2) Como o juízo de adequação não seria capaz de sanar a controvérsia do caso concreto, haveria necessidade de se passar para um juízo de necessidade (juízo de exigibilidade), que consiste em analisar se há outros meios menos</p>

<p>entendimento do STF.</p> <p>4) O julgamento feito pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em maio de 2014, que teria entendido pelo Direito ao Esquecimento, careceria de analogia com o caso lidado pelo Supremo Tribunal Federal, pois ali haveria (i) inexistência de interesse público, (ii) não se tratava de pessoa pública e (iii) os arquivos originais não seriam removidos do jornal.</p> <p>5) Menção ao Julgamento Garcia vs Google, pela Corte da Califórnia, além do caso feito pela Corte Constitucional da Colômbia (Guillermo Martinez x Jornal El Tiempo): em ambos, entendeu pelo exercício da livre expressão em detrimento da vontade das partes que almejavam a retirada do conteúdo.</p>		<p>gravosos para que para atingir os mesmos fins: proteger a liberdade de expressão e os direitos à personalidade. Far-se-ia imprescindível, pois, responder aos seguintes questionamentos:</p> <p><i>“a. Sob o prisma da liberdade de informação:</i></p> <p><i>a.2. O modo como o relato e/ou encenação pública do crime ocorreu era necessário ao (rectius: razoavelmente exigível para o) atingimento da finalidade informativa, documental e histórica? Mais especificamente:</i></p> <p><i>a.2.1. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário identificar nominal ou visualmente a vítima ou seus familiares?</i></p> <p><i>a.2.2. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário detalhar aspectos do episódio esperadamente sensíveis, como excessos de violência, caráter sexual do delito ou repercussão emocional do crime sobre a vítima ou seus familiares?</i></p> <p><i>a.2.3. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário retratar cenas mórbidas (cenas de cadáveres, retratos de enterros, lápides etc.)?</i></p> <p><i>b. Sob o prisma do direito ao esquecimento:</i></p> <p><i>b.2. Trata-se de um crime cujo relato e/ou encenação pública afetam necessariamente (ou razoavelmente) o modo como os envolvidos são identificados pela sociedade? Mais especificamente:</i></p> <p><i>b.2.1. Trata-se de crime que invade a esfera íntima da vítima ou seus familiares, pela natureza (crimes sexuais, por exemplo) ou intensidade (requintes de violência)?</i></p> <p><i>b.2.2. Trata-se de vítima ou familiares que possuem outras projeções sobre a esfera pública ou, ao contrário, de pessoas que somente têm projeção pública pelo envolvimento no crime?</i></p>
---	--	--

		<p><i>b.2.3. Trata-se de crime vinculado a sentimento de impunidade ou revolta em relação à solução estatal, capaz de ainda afetar a vítima ou seus familiares?”</i></p> <p>À luz de tal método, o caso Aída Curi não poderia ser contado sem o nome da vítima, o que por si só não justifica o Direito ao Esquecimento. Entretanto, as imagens e diálogos fortes trazidos à reportagem permitem a invocação do Direito ao Esquecimento.</p> <p>3) Critério da fama prévia: segundo o <i>amicus curiae</i>, o direito à liberdade à informação deve prevalecer para retratar situações trágicas de pessoas com projeção da esfera pública: exemplifica mencionando o caso do suicídio de Getúlio Vargas e o assinado do ex-presidente estadunidense John Kennedy; não é o que acontece no caso concreto ao se falar dos familiares de Aída Curi, que ficaram reconhecidos pela tragédia.</p> <p>4) Critério da impunidade do crime: se o crime restou impune perante à sociedade, maior razão assistiria para o Direito ao Esquecimento.</p> <p>5) O direito ao esquecimento, assim deverá observar tais critérios: (a) critério da repercussão histórica do fato; (b) critério abalo à identidade pessoal dos envolvidos; (c) critério da detalhada identificação dos envolvidos; (d) critério da retratação de aspectos sensíveis; (e) critério da reprodução de cenas mórbidas; (f) critério da violência sexual; (g) critério da ausência de fama prévia dos envolvidos e (h) critério da impunidade dos responsáveis.</p> <p>6) O Direito ao Esquecimento não alcançaria os familiares de Aída Curi pela própria exposição autopromovida pelos Recorrentes no livro publicado por Maurício Curi (irmão de Aída) no fatídico caso.</p>
--	--	--

Fonte: BRASIL, 2021

Quadro 8 - Razões apresentadas pelos *amici curiae* admitidos na demanda (Instituto Vladimir Herzog (IVH), Palavra Aberta, Yahoo! do Brasil Internet Ltda)

Instituto Vladimir Herzog (IVH)	Palavra Aberta	Yahoo! do Brasil Internet Ltda
---------------------------------	----------------	--------------------------------

<p>1)O direito à liberdade à informação possui um caráter preferencial, para que somente posteriormente possa se verificar eventuais consequências da conduta, como violação aos direitos da personalidade.</p> <p>2)Menção à precedentes do STF, como a ADI 4815, que estabeleceu que a constitucionalidade na “<i>divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada</i>”, ou seja, o STF já teria entendido que uma pessoa não poderia atuar como filtro do que pode ou não ser publicado.</p> <p>3)O artigo 216 corrobora com a tese utilizada pelo amicus curiae, ao mencionar dispositivo que diz que a memória constitui o patrimônio cultural brasileiro. Memória e identidade seriam bens jurídicos tutelados constitucionalmente.</p> <p>4) Não haveria um direito ao esquecer, “<i>pois a integridade do real, como acontecimento, é um bem jurídico difuso.</i>”</p> <p>5) O direito à liberdade de imprensa prevalece em relação ao direito à intimidade: “<i>Muito embora sejam dolorosos na esfera privada para alguns (em especial aos seus familiares, sem sombra de dúvidas), é inegável o seu conteúdo carregado do mais alto teor de interesse público para a coletividade e que, por esse motivo, jamais deve ser esquecido, inclusive para não ser repetido.</i>”</p> <p>6) Não utiliza o método ponderativo, pois defende uma memória “<i>como todos os elementos a ela inerentes.</i>”</p>	<p>1) O direito ao esquecimento, nos moldes como vem sendo pleiteado no direito brasileiro, nada mais é do que da pessoa ter autonomia sobre o que pode ou não ser publicado ao seu respeito, independentemente se verídica a informação e que esta tenha sido obtida por meio legal.</p> <p>2) A “<i>forte proteção à liberdade de informação e expressão é o fato de que pessoas autônomas não podem ser obrigadas a crer em uma verdade que lhes é imposta</i>”, razão pela qual tais direitos constitucionais guardam relacionam com o princípio da dignidade humana (art. 3º, III, CF-88);</p> <p>3) A liberdade de expressão e informação estão diretamente relacionadas à busca da verdade e que beneficia a todos da sociedade, “<i>pois permite que a sociedade possa a todo instante aprender com seus erros, questionar seus dogmas e verdades e se reprocessar.</i>”</p> <p>4) A liberdade de expressão e informação estão diretamente relacionadas à promoção da democracia e ao autogoverno, bem como à diversidade e tolerância.</p> <p>5) Críticas à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso sobre o direito esquecimento: delegar aos operadores de busca a faculdade de se excluir ou não o acesso a informação ofenderia o acesso do direito à informação e à liberdade de informação: “<i>Ainda que tenha invocado a linguagem da Diretiva, a corte flexibilizou os seus critérios, entregando ao requerente a prerrogativa de definir aquilo que lhe causa incômodo, e, ao provedor de busca, a discricionariedade de decidir sobre a subtração ou não do acesso</i>”, contrapondo o que dispõe a CF-88. Liberdade de expressão possui posição preferencial.6) Entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal proibindo a censura: ADI 4815 (Biografia) e ADPF 130 (Lei de Imprensa).</p>	<p>1)A maioria das ações propostas de hoje em dia visam remover as pesquisas feitas pelos provedores de busca. Portanto, eventual direito esquecimento não alcança o âmago da eventual violação a publicidade, que é a fonte que tornou aquilo público;</p> <p>2) Eventual procedência do pedido autoral não guardaria consonância com a ADI 4.815</p> <p>3) O artigo 19 do Marco Civil da Internet limitou a possibilidade somente poderá ser responsabilizado por meio de ordem judicial.</p>
--	--	---

Fonte: BRASIL, 2021.

Quadro 9 - Razões apresentadas pelos amici curiaes admitidos na demanda (PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político, Artigo 19, Google Brasil Internet Ltda)

PLURIS - Instituto de Direito Partidário e Político	Artigo 19	Google Brasil Internet Ltda
<p>Limita-se em sua peça a trazer as razões para ser admitido como <i>amicus curiae</i>.</p>	<p>1) Argumenta que o que justificaria o Direito ao Esquecimento seriam as informações relacionadas à vida privada da pessoa, que afetem diretamente a dignidade e a segurança do indivíduo.</p> <p>2) Informação de domínio público por período prolongado de tempo cria uma presunção a favor da divulgação.</p> <p>3) Deve-se considerar o interesse público naquela informação.</p> <p>4) “<i>informações sobre política, saúde e segurança pública, administração da justiça, interesses sociais e relativos a consumidores, meio ambiente, questões econômicas, exercício de poder, arte e cultura</i>” possuíram presunção de interesse público.</p> <p>5) O fato de a informação ser relacionada à uma pessoa pública deve ser considerada a favor do domínio público.</p> <p>6) “<i>Informações divulgadas por veículos com fins jornalísticos, artísticos, literários ou acadêmicos devem receber maior proteção</i>”.</p> <p>7) O Direito ao Esquecimento deverá observar substancialmente o dano causado à pessoa em razão da divulgação da informação.</p> <p>8) As restrições à liberdade de expressão observariam o chamado teste das 3 partes, quais sejam:</p> <p>“<i>i. seguir previsões legais positivadas, claras e acessíveis; ii. servir a propósitos legítimos, especialmente a proteção de outros direitos de igual importância; iii. ser necessárias e proporcionais</i>”, além de precisar observar outras cinco etapas: “<i>i. Há previsão legal para fundamentar a restrição; ii. A restrição acontece para proteger outros direitos fundamentais (ou direitos de importância equivalente); iii. A restrição é necessária e proporcional; iv. A ausência de restrição gerará um dano significativo a direitos de terceiros; v. Não existe interesse público na informação divulgada</i>”. Caso não configure o resultado descrito nas etapas descritas, haverá restrição à</p>	<p>1) A inexistência de fundamento expresse sobre o Direito ao Esquecimento tornaria irrazoável a sua aplicação.</p> <p>2) A CF-88 por meio dos incisos IV, IX e XIV do artigo 5º deixa clara a opção do constituinte pela liberdade de expressão e de acesso à informação, bem como pelo que dispõe o artigo 220 do mesmo diploma. A manutenção dos conteúdos publicados seria protegida pela CF-88, mesmo porque, na eventualidade de excesso à liberdade de expressão, há previsão na CF-88 pelo direito de resposta, e não ao direito ao esquecimento.</p> <p>3) A liberdade de expressão foi reforçada à luz do posicionamento adotado no julgamento da ADI. 4815.</p> <p>4) O direito ao esquecimento guardaria relação com situações já previstas em lei, como a situação de ex-condenados e sobre os cadastros de proteção ao crédito de exibirem informações negativas relativas a período anterior a cinco anos e a proteção ao menor oferecida pelo artigo 143 do ECA.</p> <p>Assim, o legislador fora específico ao explicitar quando seria possível limitar o acesso à informação.</p> <p>5) A restrição aos direitos fundamentais deve observar a análise da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.</p> <p>6) O Superior Tribunal de Justiça já afastou a incidência do direito ao esquecimento sobre os buscadores de internet.</p> <p>7) Os buscadores não hospedam conteúdo.</p> <p>8) A supressão de conteúdos resultaria numa censura indireta.</p>

	liberdade de expressão.	
--	-------------------------	--

Fonte: BRASIL, 2021.

Feita a apresentação da síntese das razões dos *amici curiaes*, apresentaremos a seguir, também de forma sintética, as razões apresentadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que apreciaram o caso:

Quadro 10 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* e impacto nas decisões dos ministros do STF (Dias Toffoli - Ministro Relator, Nunes Marques, Alexandre de Moraes)

Dias Toffoli - Ministro Relator	Nunes Marques	Alexandre de Moraes
<p>1) Menção a precedentes no direito ao comparado nas 13 primeiras folhas do julgado. Segundo próprio Ministro define “<i>muitos dos precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento, na verdade, passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados em suas razões de decidir, como a <u>ressocialização, a proteção ao nome e à imagem do indivíduo.</u>”</i></p> <p>2) Entre as folhas 13 a 20 do voto, procura explicar as peculiaridades que envolvem o caso Costeja González, o qual extrapola a esfera do direito ao esquecimento do direito penal, destacando que o debate passa a alcançar a esfera privada por meio da rede mundial de computadores. Em que pese a preocupação dos <i>amici curiae</i> Google Brasil Internet Ltda e Yahoo! do Brasil Internet Ltda de que eventual decisão afete os buscadores de pesquisa, o Ministro enfatiza que o artigo 19 do Marco Civil da Internet (o qual versa sobre eventual responsabilização dos provedores de aplicações de internet) é objeto de debate quanto à sua constitucionalidade por meio do Tema 987, RE 1037396-RG, DJe de 4/4/18 e, por tal motivo, nele será melhor tratado, pontuando a diferença entre os objetos de cada recurso.</p> <p>3) Definição sobre o que seria o direito ao esquecimento: “<i>as informações cuja comunicação se pretende obstar devem</i></p>	<p>1) O direito ao esquecimento, dada a complexidade do tema, deveria ser instituído por meio texto normativo. Portanto, carece de legalidade (Fundamentação Principal – fls.15/18).</p> <p>2) O Ministro entende que houve abuso por parte da emissora pelo modo como transmitiu o fato. Claramente, deixa a entender em seu voto o posicionamento adotado pelo IBDCVIL, que é favorável à utilização do método ponderativo. Apesar do Ministro não reconhecer o direito ao esquecimento, descreve que a emissora poderia ter retratado o evento sem fazer menção à vítima por exemplo (Fundamentação Principal).</p>	<p>1) É preciso observar o binômio liberdade com responsabilidade. Faz referência ao direito comparado, destacando que o caso em questão alcançou sua finalidade, visto que a emissora de televisão não desrespeitou a tal binômio, em que pese o tom sensacionalista do programa (Fundamentação principal)</p> <p>2) O reconhecimento do direito ao esquecimento teria traços de censura prévia, o que não coaduna com o direito constitucional brasileiro. “<i>O reconhecimento amplo, genérico, abstrato do direito ao esquecimento traz presente o traço marcante da censura prévia.</i>” (Fundamentação Principal)</p> <p>3) O processo legal é o meio pelo qual deve se chegar a eventual condenação pelo excesso no exercício de liberdade de expressão, e não a censura (Fundamentação secundária).</p>

<p>ser <i>lícitas</i>”, bem como “(...) <i>sua utilização temporalmente distante de sua ocorrência os tornaria descontextualizados</i>.” Sobre a questão temporal, o Ministro faz menção expressa a trechos de três partes que fizeram parte na audiência pública: INSPER, TJ/SP, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e ao <i>amicus curiae</i> IBDCIVIL.</p> <p>4) FLS. 25-36: fala sobre a relevância da questão temporal (Fundamentação Primária).</p> <p>5) Relata que em certas ocasiões o legislador primou pelos direitos de personalidade, restringindo, em certa medida, a liberdade de expressão: “<i>o legislador brasileiro, em inúmeras ocasiões, procedeu à ponderação entre direitos fundamentais na direção da máxima proteção aos direitos da personalidade, restringindo, em alguma medida, a liberdade de expressão .</i>” (STF, 2021, p. 65). (<i>Ratio decidendi</i>).</p> <p>6) A Lei Geral de Proteção visa, de alguma maneira, o direito ao esquecimento em âmbito digital, reforçando a ideia de que o legislador possui preocupação com os direitos da personalidade (Fundamentação Secundária).</p> <p>7) Ao destacar a relevância da liberdade de expressão, em sequência o Ministro faz referência a ponderação, argumento este utilizado pelo <i>amicus curiae</i> IBDCIVIL: “<i>A ponderação, assim, na pretensão ao direito ao esquecimento não se faz apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo que pretende ver tornados privados dados ou fatos de sua vida, de outro. Envolve toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude .</i>”, além de falar que o agrada a ideia de harmonização dos princípios constitucionais (Fundamentação Secundária).</p>		
--	--	--

Fonte: BRASIL, 2021.

Quadro 11 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* e impacto nas decisões dos ministros do STF (Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber)

Edson Fachin	Cármen Lúcia	Rosa Weber
<p>1)Reconheceu o direito ao esquecimento, mas o afastou no caso concreto;</p> <p>2) De acordo com o que traz o <i>amicus curiae</i> IBDCIVIL, o Ministro entende que deve haver um juízo de proporcionalidade, desde resguarde os direitos de personalidade (Fundamentação Principal);</p> <p>3) Ao caso concreto, sustentou que não procederia o pedido autoral, visto que o caso Aída Curi também possuiria interesse público, conforme o <i>amicus curiae</i> IBDCIVIL traz em sua peça sobre um “juízo de necessidade” (Fundamentação Secundária).</p>	<p>1)Direito ao esquecimento é incompatível com a CF-88, que procurou afirmar o compromisso com a memória coletiva. Não analisa seu voto à luz do princípio da ponderação. A Ministra entende que “Toda censura é indigesta”. (Fundamentação Principal)</p> <p>2) Seu voto privilegia o princípio da solidariedade, o qual, segundo a Ministra, visa proporcionar às futuras gerações conhecer a memória do país. (Fundamentação Principal).</p>	<p>1)A Ministra considera que o direito ao esquecimento guerreado no recurso extraordinário está diretamente relacionado ao da ADI 4815. “<i>As questões relativas ao direito ao esquecimento e às biografias não autorizadas convergem na medida em que ambas lidam com a necessidade que têm as sociedades de saber sobre o seu passado e o seu presente.</i>” (Fundamentação Principal).</p> <p>2) Enfatiza a relevância do povo ter a memória sobre o seu passado. “<i>Uma sociedade sem memória é uma sociedade sem imaginação, e sem história.</i>” (Fundamentação Secundária).</p> <p>3) Apesar de destacar a relevância dos direitos de personalidade, a Ministra enfatiza que eles não podem ser invocados na medida em que há interesse público: “<i>Não se presta o direito à privacidade – e, na medida em que se o reconheça, o direito ao esquecimento – à interdição da publicação de qualquer assunto que seja de interesse geral ou público, simplesmente, porque as matérias de interesse público estão situadas fora do seu escopo.</i>” (Fundamentação Principal).</p> <p>4) Portanto, a questão suscitada pelos Recorrentes se contrapõe aos princípios da liberdade de expressão e de informação, e “<i>não se harmoniza com o regime constitucional vigente no país.</i>” (Fundamentação Principal).</p>

Fonte: BRASIL, 2021.

Quadro 12 - Razões lançadas nos autos de *amici curiae* e impacto nas decisões dos ministros do STF (Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski)

Luiz Fux	Gilmar Mendes	Ricardo Lewandowski
<p>1) Faz menção expressa à IBDCIVIL, observando o método ponderativo: “<i>Em sentido semelhante, Anderson Schreiber aponta, em parecer acostado aos autos pelo IBDCivil, que a colisão entre liberdade de informação e direito ao esquecimento somente pode se resolver por uma aplicação técnica do método da ponderação, sem que seja</i></p>	<p>1)O Ministro entende que os fatos pretéritos podem ser rememorados conciliando a anonimização: “<i>Mutatis mutandis, não há nenhum empecilho a que os fatos pretéritos, ao serem rememorados com uma finalidade pública atual, também possam ser objeto de anonimização, guardando um juízo de proporcionalidade em</i></p>	<p>1)O Ministro inicia seu voto dizendo que o direito ao esquecimento jamais constituiu um instituto jurídico autônomo, salientando que se trata de uma aspiração subjetiva daquele que sente algum desconforto jurídico. Assim, careceria de respaldo legal, conforme trazido pelos <i>amicus curiae</i>.</p>

<p><i>possível estabelecer em abstrato qual dos direitos deve prevalecer.”</i> (Fundamentação Principal)</p> <p>2) Prestigia, no entanto, a liberdade de informação, como forma de privilegiar o interesse público, à luz do que fora decidido na ADI 4.815 “<i>Por oportuno, vale mencionar a ADI 4815, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inexistente a autorização prévia para a publicação de biografias. Ao dar interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, a Corte prestigiou os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais</i>” (Fundamentação Principal)</p>	<p><i>sentido estrito, na visão de Robert Alexy.”</i></p> <p>O juízo de proporcionalidade mencionado pelo Ministro guarda relação direta com o método ponderativo mencionado pelo IBDCIVIL. Tal justificativa, por sinal, embasou a fundamentação do Ministro para julgar procedente o pedido de indenização por danos morais. (Fundamentação principal).</p> <p>2) O Ministro faz menção ao direito comparado, mas com a finalidade de entender em qual plano o direito ao esquecimento está no exterior (Fundamentação Secundária).</p> <p>3) O Ministro faz menção ao direito ao esquecimento no Brasil, fazendo referência a dispositivos que versam sobre os direitos de personalidade e a jurisprudência nos tribunais brasileiros, como no caso da Chacina da Candelária julgada pelo STJ. Esta fundamentação pode ser considerada principal, pois à luz de tais fundamentos, o Ministro defende que há direito à memória mantendo-se a anonimização (Fundamentação Principal).</p>	<p>2) Não haveria tanto no direito intertemporal, como no direito comparado e no direito positivo o denominado direito ao esquecimento;</p> <p>3) O direito ao esquecimento não possui respaldo legal, mas guardaria íntima relação com os direitos de personalidade. Contudo, enfatiza em seu voto que a liberdade de expressão é um direito de “<i>capital relevância</i>”, ligado ao exercício das franquias democráticas.</p> <p>4) Assim, o direito ao esquecimento deveria ser analisado a cada caso, numa ponderação de valores, como defende a IBDCIVIL.</p> <p>5) Outrossim, traz importante precedente mencionado por muitos <i>amicus curiae</i>: a ADI 4815.</p> <p>6) O direito ao esquecimento não acompanharia o pedido autoral justamente pelo fato de um dos irmãos ter publicado fatos sobre a tragédia, o que é inclusive trazido por um dos <i>amicus curiae</i>. Ninguém poderia se comportar contra os fatos que essa própria pessoa produziu (<i>Nemo potest venire contra factum proprium</i>)</p>
---	--	--

Fonte: BRASIL, 2021.

O ministro Barroso, deu-se por impedido, razão pela qual não apresentou voto no processo decisório.

No tocante à decisão do ministro-relator, observa-se que apontou, em não mais que um parágrafo para cada instituto, os principais temas abordados pelos *amici curiae*, entretanto, sem realizar análise verticalizada das razões apresentadas (STF, 2021, p. 22). A menção à pontuação das razões apareceu no voto mais como deferência e respeito pela participação na demanda, do que um enfrentamento e testes das razões apresentadas pelas instituições externas. Para confirmar essa constatação, a ABRAJI, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS), Google, Yahoo! e Instituto Vladimir Herzog foram citados expressamente tão somente em mencionada passagem, não aparecendo novamente ao longo do voto.

O que se destaca no voto do ministro-relator, no tocante a análise que estamos propondo, diz respeito à rápida referência, em suas razões de voto, ao Instituto Brasileiro de

Direito Civil⁵², instituição criada por professores e estudiosos do Direito e que, portanto, desenvolvem, em suas argumentações, a utilização de uma gramática jurídica, com efeito, razões mais próximas daquelas já desenvolvidas pela Corte. A mesma circunstância se verifica nos votos dos ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes⁵³, que ao tratarem das razões de instituições externas ao Supremo voltam o olhar para as contribuições deliberativas feitas pelo IBDCIVIL, fazendo referência à aplicação da máxima da proporcionalidade ao caso apreciado (STF, 2021). Todos os ministros citados utilizaram do mecanismo da referência tão somente para reforçar o ponto de vista que estavam apresentando.

Neste mesmo sentido, podemos observar que as razões apresentadas pelo IBDCIVIL, quanto aos argumentos apresentados pela INSPER⁵⁴, TJSP⁵⁵ e Faculdade de Direito de Ribeirão Preto⁵⁶ (essas instituições que atuaram nos autos por meio de Audiências Públicas), ingressam no debate, pelo voto do relator, de forma estreita e rasa⁵⁷. Embora, por outro lado, tenha o ministro-relator apresentado em seu voto argumentos que foram abordados por outros *amici curiae*, tais como o princípio da reserva legal e ponderação de valores (temas abordados pela ABRAJI, IST, Instituto Vladimir Herzog e Google), sem realizar a devida menção às instituições.

Ademais, o ministro-relator, ao mencionar em seu voto os *amici curiae* Google Brasil Internet Ltda e Yahoo! do Brasil Internet Ltda, o fez para afirmar que a matéria que eventualmente atingiria os buscadores de pesquisa seria objeto de debate quando da análise de constitucionalidade do art. 19 da Lei do Marco Civil da Internet (RE nº 1.037.396). Portanto, a menção não foi no sentido de se promover o fluxo de razões, mas tão somente para delimitar

⁵² Segundo consta em seu perfil no *Facebook*, o IBDCIVIL foi “criado em 13 de novembro de 2012 pelos Professores Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo, o IBDCivil visa à criação de um locus privilegiado para pensar, debater e construir o direito civil contemporâneo à luz da legalidade constitucional, comprometido com a compatibilização das fontes normativas, com o desenvolvimento de soluções hermenêuticas e propostas doutrinárias direcionadas à harmonização dos núcleos de regulamentação jurídica da atividade privada, bem como com a investigação de modelos jurídicos, no direito brasileiro e comparado, aptos a disciplinar as relações jurídicas e conferir segurança ao tráfego negocial”. Disponível em https://web.facebook.com/IBDCivil/?_rdc=1&_rdr. Acesso em: 01 dez. 2021.

⁵³ O ministro Gilmar Mendes, faz menos ainda, pois menciona o Instituto Brasileiro de Direito Civil tão somente quando faz referência ao que ele denomina de posição intermediária prevista no projeto de Lei 10.860 (STF, 2021, p. 227).

⁵⁴ Instituição de Ensino Superior e Pesquisa sem fins lucrativos, representado pelo professor Renato Opice Blum, com cursos de graduação e pós-graduação em Direito, conforme se observa das informações constantes em seu site: <https://www.insper.edu.br/quem-somos/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

⁵⁵ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi representado pelo Desembargador José Carlos Costa Netto.

⁵⁶ Faculdade representada pela professora Cíntia Rosa Pereira de Lima.

⁵⁷ O ministro cita a IBDCIVIL quando busca reforçar seu argumento de que o elemento *tempo* é elemento central no processo de conceitualização do direito ao esquecimento.

a extensão da decisão, justificando que, por ora, a decisão não alcançaria os buscadores de pesquisa (STF, 2021, p. 45).

Importante evidenciar que o ministro-relator, ao fazer referência aos argumentos apresentados, seja por algum dos *amici curiae*, seja pelas instituições que contribuíram nas Audiências Públicas, o fez para reforçar seus argumentos. Logo, verifica-se que eventual fluxo de razões, na verdade, se apresenta como um mero reforço argumentativo, na medida em que não se vislumbra testagem de razões, mediante refinamento, refutação ou qualquer outro meio de testagem. Evidentemente que a utilização de argumentações externas como reforço de um ponto de vista, devem ser compreendidas, também, como forma de fluxo de razões (espaço deliberativo), entretanto, pouco se ganha nessa dinâmica quando se leva em consideração que uma das principais justificativas para o processo deliberativo é a apresentação de razões reservadas ou a testagem (confrontação) de razões.

Os ministros Nunes Marques (STF, 2021, p. 101), Alexandre de Moraes (STF, 2021, p. 128), Gilmar Mendes (STF, 2021, p. 227) apenas citam em seu relatório nominalmente cada um dos *amici curiae* admitidos, sem fazer referência expressa a estes quando da apresentação das razões de decidir. Os ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Rosa Weber, não fizeram qualquer referência aos *amici curiae* em seus votos.

O ministro-relator, Toffoli, traz em suas razões de voto a ideia de que o legislador ordinário, em algumas oportunidades, deu prioridade aos direito de personalidade em detrimento à liberdade de expressão, tal como ocorre na previsão dos crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), e a indenização por danos morais (art. 953, do Código Civil). Portanto, a ideia de limitação à liberdade de expressão se dá mediante a reserva legal (STF, 2021, p. 66). Esse argumento aparece também nas razões apresentadas pelos *amici curiae* ABRAJI, Instituto Vladimir Herzog (IVH), Instituto Artigo 19 do Brasil e Google Brasil Internet Ltda, conforme podemos observar nos quadros com as sínteses de suas razões. Ainda sobre o princípio da reserva legal, também faz referência ao mesmo argumento o ministro Nunes Marques (STF, 2021, p. 111), também sem mencionar o mesmo princípio da reserva legal.

Outro argumento que se apresenta nos votos de alguns ministros diz respeito a aproximação existente entre o julgamento do RE 1010606/RJ, ora em análise, e à matéria julgada na ADI 4815, em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a possibilidade da publicação das biografias não autorizadas, prestigiando os direitos fundamentais à liberdade de

expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Assim, considerando o precedente existente no Supremo, a decisão no julgamento do RE 1010606/RJ deveria ir no mesmo sentido de prestigiar o direito à liberdade de expressão. Esse argumento apareceu nas razões apresentadas pelos *amici curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), Yahoo! do Brasil Internet LTDA, Instituto Vladimir Herzog, Google Brasil Internet LTDA e Instituto Palavra Aberta (conforme quadro em que apresentamos a síntese de suas razões). O mesmo argumento é enfrentado pelos ministros Luiz Fux e Rosa Weber, sem fazer qualquer menção aos *amici curiae* acima mencionados, ou, ainda, a forma pela qual eles abordaram o tema.

O trabalho desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL) quanto ao desenvolvimento da máxima da proporcionalidade em suas três dimensões, tais como a *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, foi o argumento mais citado pelos ministros em suas razões tais como: Dias Toffoli, Nunes Marques (sem menção ao instituto), Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

Portanto, podemos concluir que embora tenha sido dada a oportunidade às instituições externas ao Supremo Tribunal Federal de atuarem na demanda, não se vislumbrou uma densa, profícua e profunda troca de razões, de tal maneira que as instituições enriquecessem os votos dos ministros com suas experiências jurídicas e não-jurídicas, tais como a ABRAJI, ITS, e IVH. Embora possa se apresentar como uma importante ferramenta institucional, a figura, a participação e o impacto das razões dos *amici curiae* no processo decisório no STF precisa ser revista pelos próprios ministros, de forma a levar a sério pontos de vistas externos e permitir a construção de processos decisórios efetivamente deliberativos.

No próximo e último capítulo nos dedicaremos a apresentar as críticas internas e externas às Teorias dos Diálogos Institucionais, direcionadas tanto ao problema da deliberação em si, bem como a eleição do Poder Judiciário como participante competente para catalisar as razões apresentadas na esfera pública, quanto ao problema de aplicação da teoria (problemas endógenos). Veremos que muito do que já falamos a respeito dos elementos endógenos ao Tribunal, como os ministros enxergam o seu papel enquanto ministros da Suprema Corte, afetam de forma mais direta os contornos da teoria na prática. Portanto, sustentaremos uma certa convergência entre os problemas de aplicação da teoria, com questões relacionadas aos fatores endógenos aos tribunais.

4.5 Conclusões do capítulo

Diante das considerações apresentadas até aqui, podemos concluir que no Brasil, a abordagem dos Diálogos Constitucionais deve ser considerada a partir de algumas ressalvas, entre elas, a ideia de que os diálogos institucionais podem propor novas reflexões a respeito da reformulação dos desenhos institucionais, na medida em que não se observará a atribuição de função estanque e definitiva do Poder Judiciário apresentar a última palavra sobre o significado constitucional, sua relação com os demais Poderes implica em reformulações permanentes do próprio *design* da separação de poderes.

Elemento nuclear para a existência de diálogos institucionais no processo de construção do significado constitucional diz respeito ao próprio conceito e extensão de diálogo, aqui compreendido como a existência de um fluxo direto de razões entre os deliberantes, de tal maneira que seja possível observar ganhos epistêmicos e de legitimidade do processo decisório.

Ocorre, todavia, que não se observa na dinâmica decisória interna do Supremo Tribunal Federal, seja por razões institucionais (forma estabelecida pelo regimento interno do processo formal de se decidir), seja por questões endógenas (a forma como os ministros se comportam e enxergam os demais pares ao decidir), uma cultura decisória que seja substancialmente deliberativa. Na medida em que não se vislumbra um processo decisório aberto à própria deliberação do órgão colegiado, menores razões teremos para acreditar que o Tribunal estará aberto ao fluxo de razões apresentadas pelas instituições externas.

Embora as capacidades institucionais das mais diversas instituições não judiciais, com conhecimentos e expertises técnicas, científicas, culturais e das mais diversas esferas possam contribuir efetivamente para o aumento da profundidade das razões a serem lançadas no processo decisório, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha admitido a participação de *amici curiae* nas demandas de maior relevância e impacto social, pouco tem sido o impacto na formação da própria decisão, quanto às razões apresentadas pelos amigos da Corte. O mesmo ocorre quando da análise dos dois casos em que o Congresso Nacional propôs Emendas Constitucionais superadoras da jurisprudência do Supremo, pois em ambas as oportunidades, pudemos observar a sobreposição de decisões, inexistindo fluxo de razões e cooperação entre as instituições para a construção do significado constitucional.

Como se depreende, ainda é necessário se pensar na construção de um processo decisório que seja substancialmente deliberativo, para que se possa defender a existência de uma decisão democraticamente mais legítima.

No próximo capítulo nos dedicaremos a analisar a (in)existência de relação deliberativa entre Poder Judiciário e Poder Legislativo e a forma como o Supremo Tribunal Federal tem tratado em suas decisões a própria adoção das Teorias dos Diálogos Institucionais.

5. A MANUTENÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL A PARTIR DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL

Todo caminho que se desenvolveu até aqui, de apresentação da ideia de supremacia judicial, de apresentação dos elementos estruturantes das Teorias dos Diálogos Institucionais, principalmente no contexto canadense, de como os elementos fundamentais de mencionadas teorias são apresentados no Brasil, e a constatação de inexistência de uma cultura deliberativa no Supremo Tribunal Federal, permite agora testar nossa hipótese de que as Teorias dos Diálogos Institucionais não apenas não superam a Supremacia Judicial, como mantêm e dá suporte à mencionado fenômeno.

O teste da hipótese passará por dois níveis fundamentais de crítica. O primeiro nível será o interno, uma vez que se buscará verificar em que medida os elementos constitutivos das Teorias dos Diálogos Institucionais não conseguem entregar a sua promessa inicial. Considerando que é elemento nuclear às Teorias dos Diálogos Constitucionais o uso da *razão pública* por todas aquelas Instituições que se propõem a contribuir para a construção do significado da Constituição, necessário verificar, inicialmente, a extensão do conceito da ideia de *razão pública* e em que medida esse elemento pode ser empregado para superar a dinâmica da centralização do Poder Judiciário na tarefa de se construir um significado da Constituição que seja plural e descentralizado.

Ainda na perspectiva da crítica interna, demonstraremos que as Teorias dos Diálogos Institucionais ao atribuírem ao Poder Judiciário a função de coordenar a deliberação também reforça a própria supremacia judicial.

Ao final, apresentaremos uma crítica externa, voltada aos problemas de aplicação da Teoria dos Diálogos Institucionais pelo Supremo Tribunal Federal, de tal maneira que a Corte se apropria das construções teóricas voltadas para a deliberação para reforçar sua competência para atribuir o último significado da norma constitucional.

5.1 O uso da *razão pública* como elemento central para legitimidade das decisões a partir das Teorias dos Diálogos Institucionais - pensando a partir do potencial epistêmico da deliberação intrainstitucional e interinstitucional

As Teorias dos Diálogos Institucionais propõem que, para superar uma suposta dicotomia

entre as teorias do diálogo ou da última palavra é necessário ter diante dos olhos os conceitos de “rodadas procedimentais” e “última palavra provisória”. Ainda assim, mesmo com a ideia de que não seria desejável ou mesmo hermeneuticamente possível alcançar uma última palavra definitiva, mas sempre provisória sobre o significado constitucional, o sistema ainda guardaria grande indefinição sobre um critério adequado de legitimidade das decisões. Em outras palavras, a provisoriedade do significado constitucional não promoveria por si só a legitimidade da decisão, tanto do ponto de vista intrainstitucional, como do ponto de vista interinstitucional. Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes se propõe a conceber possíveis “modelos de diálogos”, parametrizando-os conforme o “desempenho deliberativo” de cada instituição.

A premissa inaugural desta empreitada está em uma concepção substantiva de democracia, que Mendes (2011, p. 224) diz compartilhar com Dworkin e Rawls, adequando a proposta de flutuações do quadro decisório à busca dos ideais de “igual consideração e respeito”, em Dworkin, ou do “princípio liberal de legitimidade”, em Rawls, veiculado através do idioma da “razão pública”.

De fato, não é bem a ‘flutuações’ que Dworkin e Rawls se referem. Eles simplesmente aceitam um mecanismo não majoritário e não representativo por concordarem que a democracia não pode prescindir de uma pretensão epistêmica sobre princípios, e deve dispor de processos que maximizem a probabilidade de boas decisões. Fornecem, ademais, um critério moral independente para julgá-las. Se isso é verdade, a decisão judicial não é legítima per se, mas desde que atenda a esse critério. (MENDES, 2011, p. 225).

Não haveria, assim, legitimidade apriorística de qualquer decisão pelo mero *pedigree* na autoridade que a profere, mas a análise dependeria de uma verificação substancial e, nessa esteira, enquadrando-se na ótica variável das flutuações decisórias. Para esta análise, quanto à doutrina da separação de poderes, há de se reconhecer a existência de um ônus deliberativo imperioso às instituições que participem do foro democrático, através do qual se verificaria tal legitimidade.

Defende Conrado a utilização de uma visão próxima à ideia de “razão pública” em Rawls. Nesse sentido, quando trata de elementos constitucionais essenciais ou de questões de justiça básica, o teor da ordem coerciva só se justifica caso esteja fundamentado por razões que, fugindo das doutrinas abrangentes filosóficas, sejam calcadas em uma concepção autônoma de justiça⁵⁸.

A Corte, portanto, desempenharia função especial neste traçado. Primeiramente, por reconhecer-se que a sua dinâmica decisória é obrigatoriamente vinculada a este tipo de formulação baseada na razão pública, caberia lhe definir como instituição educativa e instigadora da qualidade

⁵⁸ Para Rawls o desacordo permanente verificado na sociedade quanto ao bom viver e às doutrinas filosóficas abrangentes para se alcançar este objetivo seriam superadas, apenas, através do uso de fundamentos que não fossem uma derivação de tais filosofias. Assim, tornar-se-iam aceitas exatamente por sua autonomia e generalidade, evidenciando a convergência mínima de alguns ideais da vida pública.

deliberativa, além de reprimir maiorias episódicas que busquem desestruturar a Constituição, e manter a vivacidade e vitalidade da linguagem da razão pública.

Complementa o autor (MENDES, 2011, p. 231), já na dinâmica da separação de poderes, que a revisão judicial e a ação da Corte, mantém, na agenda política cotidiana, a ideia de limitação do parlamento e a lembrança à esta instituição de que deve buscar fundamentar adequadamente suas decisões, principalmente quando limitativas de direitos, na linguagem comum da razão pública.

Não se trata, contudo, de uma presunção de adequação e legitimidade das decisões proferidas pela Corte. Cientes de que a Corte deveria buscar promover uma cultura política de maior densidade deliberativa, será legítima sua decisão apenas na medida em que cumprir tal propósito.

A análise é casuística e contextual, e se alimenta da própria “competição” existente nas interações entre Corte e parlamento. À medida que se constata o eventual erro da decisão de uma das instituições, mais estará a outra legitimada, naquele contexto, a desafiar a disposição, com fundamentos mais robustos e adequados. Defende, portanto, “que a instituição com o melhor desempenho deliberativo sobressai-se na competição pelo melhor argumento e tem legitimidade para desafiar a outra”. (MENDES, 2011, p. 234).

Revisitando os argumentos do capítulo sobre as teorias do diálogo, sustenta o autor que a Corte se demonstra prudente na utilização de virtudes ativas e passivas, na medida em que constatar maior ou menor legitimidade na postura anterior adotada pelo legislador.

A última palavra provisória, sob tal argumento, cumpre a importante função de evitar que tais “desafios” institucionais caiam em simples anarquismo decisório e insegurança jurídica, bem como a noção diacrônica de rodadas procedimentais permite que, cadenciadamente, as instituições reduzam o tom do desacordo e alcancem uma acomodação do tema.

Por fim, e não menos importante, a visão de separação de poderes deliberativa, que dá suporte à própria legitimidade oscilatória da autoridade decisória, ainda se prezaria a elevar a capacidade epistêmica do sistema como um todo, capaz de produzir boas decisões. A argumentação vem de Stuart Mill e sua distinção entre “verdades vivas” e “dogmas mortos”, segundo a qual a busca pela verdade se sustenta apenas enquanto determinada proposição se encontra aberta para a crítica e contestação e resiste a tais ataques. Se, porém, a proposição se pretende aprioristicamente correta, e é conseqüentemente fechada às contestações, morreria como um dogma que enfraquece a capacidade crítica.

Aplicado ao diálogo institucional examinado na obra:

Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram

que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial. (MENDES, 2011, p. 240).

O regime proposto, então, contribui para uma dinâmica de permanente evolução qualitativa das decisões tomadas, em um sistema de diálogo e cooperação das instituições, que aumenta as chances de se alcançarem boas razões, maximizando sua capacidade epistêmica.

Temos, portanto, que dentro de uma concepção de legitimidade das decisões propostas a partir de uma leitura dos Diálogos Institucionais, o uso da razão pública ganha dimensão central, na medida em que a conquista da legitimidade decisória somente se apresentaria quando a instituição que decide inicia um processo deliberativo guiado pelo uso da razão pública.

A par disso, é imperioso destacar o conteúdo normativo dessa perspectiva, pois o que se busca responder diz respeito a “como as instituições devem decidir para que haja maior legitimidade de suas decisões” e não necessariamente “como as instituições decidem na prática”. Nesse aspecto, é fundamental verificar as dimensões da ideia de razão pública e o uso da razão em J. Rawls, para que ao final tenhamos um parâmetro teórico suficiente e assim, apresentarmos as críticas internas às Teorias dos Diálogos Institucionais.

5.1.1. A ideia de razão pública revisitada de John Rawls

Para John Rawls a ideia de razão pública pertence a uma concepção de uma sociedade democrática constitucional bem ordenada. A forma e o conteúdo dessa razão pública se apresentam como parte constitutiva da própria democracia, tendo em vista que a característica básica desta última é a existência de um pluralismo razoável, de tal forma que em uma sociedade democrática bem ordenada haverá uma pluralidade de doutrinas compreensivas razoáveis e conflitantes, religiosas, filosóficas e morais. (RAWLS, 1997, p. 765).

Assim, tendo em vista que os cidadãos não chegarão a consensos partindo de razões provenientes de suas doutrinas abrangentes⁵⁹ (uma vez que discordam desde as suas bases), precisam considerar no debate público razões que podem ser razoavelmente dadas uns aos outros quando questões políticas fundamentais estão em jogo. (RAWLS, 1997, p. 765-766).

Portanto, considerando que uma das perspectivas do próprio liberalismo político é a existência de sociedades plurais, em que cada indivíduo pode desenvolver seus projetos de vida sem a interferência negativa do Estado, estará presente o desenvolvimento das mais diversas perspectivas filosóficas, religiosas e não religiosas. Assim, torna-se fundamental o desenvolvimento da ideia de razão pública, para que os processos de tomada de decisão coletivo possam ser guiados por razões compartilhadas por todos aqueles que se encontram em uma sociedade organizada democraticamente. Portanto, a razão pública diz respeito a “[...] como a relação política deve ser entendida [...]”⁶⁰.

Rawls afirma que a ideia de razão pública possui cinco aspectos diferentes: (1) aplica-se às questões políticas fundamentais; (2) aplica-se a determinadas pessoas (funcionários do governo e candidatos a cargos públicos); (3) seu conteúdo é dado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) destina-se à discussão de normas coercitivas a serem promulgadas na forma de lei legítima para um povo democrático; (5) permite aos

⁵⁹ Sobre a ideia de doutrinas abrangentes, Rawls estabelece que: “I shall use the term doctrine for comprehensive views of all kinds and the term conception for a political conception and its component parts, such as the conception of the person as citizen. The term idea is used as a general term and may refer to either as the context determines”. RAWLS, John. The idea of public reason revisited. **The University of Chicago Law Review**. v. 64. n. 3. 1997. p. 766.

⁶⁰ Tradução Livre. No original: “The idea of public reason specifies at the deepest level the basic moral and political values that are to determine a constitutional democratic government's relation to its citizens and their relation to one another. In short, *it concerns how the political relation is to be understood* [...]” g.n. RAWLS, John. The idea of public reason revisited. **The University of Chicago Law Review**. v. 64. n. 3. 1997. p. 765-766.

cidadãos verificar que os princípios derivados de suas concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade. (RAWLS, 1997, p. 767).

Além disso, tal razão é pública de três maneiras: a) se apresenta como razão de cidadãos livres e iguais, logo, como razão do público; b) seu tema é o bem público em questões de justiça políticas fundamentais (questões constitucionais essenciais e questões de justiça básica); e c) sua natureza e conteúdo são públicos. (RAWLS, 1997, p. 767).

Por outro lado, a ideia de razão pública não se aplica a toda e qualquer discussão política, mas tão somente às questões políticas fundamentais chamadas por Rawls de *Fórum Político Público (Public Political Forum)*, que também pode ser dividido em três partes: I) discursos dos juízes em suas decisões (principalmente dos ministros das cortes constitucionais); II) o discurso dos funcionários do governo, especialmente os chefes do executivo e legislativo; e III) o discurso dos candidatos a cargos públicos e seus gerentes de campanhas. (RAWLS, 1997. p. 767).

Não se deve, entretanto, confundir a ideia de razão pública com o ideal de razão pública. Esta última se apresenta quando os chefes do executivo, legisladores, juízes entre outros, agem e seguem a ideia de razão pública e aplicam a outros cidadãos suas razões para apoiar posições políticas fundamentais, em termos de concepções políticas mais razoáveis. Cumprindo, assim, o que Rawls denomina de dever de civilidade. Portanto, o *ideal* de razão pública corresponde ao cumprimento efetivo da *ideia* de razão pública, na medida em que os *officials* dão razões aos demais cidadãos para as escolhas políticas fundamentais que tomaram no exercício de suas funções. (RAWLS, 1997. p. 769).

Os cidadãos, por sua vez, tomam consciência do cumprimento do ideal de razão pública quando se colocam na posição de legisladores de tal forma que testam as razões que cumprem o critério de reciprocidade. (RAWLS, 1997. p. 769).

Portanto, embora a ideia de razão pública seja direcionada, a princípio, aos *officials* e o ideal de razão pública represente a efetiva apresentação de razões que possam ser compartilhadas pelos destinatários dos estatutos (cidadãos), estes últimos podem realizar testes de verificação do ideal da razão pública. Assim, quando tratamos da ideia de democracia não estaremos destinando argumentos tão somente aos *officials*, mas a todo e qualquer cidadão que viva em uma sociedade democrática bem ordenada. Portanto, a conexão que se possa fazer entre *ideal da razão pública* e *democracia* deverá partir da possibilidade dos cidadãos se colocarem na qualidade hipotética dos *officials* testando as razões apresentadas que sustentam

a tomada de uma determinada política. Virgílio Afonso da Silva, em seu “*Deciding without Deliberating*”⁶¹ sustenta que Rawls destina a ideia de razão pública tão somente aos julgadores e não aos demais *officials*. Divergimos de Virgílio nesse aspecto, pois: a) Rawls, ao refinar o conceito da ideia de razão pública indica que seus destinatários são tanto os legisladores, como chefes do executivo, bem como os magistrados, conforme acima exposto; b) para além disso, os próprios cidadãos podem se colocar hipoteticamente na situação dos legisladores para verificar se as razões apresentadas para sustentar uma determinada escolha política está baseada em razões públicas, realizando testes de reciprocidade das razões apresentadas na esfera pública.

Assim, respondendo à pergunta de como o ideal de razão pública é percebido por cidadãos que não são funcionários do governo, Rawls afirma que:

Para responder a esta pergunta, dizemos que idealmente os cidadãos devem pensar em si mesmos como se fossem legisladores e se perguntam quais estatutos, apoiados por quais razões, ao satisfazer o critério de reciprocidade, eles achariam razoável promulgar. A disposição dos cidadãos de se verem como legisladores ideais e de repudiar funcionários do governo e candidatos a cargos públicos que violem a razão pública é uma das raízes políticas e sociais da democracia e é vital para sua força e vigor duradouros. Assim, os cidadãos cumprem seu dever de civilidade e apoiam a ideia de razão pública fazendo o que podem para manter os funcionários do governo vinculados a ela.⁶²

Rawls, ainda, sustenta que a ideia de razão pública surge de uma concepção de cidadania democrática (*democratic citizenship*) que possui duas características especiais: a) uma relação de cidadãos dentro de uma estrutura básica da sociedade; e b) uma relação entre cidadãos livres e iguais que exercem o poder político supremo como um corpo coletivo. (RAWLS, 1997, p. 771).

⁶¹ Segundo o autor: “An example of an argument grounded in the quality of deliberation in courts can be found in Rawls’s account of the Supreme Court as exemplar of public reason. According to Rawls, the court is ‘the only branch of government that is visibly on its face the creature of that reason and of that reason alone’. Legislators (as well as the citizens) do not need to justify their votes by public reason, nor ‘make their grounds consistent and fit them into a coherent constitutional view over the whole range of their decisions’”. SILVA, Virgílio Afonso. *Deciding without deliberating*. Oxford University Press and New York University School of Law. v. 11, n. 3. 2013. p. 558.

⁶² Tradução livre do original: “To answer this question, we say that ideally citizens are to think of themselves as if they were legislators and ask themselves what statutes, supported by what reasons satisfying the criterion of reciprocity, they would think it most reasonable to enact. When firm and widespread, the disposition of citizens to view themselves as ideal legislators, and to repudiate government officials and candidates for public office who violate public reason, is one of the political and social roots of democracy, and is vital to its enduring strength and vigor. Thus citizens fulfill their duty of civility and support the idea of public reason by doing what they can to hold government officials to it.” RAWLS, John. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*. v. 64, n. 3. 1997. p. 769.

Assim, cidadãos são razoáveis quando, reconhecendo-se mutuamente como livres e iguais, estão preparados para oferecer, um ao outro, termos justos de cooperação, de acordo com o que consideram a concepção mais razoável de justiça política, logo, diante de um critério de reciprocidade.

Para Theresa Calvet Magalhães, ao tratar do liberalismo político de Rawls, afirma que:

[...] O liberalismo político busca, assim, uma concepção política de justiça que possa, é o que se espera, obter o apoio de um consenso por sobreposição de doutrinas compreensivas razoáveis numa sociedade governada ou regulada por ela. Conseguir esse apoio de doutrinas religiosas, filosóficas e morais *razoáveis* fornece então a base para responder à segunda questão fundamental: Como cidadãos, que permanecem profundamente divididos entre si por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, podem ainda assim manter uma sociedade democrática, justa e estável? E Rawls responde: “Para esse fim, é normalmente desejável que as visões compreensivas (...), que estamos habituados a usar quando discutimos questões políticas fundamentais, sejam abandonadas na vida pública”. A *razão pública*, ou seja, a forma de racionar apropriada a *cidadãos livres e iguais*, “é agora melhor orientada por uma concepção política cujos princípios e valores podem ser endossados por todos os cidadãos”. (MAGALHÃES, 2018, p. 11).

É o engajamento na razão pública que permitirá aos cidadãos que possuem doutrinas abrangentes distintas se reconciliarem. A possibilidade do ingresso em um empreendimento coletivo, guiado para a construção de uma democracia constitucional, será possível a partir do desenvolvimento de relações sociais em que os cidadãos partem de razões públicas para justificar suas escolhas políticas fundamentais.

A concepção de reciprocidade para Rawls é muito cara, tendo em vista que a legitimidade política parte do critério da reciprocidade ao exigir que o exercício do poder político somente é adequado quando os cidadãos sinceramente acreditam que as razões que são ofertadas para as ações políticas pelos *officials* são suficientes. (RAWLS, 1997, p.772).

Nestes termos, podemos afirmar que uma legislação que proíba o direito ao voto às mulheres ou que sustente a escravidão, ao não cumprir o critério de reciprocidade (considerar todos como iguais e livres), não cumpre, conseqüentemente, o critério de legitimidade. Mulheres e escravos não aceitariam as razões apresentadas para justificar tais leis, pois os referidos estatutos não os consideram como livres e iguais.

Rawls defende, ainda, a democracia deliberativa, baseada na ideia de que os cidadãos devem atuar de tal maneira que possam dar razões em deliberações públicas. Assim, as opiniões políticas podem ser revisadas por meio de discussões com outros cidadãos, logo, não se trata de um resultado fixo de interesses privados ou não políticos. Aqui se encontra o ponto de convergência entre democracia deliberativa e a ideia de razão pública, já que “[...] for it

characterizes such citizens' reasoning concerning constitutional essentials and matters of basic justice”⁶³.

Segundo o autor norte-americano existem três elementos essenciais da democracia deliberativa, a saber:

Uma é a ideia de razão pública, embora nem todas as ideias sejam iguais. A segunda é uma estrutura de instituições constitucionais democráticas que especifica a configuração dos órgãos legislativos deliberativos. O terceiro é o reconhecimento e desejo por parte dos cidadãos em geral de seguir a razão pública e realizar seu ideal em sua conduta política. As implicações imediatas desses fundamentos são o financiamento público das eleições e a provisão de ocasiões públicas de discussão ordenada e série de questões fundamentais e questões de política pública.⁶⁴ (RAWLS, 1997, p. 772).

Logo, a concepção de democracia deliberativa também levará em consideração a ideia de razão pública quando das interações entre os cidadãos que ingressam em um empreendimento coletivo de justificação e apresentação de razões de políticas públicas defendidas na esfera pública. A partir disso, o cidadão se engaja em razão pública quando delibera dentro de uma estrutura do que ele sinceramente considera como sendo a concepção política mais razoável de justiça, que exigirá uma reciprocidade dos demais cidadãos que ingressam neste mesmo empreendimento. (RAWLS, 1997, p. 773).

Quanto ao conteúdo da razão pública, sustenta o autor que é dado pelos princípios e valores da família das concepções políticas liberais de justiça. Logo, a razão pública apela para as concepções políticas, ideais, padrões, princípios e valores dessas concepções de justiça, sem excluir as doutrinas abrangentes (religiosa ou não-religiosa), desde que sejam dadas razões públicas adequadas para sustentar os princípios e políticas que se está apoiando. (RAWLS, 1997, p. 776).

Nestes termos, os cidadãos, dentro de uma democracia deliberativa, devem apresentar razões que sustentem suas perspectivas a respeito de questões políticas fundamentais baseados em princípios e valores políticos compartilhados, que respeitem a ideia de liberdade e igualdade

⁶³ Em tradução livre: “pois caracteriza o raciocínio de tais cidadãos sobre fundamentos constitucionais e questões de justiça básica”. RAWLS, John. The idea of public reason revisited. **The University of Chicago Law Review**. v. 64. n. 3. 1997. p. 772.

⁶⁴ Tradução livre do original: “One is an idea of public reason, although not all such ideas are the same. A second is a framework of constitutional democratic institutions that specifies the setting for deliberative legislative bodies. The third is the knowledge and desire on the part of citizens generally to follow public reason and to realize its ideal in their political conduct. Immediate implications of these essentials are the public financing of elections, and the providing for public occasions of orderly and serious discussion of fundamental questions and issues of public policy” RAWLS, John. The idea of Public Reason Revisited. **The University of Chicago Law Review**. v. 64. n. 3. 1997. p. 772.

de todos os cidadãos. Uma possível imagem desses valores e princípios políticos pode ser representada pelos princípios fundamentais da liberdade de expressão, liberdade de pensamento, devido processo legal, dentre outros.

Assim, quando as Teorias dos Diálogos Institucionais passam a tratar das virtudes e dos ganhos de legitimidade alcançados pelas relações dialógicas, traz como elemento nuclear o uso da razão pública como elemento de atribuição de legitimidade dos processos decisórios. É nesse sentido, que iniciaremos no próximo item a apresentar as críticas internas às Teorias dos Diálogos Institucionais.

5.1.2 A insuficiência das perspectivas puramente normativas: o não constrangimento da prática

Quando nos perguntamos em que medida o uso da razão pública, como aposta normativa das Teorias dos Diálogos Institucionais, se apresenta insuficiente para gerar efetivo constrangimento da prática adjudicativa, estamos nos perguntando especificamente em que medida o uso da razão pública nos processos decisórios deliberativos não é suficiente para determinar uma superação da dinâmica da Supremacia Judicial. Em outras palavras, o uso da razão pública, embora se apresente como um importante elemento normativo para guiar um processo decisório deliberativo mais legítimo, ainda se apresenta como elemento incapaz de constranger a prática adjudicativa que tende à Supremacia Judicial.

Nesse sentido, devemos resgatar, observando as construções desenvolvidas no primeiro capítulo, quais as principais razões e as justificativas para o estabelecimento da Supremacia Judicial.

Conforme pudemos demonstrar, existem condições institucionais, políticas e interpretativas que abrem espaço para o estabelecimento da expansão do Poder Judiciário, de tal forma a se permitir uma centralização no processo decisório de questões que ordinariamente seriam resolvidas pelas instituições políticas. Mas pudemos observar, principalmente a partir da seção 2.2.1 do capítulo 1 que são as questões endógenas que se apresentam como elementos determinantes para o estabelecimento de certa exclusividade do Poder Judiciário em determinar o significado constitucional.

Podemos enumerar razões institucionais, políticas e de comportamento judicial para a Supremacia Judicial a partir dos seguintes pontos: (i) a ampliação de poderes e canais para o exercício do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, principalmente

pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição Federal de 1988; (ii) um modelo de Constituição ampla, que enumera uma grande quantidade de direitos e garantias fundamentais, ampliando o espaço para o debate constitucional; (iii) a utilização estratégica pelos atores políticos do Poder Judiciário como arena para revisão de decisões majoritárias; (iv) e a assunção pelo Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, em assumir uma postura protagonista na resolução de demandas políticas.

Os itens i e ii são questões de cunho institucional que se apresentam como elementos exógenos à Corte e que, portanto, embora possam abrir caminho para a sua expansão e para o processo de supremacia, não são elementos que uma vez estabelecidos implicam necessariamente nessas consequências. O que temos, portanto, é que embora sejam condições para a supremacia, não implicam em sua causa última. No mesmo sentido, a atuação estratégica dos atores políticos em ver a reversão das posições majoritárias embora possa provocar uma atuação protagonista no Poder Judiciário, isso somente ocorrerá por questões internas e de postura interpretativa do próprio tribunal.

Nesse sentido, quando pensamos em supremacia judicial estamos voltando nossos olhos para as questões relacionadas aos comportamentos internos da própria Corte, à forma como ela entende e enxerga como deve ser sua postura quando trata das questões que lhe são levadas à apreciação.

Isso pode ser constatado, por exemplo, quando verificamos uma mudança de postura do Supremo Tribunal Federal no tocante à apreciação dos Mandados de Injunção após o ano de 2007. Embora, até então, já existisse no texto constitucional a ferramenta processual do Mandado de Injunção, a superação do papel de um legislador negativo passou a ser observada por mudanças de comportamentos judiciais e não necessariamente por questões institucionais. Nesse sentido, como já demonstramos no capítulo 1, a própria ampliação das suas competências, ampliando o alcance dos Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais e os Mandados de Injunção são reflexos dessa mudança de comportamento judicial.

Nesse aspecto, nossa aposta é que, embora o uso da razão pública possa se apresentar como um importante elemento de busca de maior legitimidade do processo decisório deliberativo, em última instância, o processo não é nem deliberativo e não se guia, necessariamente, pelo uso da razão pública. É nesse sentido que sustentamos que o uso da razão pública, como elemento central das Teorias dos Diálogos Constitucionais, não se apresenta

como elemento suficiente para promover mudanças na postura adjudicativa e, portanto, superação da supremacia judicial.

Esse é um problema que pode se apresentar quando tratamos de perspectivas puramente normativas, portanto, que buscam responder qual a melhor forma de se alcançar uma decisão mais legítima, sem se contaminar com os dados da realidade que determinam como, de fato, as Cortes decidem. O objetivo da tese não se apresenta para investigar em que medida as Teorias dos Diálogos Constitucionais tendem mais a uma perspectiva normativa, até mesmo porque, no segundo capítulo, nos dedicamos a apresentar uma gama de perspectivas teóricas que migram entre perspectivas normativas à descritivas. Mas, buscamos por outro lado demonstrar que a aposta no uso da razão pública nos processos deliberativos, ao menos no Brasil, não pode ser apresentada como principal elemento que permitirá a superação de uma leitura da supremacia judicial.

Barry Friedman pode nos ajudar a compreender bem essa relação entre teorias normativas e descritivas, para ao final, organizar os argumentos centrais da crítica interna das Teorias dos Diálogos Institucionais.

5.1.3. Entre as perspectivas normativas e descritivas

Barry Friedman promove uma abordagem do Direito a partir de duas perspectivas, a saber: uma perspectiva normativista, que se preocupa com a questão “como os juízes devem julgar?” e uma perspectiva descritiva ou positiva que se debruça sobre a questão de “como os juízes julgam?” e “quais são as influências políticas que os juízes sofrem ao julgar?”. Essas duas dimensões já perpassaram o presente trabalho por diversas vezes, entretanto, é importante retomá-la para que seja possível darmos continuidade à crítica interna às Teorias dos Diálogos Institucionais.

Buscando justificar uma metodologia descritiva de como os julgadores de fato julgam, ou, ainda, buscando identificar o que de fato guia a mão dos julgadores, Barry Friedman apresenta uma concepção de política bastante ampla, na medida em que a considerada como qualquer tipo de influência externa que o magistrado pode sofrer ao julgar casos, demarcando uma aproximação muito forte entre Direito e um sentido fraco de política.

Afirma o autor que cotidianamente se têm dado muito menos evidência e importância aos trabalhos descritivos, focando os estudiosos da revisão judicial em perspectivas normativistas, ou, ainda, que as perspectivas normativas marginalizam as abordagens propostas

pelo projeto positivo (descritivo). Na leitura do autor norte-americano, é o que ocorre com o juiz Hércules de Dworkin, que reconhece a necessidade de estabelecer acordos entre juízes para se alcançar um acordo decisório, bem como negociações entre os poderes para se executar decretos. Mas Dworkin, segundo Friedman, estabelece referidas circunstâncias como questões marginais, de tal forma que o magistrado fica livre de referidas amarras, podendo se concentrar exclusivamente em questões de princípios.⁶⁵

Hércules não age sozinho, deve convencer seus colegas, de forma que não é difícil constatar que haverá dissenso a respeito da resposta correta, como se observa a prática jurídica nos tribunais. No Brasil, a própria ideia de construção de jurisprudência, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça, que possui competência para dar integridade ou coerência à jurisprudência dos tribunais inferiores, atua também para que os próprios tribunais obedeçam e deem cumprimento às suas decisões. Portanto, inegável que as decisões dos tribunais demarcam, em alguma medida, a atuação do Superior Tribunal de Justiça, mas este também atua para que suas decisões sejam observadas pelos tribunais inferiores⁶⁶. Friedman sustenta que o julgador deve estabelecer uma relação de interação com os destinatários da decisão para possibilitar o cumprimento de suas decisões. Nesse diapasão é que nos deparamos com a conexão entre Direito e Política, a atuação estratégica dos tribunais para verem cumpridas suas decisões implica no reconhecimento de que não será a normatividade jurídica que determinará, por último, uma causa para a sua atuação.

⁶⁵ Sobre mencionada leitura que Barry Friedman desenvolve é possível realizar uma crítica importante, na medida em que embora Dworkin não esteja voltando os olhos necessariamente para os fatos descritivos e comportamentais dos magistrados, a sua perspectiva teórica também se suja na realidade, na medida em que a própria compreensão de legitimidade decisória se desenvolvem a partir de uma ideia de uma legitimidade que se desenvolve integralmente na prática, não sendo um dado apriorístico. De qualquer maneira, a atenção que talvez Friedman queira chamar diz respeito a não levar tão a sério ou, ainda, identificar que não é o esforço de integridade do direito, da busca de legitimidade a partir da justificação das decisões a partir da observação do princípio de igual respeito e consideração ou, ainda, a justificação de decisões a partir de justificações em princípios constituídos em uma dada comunidade socialmente organizada que compartilham valores mútuos, que irá determinar em última instância como de fato os magistrado julgam. E se essas questões, embora fundamentais para se constituir um norte para a construção de decisões mais legítimas, não determinam em última instância como os juízes de fato julgam, não é possível pensar uma teoria da adjudicação ou da teoria da decisão judicial sem considerar questões comportamentais, atitudinalistas ou o agir estratégico daqueles que decidem.

⁶⁶ Essa constatação pode ser justificada inclusive pelo uso de ferramentas processuais que impedem a subida de recursos aos tribunais, como a edição de súmulas, julgamento pelo de casos no sistema das demandas repetitivas em que se dá efeito *erga omnes* às suas decisões. Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça busca a observância das suas decisões pela força institucional, na medida que a determinação para a observação obrigatória de suas decisões se desenvolve pelo sistema recursal estabelecido pelo Código de Processo Civil. Por outro lado, também atuará, e essa constatação é mais sutil, quando profere decisões movidos pela mudança ou movimentação de entendimento dos tribunais inferiores, sem que haja a edição de súmulas ou mesmo a utilização de procedimentos que atribuam efeito *erga omnes* às suas decisões ou cláusula de impedimento de subida de recursos.

Nesse sentido, considerando que não é o uso da razão pública que determina como os juízes de fato julgam, resta responder o que motiva os juízes? Friedman afirma que, qualquer variável externa à normativa, pode ser determinante para guiar a mão do magistrado, tais como ideologias, riqueza, política, todavia, o grau de influência a ser produzido no magistrado dependerá do grau de crença do julgador quanto a essas variáveis. Assim, caso um magistrado preze mais por riqueza que qualquer outro valor, poderá decidir favoravelmente a uma parte que lhe tenha entregue algum valor pecuniário de tal forma a lhe aumentar a riqueza. Se um juiz não se preocupa com seu cargo, ameaças de remoção não irão influenciar em suas decisões. Nestes termos, a aposta de Friedman é que a crença nos valores próprios do julgador é que irá determinar o próprio processo decisório.

Portanto, refuta por completo a ideia de neutralidade do magistrado, do distanciamento político das Cortes constitucionais da política, ou, ainda, de um certo purismo ideológico, isso porque, afirmar a neutralidade do magistrado é negar a sua própria subjetividade enquanto ser humano e social. Com efeito, entende que as motivações para a decisão podem ser de outra ordem que não estritamente jurídica, como por exemplo, por uma preocupação de como os demais magistrados lhe enxergam (enquanto ser social), o impacto que a decisão produzirá nos tribunais inferiores de tal modo que as decisões sejam cumpridas, a reação da audiência (como no caso brasileiro em que as sessões de julgamento são televisionadas), dentre outros fatores.

Ainda para Friedman, perspectivas normativistas não aceitam que os magistrados façam uma interpretação constitucional a partir de suas ideologias particulares, a partir de suas leituras de mundo. Entretanto, conforme já alertamos, entendemos que as leituras de cunho primordialmente normativo buscam atuar no campo da legitimidade decisória, portanto, em uma perspectiva que busca identificar procedimentos ou estruturas para um decidir mais legítimo. Portanto, buscam determinar como as decisões devem ser elaboradas para serem mais legítimas, ainda que uma realidade prática seja diversa⁶⁷. Não obstante, diametralmente oposto aos normativistas, os atitudinalistas acreditam que somente os valores internos de cada

⁶⁷ Evidentemente que somente a partir de uma leitura normativa é possível estabelecer elementos que servirão de crítica para uma realidade em que se constróem decisões ilegítimas. Nesse sentido, a normativa pode se apresentar como um dado que poderá servir como substrato para a crítica, se apresentando, nessa medida, também como força motriz para a mudança do próprio comportamento. Entretanto, isso não implica dizer que haverá mudança tão somente por conta da existência da própria perspectiva normativa.

magistrado motivam sua decisão, sendo que a lei não consegue impor restrições em sua interpretação, ao menos não como as teorias normativistas parecem exigir.

O modelo atitudinalista (comportamental) pressupõe que os magistrados julgam de acordo com seus próprios valores. Assim, conservadores julgam de modo conservador e liberais julgam de modo liberal, não porque o Direito assim determina, mas porque a motivação da decisão parte de suas ideologias internas e não de constrições e implicações jurídicas. Inclusive, a percepção dos valores que compõe cada um dos magistrados permite vislumbrar quais serão suas decisões com muito mais sucesso do que outros métodos de prognoses, por conseguinte, teríamos uma *previsibilidade das decisões baseada nas ideologias de cada magistrado*.

Outro grupo de atitudinalistas, embora concordem que haja influência ideológicas, reconhecem que os *justices* também estão suscetíveis a atuarem de forma estratégica (estratégia institucional), acreditam que os juízes gostariam de impor a sua própria política e preferências, mas que eles também devem ter em conta as preferências dos presidentes, das legislaturas, grupos de interesse, tribunais inferiores dentre outros destinatários e interlocutores. Logo, os juízes devem calcular o que os outros vão fazer e ajustar seu comportamento em conformidade com esse ambiente.

Reconhecem as interferências ideológicas, mas acreditam que os juízes não podem a qualquer momento impor seus valores sem levar em consideração o próprio Direito. Logo, o ordenamento jurídico também afeta a atuação dos magistrados, mas não da forma como esperam as teorias normativistas. A grande questão é que o Direito (enquanto ordenamento jurídico constituído de legislação e precedentes) não exerce uma *restrição* sobre os magistrados de tal forma a barrar as suas ideologias, mas apenas *afetam* a decisão.

Teorias normativas acreditam que o núcleo duro da Constituição consegue vincular os magistrados, de tal modo que a decisão se apresente como uma manifestação das interferências jurídicas e não ideológicas, portanto, defendem um certo afastamento da política. Ao passo que Friedman propõe pensar o que as “ideologias” podem nos dizer a respeito do julgar? Mas para responder a essa provocação é necessário compreender o que se quer dizer por “ideologias” e como identificá-las.

Uma das grandes questões enfrentadas pelos atitudinalistas diz respeito ao cumprimento dessa tarefa, ou seja, apresentar o significado de ideologia e a metodologia para identificá-la. Afirmar que é a ideologia do magistrado o elemento que determina como ele irá

decidir ainda é fazer pouco. Necessário, para além disso, é identificar a própria ideologia. Friedman propõe que uma forma de identificação da ideologia se dê mediante, por exemplo, a identificação do partido do Presidente que indicou o *justice*. Em suma, os juízes nomeados por presidentes republicanos serão mais conservadores do que os juízes nomeados por democratas.

Entretanto, essa tarefa não parece ser suficiente para justificar a identificação das ideologias que permeiam o imaginário dos ministros indicados ao Supremo Tribunal Federal no Brasil. Isso primeiro porque, a própria distinção entre ideologias progressistas e conservadoras, definidas a partir dos partidos políticos, não faz muito sentido no Brasil principalmente pela existência de multipartidarismo, pela não identificação pura entre partidos políticos e linhas ideológicas puramente progressistas ou puramente conservadoras e, principalmente, pelos arranjos institucionais voltados a possibilitar uma certa governabilidade pelo chefe do Executivo mediante negociações com frentes parlamentares. Em última instância, a identificação do partido político do chefe do Executivo não é suficiente para permitir identificar a ideologia do próprio Chefe do Executivo, menos ainda do ministro indicado.

Além do tempero ideológico, os magistrados que atuam em um órgão colegiado se comportam também de forma estratégica, de tal modo a buscar o convencimento dos seus pares. Logo, a preocupação não está necessariamente em apresentar as melhores razões, ou ainda, ingressar em um processo deliberativo em que o fluxo de razões provenientes de diversas perspectivas possam apresentar ganhos epistêmicos e refinamento de argumentos. Atuam de forma solipsista, estratégica, de tal forma que a decisão, ainda que colegiada, possa estar mais próxima à sua própria ideologia.

Sustenta Friedman que os juízes do tribunal estão livres para apresentarem suas manifestações, inclusive seus dissensos, contudo, há uma pressão para que a *opinion* represente o entendimento do Tribunal (isso como uma realidade norte-americana). Por conseguinte, podem atuar de forma estratégica, apresentando uma manifestação que seja contrária a sua ideologia pessoal (argumento sincero e de boa fé), mas que ao final represente uma decisão menos distante do seu posicionamento inicial. Tal fenômeno pôde ser observado quando ocorreu o julgamento do Caso Mirando, em que o *justice* Brennan, evocou para si a competência para redigir a *opinion*, redigindo o voto que expressou uma interpretação mais restrita da lei, de tal modo a aproximar a decisão final do seu posicionamento inicial, atuando claramente de forma estratégica. (FRIEDMAN, 1993).

Teorias normativas iriam criticar Brennan, pois este deveria realizar atividade jurisdicional segundo sua melhor interpretação do texto constitucional, a partir das melhores razões construídas de forma deliberativa, e não de maneira estratégica. Segundo uma perspectiva atitudinalista os magistrados atuam como se estivessem em um bazar, negociando suas decisões a partir de suas ideologias pessoais, atuando ainda de forma estratégica. Assim, no lugar de deliberação entre os *justice* haveria em verdade uma acomodação das suas ideologias, a partir de uma ação estratégica e de negociatas.

Quando se fala em interação entre Tribunais Superiores e Tribunais inferiores normalmente percebe-se uma relação *top-down*, em virtude de os tribunais superiores realizarem um controle das manifestações jurisdicionais inferiores. Entretanto, para o projeto positivo (descritivo) proposto por Friedman, observa-se que há influência também inversa. Isso ocorre em uma perspectiva não normativista, pois há preocupação dos Tribunais em verem suas decisões (principalmente precedentes) serem cumpridas pelos Tribunais inferiores, de tal maneira que atuam de forma estratégica, observando os argumentos das decisões que chegam por meio de recursos, promovendo uma adequação dos argumentos e um alargamento do entendimento dos tribunais superiores para garantir o cumprimento das decisões. Friedman cita como exemplo desse alargamento o Caso Miranda nos Estados Unidos.

Tanto a abordagem descritiva (positiva), quanto a abordagem normativa concordam que o Poder Judiciário deve atuar levando em consideração os demais Poderes, entretanto, o consenso entre as duas perspectivas se encerra por aqui. Enquanto os normativistas se preocupam com a questão “como os magistrados devem atuar levando em consideração os desejos/escolhas dos outros Poderes?”, os descritivistas se preocupam com o modo “como ocorre efetivamente a competição entre magistrados e os demais Poderes?”.

Para os descritivistas, na atuação os Poderes agem estrategicamente antecipando eventual contra-atuação dos demais Poderes, havendo no “jogo da separação dos Poderes”, uma restrição na atuação, levando em consideração as preferências políticas dos demais Poderes. Assim, quando o Congresso Nacional edita uma lei deve tentar antecipar qual será a atuação do Executivo, para evitar o veto presidencial, bem como as preferências do Judiciário, evitando a revisão judicial. Portanto, realizando uma *prognose negativa* (buscam dar uma cor mais conservadora para um projeto progressista que passará pela análise de um presidente republicano – atuação estratégica). O mesmo ocorre com os Tribunais quando interpretam a legislação à luz da Constituição para evitar o *override*.

A opinião pública também passa a gerar efeitos nas atitudes dos magistrados, portanto, em suas decisões. Exemplo disso foi o voto da *justice* O'Connor no caso *Lawrence v. Texas* (Ação que pretendia a declaração de inconstitucionalidade da lei texana que criminalizava a sodomia), alterando posicionamento anterior sob o argumento de que teria ocorrido uma alteração real do comportamento social.

Para os estudiosos descritivos toda manifestação jurisdicional corresponde, em alguma medida, a valores populares. Os magistrados estão em interação com as ideologias populares, inclusive atuando essas como elemento de restrição da atuação jurisdicional. Embora o público não tenha mecanismos formais para barrar a execução de uma decisão da Corte, ela acaba sofrendo restrições, já que os ministros se preocupam com a opinião dos destinatários e o cumprimento espontâneo das decisões. O autor cita o caso *Brown v. Board Education*, diante da resistência dos cidadãos do sul. Os *justices* também se preocupam com sua reputação perante a sociedade, como a sociedade lhe enxerga, e isso importa em restrição na sua atuação jurisdicional.

Por todas essas razões, é necessário se propor uma superação purista das teorias normativas, deixando em evidência como o projeto descritivo pode, de fato, abrir um leque de possibilidades para as teorias normativas, naquilo que elas negligenciam. A pretensão da teoria descritiva não é determinar como os juízes devem agir, separando Política do Direito, mas verificando, no material histórico, como os Tribunais têm agido concretamente em meio ao Direito e à Política.

Assim, uma vez constatado que o conteúdo normativo não tem a força plena de restringir a atuação dos ministros, por si só, mas que esta é guiada sobremaneira por suas ideologias e os demais atores externos com quem dialogam (interagem), torna-se fundamental pensar, por exemplo, as Teorias dos Diálogos Institucionais para além do uso público da razão em supostos processos decisórios deliberativos. Será muito mais eficiente compreender as ideologias dos magistrados para antecipar suas decisões, pois é isso que ocorre na prática.

5.1.4 Conclusões a respeito da primeira dimensão das críticas internas

Diante das considerações que desenvolvemos até aqui, podemos concluir:

i) Os elementos que determinam como as Cortes de fato agem, considerando principalmente o fenômeno adjudicativo brasileiro, estão relacionados às questões endêmicas

e comportamentais. De tal maneira que a normatividade produzirá pouco constrangimento aos julgadores;

ii) O uso público da razão não possui o poder de gerar constrangimento da prática adjudicativa e isso tem uma razão de ser. Na medida que o uso da razão pública, como elemento central do processo decisório deliberativo, está voltado não necessariamente para gerar constrangimento para a prática deliberativa decisória, mas para estabelecer um procedimento que, em verdade, atribui legitimidade ao processo decisório. Em outras palavras, enquanto o uso da razão pública está voltado para pensar os critérios de legitimidade do processo decisório, as leituras descritivas da função adjudicativa está mais voltado para fazer, a partir de uma perspectiva do observador (e não necessariamente do participante) de como os "juízes de fato julgam na prática". Portanto, essa última dimensão não possui, em termos analíticos, uma perspectiva necessariamente comprometida com a legitimidade ou a qualidade do processo decisório.

Ao passo que o esforço de buscar elementos ou procedimentos que possam atribuir maior legitimidade ao processo decisório, não implica necessariamente em determinar que uma dada realidade se dará da mesma forma. Reconhecer que o uso da razão pública no processo deliberativo pode representar grande virtude diante do evidente ganho epistêmico, pulverização e legitimidade democrática da decisão construída de forma coletiva. Mas isso não implica dizer que as instituições atuarão necessariamente nestes termos.

Nesse vértice, embora a perspectiva normativa possa se apresentar como importante norte na busca de um processo decisório mais legítimo e mais democrático, os dados das leituras descritivas buscam identificar como efetivamente os processos decisórios se apresentam e podem contribuir para a construção de uma perspectiva teórica que seja mista. Em outras palavras, uma teoria que seja carregada de dados da prática adjudicativa, mas que ao mesmo tempo, busque como elemento norteador de revestimento de legitimidade um processo deliberativo pautado no uso da razão pública.

Apropriando-se do que Dworkin apresenta como guilhotina de Hume, podemos concluir que não se pode deduzir de perspectivas normativas conclusões descritivas, de tal maneira que a pretensão de legitimidade decisória (baseada em elementos normativos) não decalca na realidade um processo decisório legítimo.

Apresentada a primeira perspectiva da crítica interna, passaremos, na próxima seção, a apresentar a crítica da dimensão de procedibilidade das Teorias dos Diálogos Institucionais,

porquanto nossa hipótese se sustenta na atribuição, ao Poder Judiciário, da função de mediador das deliberações institucionais, abrindo caminho para o processo de expansão do Poder Judiciário e, ao final, mantendo a Supremacia Judicial.

5.2 A aposta das Teorias dos Diálogos Constitucionais no Poder Judiciário como intermediador das deliberações - reforço da Supremacia Judicial

Uma segunda perspectiva da crítica, ainda interna, e que se apresenta para sustentar a nossa hipótese de que as Teorias dos Diálogos Institucionais promovem a manutenção da supremacia judicial é no sentido de defender que a aposta feita pelas Teorias de atribuir ao Poder Judiciário a competência para funcionar como câmara deliberativa responsável por promover a catalisação dos argumentos apresentados pelos demais instituições, empurra ainda mais o Judiciário para o centro dos debates políticos, pavimentando caminho para a Supremacia Judicial.

Para as Teorias dos Diálogos Institucionais, ao menos aquelas que defendem em certa medida a mediação realizada pelo Judiciário entre todas as instituições que participam do processo decisório, a procedimentalização e organização do processo formal de deliberação caberia ao Poder Judiciário. Assim, este detém a competência ou função de catalisar, organizar e fixar as razões apresentadas por todas as instituições, formais ou não formais, que de alguma forma contribuem para o processo de construção do significado constitucional.

A nossa hipótese é de que a aposta na atribuição dessa competência ou função à Corte Constitucional, o Supremo Tribunal, para catalisar as razões implica, via reflexa, na manutenção da Supremacia Judicial, porquanto será o próprio Tribunal que ficará responsável por estabelecer quais foram as instituições e razões apresentadas. Nesse sentido, ele encerrará o filtro inicial e o final para determinar o significado *construído* de forma *deliberativa* por todos. Em última instância, cabe ao Judiciário estabelecer as regras e o conteúdo da deliberação.

No item a seguir, apresentaremos as abordagens feitas no Brasil quanto a atribuição dessa competência aos Tribunais no processo decisório deliberativo interinstitucional.

5.2.1 Tribunais como Catalisadores - deliberações intermediadas pelas Cortes

Conrado Hübner Mendes, ao tratar dos processos deliberativos, afirma que o significado nuclear da performance deliberativa dos atores que participam do processo decisório possui três fases, a saber: fase pré-decisional, fase decisional e fase pós-decisional (MENDES, 2013).

Este modelo incorpora e refina as noções de deliberação interna e externa. A deliberação interna corresponderia à fase da decisão, ao passo que a deliberação externa remete principalmente à fase pós-decisional. A fase pré-decisional é ofusca nesse sentido. Em um sentido vagamente informal, a fase pós-decisional poderia ser vista como a pré-decisional do próximo caso (ambas se fundem em uma categoria genérica da deliberação “externa” (MENDES, 2013).

Quadro 13 - Performance deliberativa dos atores que participam do processo decisório

FASES DELIBERATIVAS	TAREFAS DELIBERATIVAS
1. Pré-decisional	Contestação Pública
2. Decisional	Engajamento colegial
3. Pós-decisional	Decisão escrita deliberativa

Fonte: MENDES, 2013.

Para Mendes, os tomadores de decisão (juízes) e os interlocutores são os dois tipos relevantes de deliberadores. A comunidade de interlocutores compreende todos os atores sociais que, formal ou informalmente, abordam argumentos públicos para o tribunal e expressam posições para os casos que estão sendo decididos. Fornecem insumos argumentativos externos para a decisão judicial, podendo influenciar e persuadir, mas não decidir. (MENDES, 2013).

Interlocutores formais envolvem todas as partes que são qualificadas para participar do processo constitucional específico. Com essas distinções um quadro deliberativo ideal é aquele que maximiza o intervalo de argumentos dos interlocutores através da promoção da contestação pública na fase pré-decisional; que organize seus tomadores de decisão em um processo sincero de compromisso colegial na fase da decisão; e que elabore uma decisão escrita deliberativa na fase pós-decisional. (MENDES, 2013).

A contestação pública é solicitada por um ou por grupos de atores políticos que têm o poder formal para, através de recurso ou de intervenção direta, apresentar um caso a um tribunal constitucional. A qualidade da contestação pública varia de acordo com a relevância do caso e de como uma comunidade política se mobiliza para as questões coletivas abordadas. Interlocutores compartilham a responsabilidade pelo desempenho global nesta fase. Importante mencionar que, para Mendes, nesta fase deve o tribunal: coletar, tanto quanto possível, os argumentos dos interlocutores; desafiar publicamente esses argumentos para que os interlocutores tenham a oportunidade de refiná-los ainda mais; e, acima de tudo, exibir uma abertura institucional para que os atores possam ter algo a acrescentar ao estoque de argumentos que pensam sobre o caso. (MENDES, 2013).

Para Mendes, a deliberação não é um duelo verbal⁶⁸; logo, não é realizado no mesmo espírito de uma competição. Assim o engajamento colegial deve se esforçar para levar em conta todas as posições que o tribunal foi capaz de coletar e de conceber empatias; busca pela melhor resposta de princípio; e a busca do consenso, ou, se não surgir, pelo dissenso mínimo (MENDES, 2013).

⁶⁸ Percebe-se, portanto, que há uma importante distinção entre aquilo que Mendes considera como deliberação e aquilo que nos apresentamos no terceiro capítulo como deliberação, como uma dinâmica de troca direta de razões, em que as partes que participam do processo deliberativo estão aptas a apresentar e refutar os argumentos de seus interlocutores. A concepção de Mendes a respeito da ideia de deliberação possui um sentido mais fraco do que aquele por nós apresentado nesta tese.

Para Barry Friedman, inclusive, a Corte, ao exercer a função de mediadora no processo de construção de um constitucionalismo popular, portanto, com a participação do povo e de instituições não formais na construção do sentido constitucional, deve coletar, sintetizar, pautar, realizar escolhas nesse processo decisório deliberativo. Entretanto, sustenta que mesmo que tenha essa função de mediador, a Corte interage, não sendo a única voz. (FRIEDMAN, 1993).

Para Godoy, a delimitação do conteúdo e atores que irão participar do processo decisório deliberativo pertence à Corte:

[...] No contexto de abertura e das limitações inerentes ao processo deliberativo, de que maneira deveria a Corte admitir interessados? Quais argumentos devem ser avaliados com mais cuidado? Quais devem ser rejeitados? Essas questões ilustram bem que os limites de uma concepção de democracia que restrinja as atribuições do Judiciário apenas a excluir os grupos de interesse e a evitar interesses nus jamais vai dar conta de realizar o potencial crítico da ideia de diálogo. (GODOY, 2022, p. 127).

A decisão escrita deliberativa é aquela que traduz os compromissos éticos de deliberação em uma peça escrita. Além de bem fundamentada, tem o fardo de ser ágil e legível pelo público, não podendo ser um enunciado enigmático e misterioso de uma resposta supostamente direta. Além disso, diante da falibilidade natural dos tribunais, a decisão deve convidar à novas rodadas procedimentais deliberativas, bem como evitar tratar as partes como vencedoras e perdedoras de um concurso interpretativo. Interlocutores precisam ser considerados como membros de uma comunidade que vai continuar a falar sobre o tema enquanto o desacordo persistir (MENDES, 2013).

Vislumbra-se, portanto, uma centralidade do Poder Judiciário em determinar quais razões foram apresentadas e quais irão compor a própria decisão. Evidentemente que a possibilidade de vinculação aos compromissos exigidos em um processo deliberativo pode determinar a construção de uma decisão mais legítima, mas isso exigiria a assunção de compromissos éticos e normativos. Portanto, em última análise, para que a Corte possa cumprir sua função, bem como os demais atores deliberantes, é imprescindível que assumam compromissos éticos, tais como: igual respeito e consideração, argumento de sinceridade dentre outros. Ocorre, todavia, que a nossa aposta é no sentido de que a prática adjudicativa, ao menos no Brasil, é gravada pela atuação estratégica dos magistrados. Ou ainda, que a dependência para a assunção de mencionados compromissos éticos depende de atos volitivos dos deliberadores.

O Supremo Tribunal Federal, em manifestação do ministro Fux, também manifesta aderência ao entendimento estabelecido por Mendes:

Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional (MENDES *apud* STF, 2016, p. 30).

Brandão, divorciando do que sustentam Schauer e Alexander que afirma caber à Corte ter a última palavra no âmbito de uma Constituição modesta, alega que, uma vez sendo a Constituição Federal de 1988 Constituição analítica, em que muitos temas políticos podem ser judicializáveis, uma cultura empobrecida da vinculação aos precedentes judiciais, a possibilidade de que os efeitos *inter partes* no controle de constitucionalidade poder gerar desigualdade de tratamento entre os jurisdicionados. Nas palavras do autor:

Portanto, parece recomendável que as decisões da Suprema Corte sejam obrigatórias não apenas para as partes do processo, mas que produzam efeito *erga omnes* e vinculantes, de maneira a projetar efeitos para órgãos administrativos e judiciais mesmo que não sejam partes da causa. Note-se que tal vinculação não só implica a invalidação dos efeitos pretéritos produzidos pelo ato declarado inconstitucional - naturalmente se ato administrativo ou decisão judicial for invalidada pelo Supremo não caberá ao órgão administrativo ou judicial restabelecer seus efeitos -, mas também atinge a atuação futura dos mencionados “poderes”. Vale dizer: se o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei, não caberá a autoridade administrativa e judiciais a prolação, no futuro, de atos administrativos ou decisões judiciais contrárias ao entendimento do STF, sob pena de descumprimento da decisão do STF a qual estão vinculados, e, portanto, de cabimento de reclamação em face dos respectivos atos. (BRANDÃO, 2012, p. 283).

Nesse sentido, para Brandão, há necessidade, por uma questão de instabilidade constitucional, respeito ao princípio da isonomia no tratamento aos jurisdicionados, que as decisões do Supremo tenham força vinculante, principalmente no tocante aos Tribunais inferiores e Poder Executivo.

Nesse sentido, ainda que seja necessária a fixação de atribuições e competência para se permitir a procedimentalização da própria deliberação, essa dinâmica acaba levando o Supremo Tribunal Federal para o protagonismo do processo deliberativo e do próprio resultado da deliberação.

Somado a essa constatação, importante lembrar que de forma distinta do contexto de construção e formação das Teorias dos Diálogos Institucionais no cenário canadense, o contexto político-institucional da América Latina está mais voltado para uma perspectiva adversarial, de disputa pela última palavra, do que efetivamente pela construção de relações de coordenação. É nesse sentido, que entendemos que a aposta pura na Teoria dos Diálogos

Institucionais, em um contexto cultural não deliberativo e cooperativo, permite forjar uma aplicação teórica que fortalece e não afasta a dinâmica não deliberativa.

[...] esse entusiasmo e aposta nos diálogos institucionais devem ser tomados de forma crítica, pois nosso sistema institucional está conformado para uma relação de disputa entre os Poderes, e não de diálogo, e ainda se funda numa concepção pouco rica de democracia, que teima em confundir a participação efetiva e plural com as organizações oficiais da esfera pública. (GODOY, 2022, p. 127).

Brandão afirma que, nessa dinâmica deliberativa entre as instituições, sobretudo, no tocante à relação Legislativo e Judiciário, há possibilidade do Parlamento superar as decisões da Corte. Sustenta o autor:

[...] a admissão da possibilidade de superação normativa de decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte não redundará, necessariamente, em um regime de supremacia parlamentar. Com efeito, se a Suprema Corte puder controlar a constitucionalidade da norma que reverteu a sua decisão pretérita, a ‘superação normativa’ não representará a última palavra sobre a controvérsia constitucional. Ao contrário, poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada ‘poder’ contribuirá com a sua específica capacidade institucional. (BRANDÃO, 2012, p. 286).

Por esse mister, não se trata de quem possui a última palavra em um aspecto definitivo, mas a possibilidade de ingressar em uma nova rodada procedimental deliberativa, em que cada uma das instituições poderá contribuir com suas capacidades para a formação do sentido mais correto da Constituição. Ainda assim, segundo Brandão, é necessário que a discussão se encerre por um momento, que seja reconhecida a autoridade e a estabilidade social, para que uma decisão coercitiva seja tomada pela autoridade competente e a questão seja resolvida, ainda que de forma temporária.

O autor salienta que um ponto é a autoridade da Corte para decidir questões constitucionais, ter a competência para proferir a decisão que vincula as partes e os órgãos públicos. Outro lado é o processo de atribuição de sentido ao texto constitucional, que deverá observar um procedimento democrático e a capacidade institucional dos demais Poderes.

Por sua vez, Marinoni também apresenta uma nova resposta sobre a possibilidade de atribuição de competência ao Poder Judiciário para decidir. O autor apresenta uma distinção entre ter autoridade para decidir e possibilidade de participar do processo deliberativo. Nas palavras do autor:

[...] Porém, é preciso ter em conta a diferença entre o direito de decidir e o direito à participação, ou, mais precisamente, que o direito de decidir é uma forma especial de participação política. Quem intervém na discussão de uma questão tem respeitado o

seu direito político de participar, *mas não exatamente o seu direito de decidir*. Quando a vontade de alguém diretamente determina o conteúdo da decisão, ou seja, quando a questão *é decidida mediante a consideração do voto do interessado, a participação não se limita a influenciar* a autoridade que decide. Decidir *é ter poder para estabelecer um resultado*, ao passo que participar influenciando é, simplesmente, influenciar na formação da decisão, *mas sem qualquer poder de diretamente determiná-la*. Quando importa, apenas e tão somente, a preservação do direito de decidir, *não há razão para falar em otimização popular perante a Corte*. Não há motivo algum para saudar a participação dos *amici curiae perante a Corte* quando o problema *não está em participar influenciando, mas participar decidindo*. A solução buscada na participação popular perante a Corte e sobre as suas decisões *não é sequer um paliativo*. É uma forma de encobrir o fato de que a Corte *está legitimamente, sobrepondo-se ao Parlamento e à vontade popular*. (MARINONI, 2022, p. 54-55).

Logo, nestes termos, ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal possui competência para decidir as questões, ainda que de forma temporária, a competência para coordenar ou organizar o processo deliberativo, em última instância, está se atribuindo a *autoridade* ao Supremo Tribunal para atribuir o significado final sobre o significado constitucional.

Conforme pudemos observar as críticas desenvolvidas por Frederick Morton e Rainer Knopff às Teorias dos Diálogos Institucionais, no segundo capítulo, verificamos que os autores sustentam que, embora as interpretações constitucionais sejam, em certo sentido, provisórias, os sujeitos e atores do Judiciário que interpretam o sentido constitucional costumam reivindicar a perenidade ou a permanência do sentido oferecido em disputa.

Temos, portanto, que a atribuição às Cortes do papel de catalisar, coordenar as razões que serão inseridas nas deliberações e possuindo suas decisões força coercitiva, que inclusive, resolvem casos particulares (revestindo a decisão do instituto da coisa julgada), ainda que seja uma questão de necessidade de resolução uma demanda, ainda assim, se apresenta como uma resolução conduzida e proposta pelo Judiciário, revestida de aparente participação de outras instituições não-jurídicas.

Atribuir ao Poder Judiciário a competência para organizar a deliberação decisória, é acreditar que mencionada dinâmica não será realizada de forma, também, estratégica e com tendência ao estabelecimento de sua leitura institucional de qual deve ser o significado constitucional ou, ainda, que ocorrerá mediante a assunção de compromissos éticos que irão guiar o processo deliberativo. A aposta de Brandão é de que essa atribuição, inclusive, para que haja uma solução para o caso, ainda que temporária, desconsidera que mencionadas decisões produzirão efeitos materiais e permanentes para os casos concretos que são julgados e, com isso, pavimenta caminho para que o Judiciário se encontre, mais uma vez, na exclusividade para determinar a construção do significado constitucional.

Nestes termos, a própria ideia de temporalidade da decisão precisa ser revista para se levar em consideração as Teorias dos Diálogos Institucionais.

5.2.2. Conclusões a respeito do segundo aspecto da crítica interna

Assim, temos que as Teorias dos Diálogos Institucionais, ao menos como são abordadas no Brasil, apostam que cabe ao Supremo Tribunal Federal a função, ainda que não seja pela atribuição de ter a última palavra sobre o significado constitucional, mas de realizar o processo de organização, catalização, refinamento dos argumentos e coordenação da deliberação. Assim, o diálogo será intermediado pelo Poder Judiciário.

A partir dessa constatação, podemos concluir que:

i) Considerando que a atuação dos magistrados é guiada por questões estratégicas e que há exigência de que os deliberadores assumam compromissos éticos, para que o processo decisório deliberativo possa alcançar, de forma ótima, sua dimensão de legitimidade, somada às conclusões alcançadas com a primeira dimensão da crítica interna, sustentamos que não há substrato institucional-político que permita atribuir mencionada competência ao Supremo Tribunal Federal, sem que haja pavimentação para o caminho da Supremacia Judicial;

ii) A Corte Constitucional, no cumprimento da função de coordenadora e catalisadora no processo deliberativo, assumindo uma postura de detentora da última palavra sobre o significado constitucional, determinará quais são as razões por ela interpretadas e quais são os agentes compreendidos por ela pertinentes que serão incluídos, após a sua filtragem, no processo deliberativo. Em última instância, somente após a escolha de razões e argumentos apresentados pela Corte é que se falará em *deliberações institucionais*;

iii) Ao se determinar que cabe ao Poder Judiciário estabelecer quais atores e quais razões irão ingressar na rodada procedimental decisória, ainda que se estabeleça que isso compreende exclusivamente uma condição de procedibilidade da deliberação, estabelece, por conseguinte, uma hierarquia e desigualdade entre os deliberadores. Considerando a atuação estratégica da Corte, a função de coordenador e catalisador permite ao Judiciário instrumentalizar o processo deliberativo para a constituição de um processo decisório aparentemente decisório, mas substancialmente solipsista;

iv) Nestes termos, temos que atribuição de competência ao Poder Judiciário de realizar a coordenação da deliberação e catalisação dos argumentos implicará em reforço da sua supremacia judicial, dando-lhe oportunidade de instrumentalizar a Teoria dos Diálogos

Institucionais para fazer valer suas decisões aparentemente construídas de forma deliberativas, mas substancialmente solipsistas.

Apresentadas as críticas internas, em suas duas dimensões, passaremos na próxima e última seção a desenvolver as críticas às Teorias dos Diálogos Institucionais em sua dimensão externa, ou seja, pretende-se deixar em evidência que, para além das críticas relacionadas aos aspectos de constituição das mencionadas teorias, há importantes problemas relacionados ao processo de aplicação dessas teorias, ao menos no cenário brasileiro.

5.3. Críticas externas às Teorias dos Diálogos: o problema da aplicação no cenário brasileiro

Conforme pudemos observar ao longo da presente tese, reconhecer as contribuições das Teorias dos Diálogos Constitucionais para a prática adjudicativa, implica em reconhecer que os atores que participarão do processo deliberativo assumirão compromissos éticos, guiarão seus comportamentos deliberativos por razões públicas, irão considerar que suas decisões possuem tão somente um *status* temporário e datado, que poderão ser superadas por novas e melhores razões futuras e por outros atores. Com efeito, o que buscaremos apresentar na presente seção, diz respeito, justamente, às razões de fato baseadas na prática adjudicativa do Supremo Tribunal Federal que dá conta de demonstrar que há um processo de instrumentalização das chamadas Teorias dos Diálogos Institucionais, de tal maneira que o Supremo desenvolve uma pseudo legitimidade de suas decisões tão somente ao assumir que adota postura deliberativa, mas que em termos substanciais permanece solipsista e, para além disso, fortalece a dinâmica da Supremacia Judicial.

Para tanto, abordaremos nas seções seguintes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que foram escolhidos a partir de duas perspectivas; a primeira fixada a partir da citação expressa das Teorias dos Diálogos Institucionais pelo Supremo; a segunda a partir de uma perspectiva do conteúdo das decisões em que se vislumbra uma interação entre as instituições, em que se pôde verificar tanto uma atuação estratégica da Corte, quanto eventual potencial de aumento de legitimidade no cumprimento de premissas deliberativas.

5.3.1. ADI 5.105/DF - A manutenção da Supremacia Judicial a partir da Aplicação dos Diálogos Institucionais no Brasil

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do ministro-relator Luiz Fux, reconheceu a aplicação da Teoria dos Diálogos Institucionais (Constitucionais) ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105/DF.

A ação foi promovida pelo Partido Solidariedade, tendo como objetivo requerer a inconstitucionalidade da Lei n. 12.875/2013 que promoveu efetivo *override* da interpretação dada pela Suprema Corte ao apreciar o art. 47, § 2º, II, da Lei nº 9.504/97⁶⁹, nas ADIs n. 4.430 e 4.795, ambas de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Naquela oportunidade, o Plenário deu interpretação conforme ao preceito do Código Eleitoral, com objetivo de proteger os partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. (BRASIL, Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105).

Poucos meses após a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal o Congresso Nacional editou a Lei n. 12.875/2013 superando o entendimento fixado pela Corte Constitucional.

Importante consignar, antes mesmo de analisar os votos que compuseram o acórdão final, conforme se observa do vídeo da sessão disponível no canal do Supremo Tribunal Federal no *Youtube*, em consonância com os argumentos sustentados no capítulo 3, o Ministro dedicasse, a maior parte do tempo, a realizar a leitura do voto previamente escrito. Em poucas ou quase nenhuma oportunidade é interpelado pelos colegas em um processo de efetiva testagem de

⁶⁹ Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo [...]§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: [...] II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

argumentos e premissas. Portanto, verifica-se de imediato a própria ausência de postura deliberativa interna no plenário.^{70 71}

O ministro Luiz Fux, em seu voto, passou a questionar em que medida a interpretação dada pelo Poder Legislativo se apresenta legítima ao superar o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

O ministro relator identificou em seu voto que uma questão central estava em jogo no processo decisório da Corte, a saber: em que medida o espaço de conformação e atuação do Poder Legislativo está legitimado a atuar de tal maneira a não vulnerar o núcleo essencial da Constituição e, sob a perspectiva democrática, não fossilizar o sentido das disposições constitucionais asfixiando a vontade popular soberana. (STF, 2016, p. 15).

Fez constar ainda, citando obra doutrinária escrita pelo ministro Gilmar Mendes que as Cortes Constitucionais estão imunes a qualquer controle democrático, que podem anular

⁷⁰ O que ocorreu somente após ter decorrido mais de 38 minutos (e no minuto 53) da leitura do voto, pelo ministro Gilmar Mendes e pelo ministro Celso de Mello, intervenção realizada tão somente no sentido de elucidar questão contextual referente à precedente invocado pelo ministro relator e citação de casos paradigmáticos da Corte Constitucional Norte-Americana (Caso Miranda e a tentativa de empacotamento da norte pelo Presidente Roosevelt diante das reações ao política de austeridade estabelecida pelo New Deal). Portanto, a postura do ministro Gilmar Mendes não fora apresentar razões direcionadas a testar ou refinar qualquer argumento apresentado pelo ministro relator. Fora, entretanto, tão somente para agregar questões de fato a respeito do precedente invocado, em que participou no processo decisório. Ademais, quando da apresentação da doutrina sobre a matéria dialógica, decorrida um hora e um minuto da sessão de julgamento, o ministro afirma que disponibilizará posteriormente o voto, o que não havia feito previamente aos demais pares (a exceção do Ministro Barroso que afirma ter tido acesso ao voto previamente - STF, 2016, p. 87). Assim, pouca a potencialidade deliberativa da intervenção e da sessão em si. Para além disso, é observável também que o ministro relator demonstra certo desconforto com a intervenção do ministro Gilmar Mendes, afirmando que ainda não estaria apresentando sua convicção a respeito do voto, mas tão somente apresentando o panorama do debate. Essa postura demonstra, ao nosso ver, uma tendência à resistência à própria deliberação e a possibilidade de testagem de argumentos ao longo da sessão de julgamento.

⁷¹ Para além das considerações feitas na nota anterior, fato inusitado ocorreu ao longo da sessão, na oportunidade em que o ministro Dias Toffoli pediu a palavra para elogiar o ministro relator diante da suposta abertura ao debate, permitindo apartes pelos demais colegas. Ao tomar a palavra, Dias Toffoli afirmou que ao exercer a presidência do TSE passou a estabelecer uma postura de intercâmbio com realidades de sistemas eleitorais de outros países, o que seria um profícuo intercâmbio de experiências. Isso, inclusive, o levou a mudar de entendimento a respeito da possibilidade de financiamento privado de campanha partidária. Neste momento, o ministro presidente, Ricardo Lewandowski, intervém para afirmar que a realidade da Itália é diferente da realidade brasileiro, o que demonstraria o acerto da decisão do Supremo a respeito da proibição do financiamento privado. O que chamou a atenção foi a intervenção do ministro relator, que interrompe seus pares para contar a seguinte história “[...] Isso me lembra uma história de uma senhora que trouxe uma menina carente para cuidar dela na fazenda e todo dia batia na menina e dizia para ela: - Eu bato, porque eu te amo. Até o dia em que ela falou: - Então, chega de tanto amor. É mais ou menos o que está acontecendo agora. Essa democracia já fez com que o debate se desviasse para o financiamento de campanha. Então, chega de tanta democracia! Eu quero agora terminar o meu voto! Não consigo concluir o voto!” (STF, 2016, p. 70). A passagem do ministro relator foi justamente para coibir o debate e o caminho que se estava tomando para tratar de assunto que não estava na pauta (STF, 2016, 1’57’’27). Essa passagem demonstra, tanto a inexistência de um fluxo direto de razões (na medida em que não há um efetivo enfrentamento das razões fundamentais da decisão), como também o não incentivo ao próprio debate, demonstrando a ausência de uma cultura deliberativa na Corte.

produção legislativa invocando um direito superior que é, em parte, apenas explicitado em um processo decisório. Inclusive, mesmo as Emendas Constitucionais, ainda que em fase deliberativa no Congresso, também são sindicáveis pelo Poder Judiciário, o que confirma o modelo juriscêntrico de hermenêutica constitucional. A violação de cláusula pétrea autorizaria ao Supremo Tribunal Federal atuar de forma juriscêntrica. (STF, 2016, p. 17).

Por outro lado, apresenta a ressalva de que o arquétipo constitucional pátrio não permite advogar a existência de um sistema de *supremacia judicial em sentido forte ou material*⁷². Isso não decorreria do sistema constitucional, bem como não seria querido que assim o fosse (STF, 2016, p. 17). Essa constatação é fundamental para a localização da nossa crítica, isso porque ao afirmar que não há a possibilidade de se sustentar uma supremacia em sentido forte, em juízo negativo, afirma que é possível sustentar uma supremacia judicial em sentido fraco ou formal. Todavia, conforme veremos ao longo da análise do voto, ao sustentar a possibilidade da defesa da supremacia em sentido fraco, em termos de competência para decidir questões de direitos fundamentais, garantir o núcleo essencial da Constituição, fazer prevalecer as cláusulas pétreas, defende de forma incontornável o próprio sentido forte da supremacia, tendo em vista que é o próprio Supremo Tribunal Federal que determinará o que compreende o núcleo essencial da Constituição ou mesmo a extensão e o sentido das cláusulas pétreas.

Seguindo na sustentação de que não se pode defender uma supremacia judicial em sentido forte, Fux apresentou, logo no segundo capítulo do voto, breves reflexões acerca dos limites e possibilidades de superação legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal, com base na teoria dos diálogos institucionais. Sustentou que, a partir de uma perspectiva descritiva, seriam vários os exemplos existentes no Brasil⁷³ em que se vislumbra a relação dialógica interinstitucional, na medida em que o Congresso por diversas vezes, seja por Emenda Constitucional, seja por Lei Ordinária, teria superado o entendimento firmado pelo Supremo. O relator manifesta elogio à mencionada dinâmica, afirmando que isso seria suficiente para

⁷² O mesmo argumento é retomado ao apresentar o resultado da apreciação das ADCs n° 29 e 30, e ADI n. 4.578, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, o que representaria, para o ministro relator, a ausência de *supremacia judicial em sentido forte* (STF, 2016, p. 23).

⁷³ Como no caso da apreciação da constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 41/2003 (Teto Remuneratório); análise de constitucionalidade da EC n° 52/2006 (Autonomia dos partidos políticos para formarem coligações sem vínculos entre os candidaturas); controle de constitucionalidade da EC n° 57/2008 (inércia do Congresso para criação de Lei Complementar que discipline os critérios de criação de municípios); EC n° 58/2006 (estabelecimento de limites máximos de vereadores de acordo com o número de habitantes) (STF, 2016, p. 18-20).

demonstrar que o Supremo não detém a última palavra sobre o sentido constitucional. Que isso representaria uma relação dialógica entre as instituições, mas que mencionado diálogo observaria os *balizamentos constitucionais* (STF, 2016, p. 17). Mais uma vez o ministro relator demonstra que é favorável aos diálogos institucionais, mas que este deve ser realizado nos limites da própria Constituição, portanto, limites estes que devem ser atribuídos pelo seu guardião, ou seja, o próprio Supremo Tribunal Federal.

Somente para evidenciar que a classificação e a autorização para os diálogos restariam estabelecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o ministro relator afirmou que, a reação legislativa manifestada na criação da Lei n. 10.628/2002, alterando o art. 84, § 1º e 2º, do Código de Processo Penal⁷⁴, foi marcada “[...] nomeadamente pelo emprego de alguns fundamentos *antidialógicos*” (STF, 2016, p. 20). Portanto, coube ao Supremo, no cumprimento da sua supremacia *fraca*, estabelecer quais foram os argumentos dialógicos e quais foram os argumentos antidialógicos.

Fux apresentou vários casos apreciados pela Corte em que haveria a reversão do entendimento do Supremo pela atuação do Legislativo, concluindo que caberia então “[...] extrair a diretriz jurisprudencial utilizada pela Corte para aferir a validade jurídico-constitucional de tais *reversões*” (STF, 2016, p. 17). Percebe-se, portanto, uma própria contradição performativa na apresentação do argumento, na medida em que, ao reconhecer a necessidade de estabelecimento de uma relação de diálogos institucionais, o que implicaria na inexistência de uma última palavra do Supremo sobre o significado da Constituição, defende a necessidade de se verificar, a partir de critérios extraídos do próprio Supremo (diretrizes jurisprudenciais), a validade do diálogo. Portanto, reclama para o Supremo a última palavra sobre o significado da Constituição, na medida em que é ele o responsável por controlar a validade da reversão.

Entende Fux que a postura do Supremo está direcionada a entender que:

[...] (i) o Tribunal não subtrai *ex ante* a faculdade de *correção legislativa* pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) **no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador [...]** (g.n.) (STF, 2016, p. 23).

⁷⁴ A nova legislação reestabelecia o foro por prerrogativa de função a quem não mais possuía o cargo ou mandato eletivo, portanto, estabelecia resultado diametralmente oposto ao estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Sublinhamos os itens (ii) e (iii) dos critérios apresentados pelo ministro relator, uma vez que estes se apresentam como uma janela à manutenção da supremacia judicial, ainda em um sentido forte. Isso porque, caberá ao próprio Supremo estabelecer a própria extensão das cláusulas pétreas e quando se verificará a denominada “ofensa chapada” ao texto magno. Nesse diapasão, alinhado à perspectiva de que caberá ao Supremo realizar o controle do próprio diálogo, confirma nossa hipótese de que a aplicação da Teoria dos Diálogos Institucionais, feita pelo Supremo Tribunal Federal, reforça a supremacia judicial, ainda em um sentido forte e não fraco.

Ainda, o ministro relator, para além dos critérios estabelecidos no fragmento acima transcrito, apresenta ainda outro requisito de validade da *superação legislativa*, a saber: apresentação de *novos* argumentos na edição da lei superadora. Ao afirmar que o sistema constitucional não determina a supremacia judicial, seja porque não estende os efeitos vinculantes das suas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade (art. 102, §2º, e art. 103-A) ao Legislativo, bem como estabelece o ônus argumentativo no art. 93, IX, do texto constitucional quando da análise da correção legislativa de jurisprudência do Supremo, ao enfrentar *novos ou adicionais argumentos do legislador* (STF, 2016, p. 24).

Em uma perspectiva prescritiva, o relator afirmou que as decisões da Corte não devem ser revestidas de um caráter de definitividade, podendo, desde que provocado, superar seus entendimentos anteriores e baseados em novos argumentos suficientes. Sendo que é “[...] prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição [...]”. Assim, considerando que os efeitos vinculantes do controle de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo e que o Poder Judiciário deve fundamentar todas as suas decisões, enfrentando os argumentos que lhe são apresentados nas demandas, nos termos do art. 93, IX, da Constituição, o Poder Judiciário não deve possuir a última ou única palavra sobre o sentido da Constituição.⁷⁵

Nesse sentido, entendeu que cada decisão proferida encerraria exclusivamente uma fase de uma rodada procedimental discursiva, que poderá ser aberta a qualquer momento, desde que novos argumentos sejam apresentados e que sejam suficientes para a superação do ponto anteriormente fixado.

⁷⁵ *Ibidem*.

Para reforçar o argumento da manutenção da supremacia judicial, o relator afirma ainda, que nas hipóteses em que se vislumbra lei ordinária superadora de entendimento jurisprudencial da Corte que venha a colidir frontalmente com o entendimento do Supremo, possui *presunção de inconstitucionalidade* (STF, 2016, p. 30)⁷⁶. A ideia da presunção da inconstitucionalidade da lei ordinária superadora somente reforça nosso argumento de que a aplicação da Teoria dos Diálogos Institucionais, a partir dos limites trazidos no voto, estabelece como pano de fundo a própria supremacia judicial em sentido forte.

Para verificar se o Congresso Nacional observou os *critérios de validade da lei superadora*, por ele estabelecidos, Fux passou a analisar razões apresentadas no projeto de lei. Em virtude disso é importante verificar quais as razões apresentadas pelo Legislativo para a edição da Lei n. 12.875/2013, constante no Projeto de Lei que versa acerca das regras que regulamentam a distribuição do direito de antena e o acesso ao fundo partidário não alcançariam as agremiações criadas no curso da legislatura⁷⁷:

[...] referidas normas efetivamente não alcançam os casos de migrações partidárias (ainda que por justa causa) que possam ocorrer durante a legislatura e que, assim, afetam a previsibilidade institucional da distribuição do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, causando, com efeito, insegurança jurídica tanto para os partidos políticos existentes, como para aqueles que vierem a existir (novos ou decorrentes de fusão ou incorporação). Aos primeiros, porque mergulham numa batalha entre si; aos segundos, porque não têm certeza do direito em questão e porque submetidos à mesma batalha.

[...]

Mediante a regulamentação da matéria, conforme prevê a Constituição (“Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” – CF/88, art. 17, § 3º), ter-se-á a perenidade do partido enquanto instrumento do pluralismo político, permitindo, com segurança, exercer os seus preceitos e fruir do seu resultado das eleições.

O mandamento constitucional, segundo o qual os partidos políticos têm direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, estará garantido na distribuição dos 5% (cinco por cento) do fundo partidário, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, bem

⁷⁶ Esse entendimento, inclusive, foi o expressado por Rodrigo Brandão “Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal com norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição”. (BRANDÃO, 2012, p. 279).

⁷⁷ Importante verificar que, ao final, o que vai determinar a inconstitucionalidade da lei declarada pelo Supremo, a partir dos critério estabelecidos pelo ministro, diz respeito não ao ato normativo que se está analisando em si, mas a declaração de inconstitucionalidade decorre da análise das (novas ou não) razões apresentadas no processo legislativo.

na distribuição igualitária, entre todos os partidos e coligações, do 1/3 (um terço) do horário reservado à propaganda de cada eleição. Quanto ao migrante, nada lhe será tolhido, eis que assegurada sua prerrogativa do pleno exercício parlamentar.” (grifos no original). (BRASIL, 2012, p. 3).

Fux, após afirmar verbalmente que são razões vazias para permitir a superação do entendimento firmado anteriormente pelo Supremo, conclui que as razões para a lei 12.875/2013 estavam assentadas nos seguintes argumentos, apresentados pelo Deputado Federal Edinho Araújo (PMDB/SP):

Da leitura da justificção, extraem-se 5 (cinco) fundamentos para legitimar o PL n° 4.470/2012: (i) as migrações que ocorrem durante a legislatura vulneram a previsibilidade institucional na distribuição dos recursos dos fundos partidários e do horário de propaganda, em consequência, (ii) essas alterações geraram um cenário de insegurança jurídica, (iii) a medida legislativa visa a valorizar os partidos políticos, de modo a evitar disfunções no sistema partidário, (iv) perenidade do partido enquanto instrumento do pluralismo político, e, por fim, (v) o art. 17, § 3°, da Constituição restaria observado com a distribuição equitativa dos 5% dos recursos do fundo partidário e do 1/3 do horário de propaganda eleitoral.⁷⁸ (BRASIL, 2016, p. 33).

Decide o relator que os argumentos apresentados não são suficientes para superar aqueles apresentados pelo Ministro Dias Toffoli, quando da apreciação das ADIs 4.430 e 4.795:

Todos esses argumentos não são capazes de infirmar, a meu sentir, a tese jurídica fixada nas ADIs n° 4.430 e 4.795. Naquela assentada, o Tribunal asseverou que o art. 17 da Constituição, que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos, tutela, igualmente, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se essa representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.⁷⁹ (BRASIL, 2016, p. 34).

No mesmo sentido, afirma que as razões apresentadas no Projeto de Lei que tramitou no Senado Federal (PLS n. 41/2013) também não foram suficientes para apresentar novas razões suficientes para superar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs anteriores.⁸⁰

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ O ministro cita as razões apresentadas pelo Senado: “O que esse projeto pretende é evitar que as migrações ocorridas no decorrer de uma legislatura possam alterar a distribuição, seja da quota do fundo partidário, seja do tempo de rádio e televisão, para preservar o resultado das urnas. O acesso dos partidos a esses recursos públicos será dependente, única e exclusivamente, da vontade do eleitor, que confere aos diferentes partidos políticos o tamanho de suas bancadas que os representam na Câmara dos Deputados. As migrações que ocorrerem entre uma eleição e outra não afetam essa distribuição. Basicamente, prestigia-se o princípio do voto popular na determinação da força de cada partido no Congresso Nacional.”, concluindo que essas razões já haviam sido analisadas pelo Supremo, razão pela qual não seriam suficientes para mudar o entendimento já expressado anteriormente (ADIs 4.430 e 4.795), (STF, 2016, p. 33-34).

Ao citar que o entendimento estabelecido pela nova lei superadora, o ministro afirma que já houve enfrentamento pelo Supremo sobre a matéria e que regulamentando de forma diversa, em verdade, o Congresso estaria estabelecendo não um diálogo, mas um monólogo institucional⁸¹. Inclusive, mais adiante, citando o ministro aposentado Sepúlveda Pertence, afirma que a atuação legislativa representou um comportamento “atentatório à dignidade do Supremo Tribunal Federal” (STF, 2016, 1’28’’30). Percebe-se, portanto, que para além de ter sido o próprio Supremo que estabeleceu os critérios de validade do diálogo, ter selecionado à sua conveniência as razões apresentadas pelo Congresso, também assume para si a capacidade de afirmar quais posturas são dialógicas ou não dialógicas.

Assim, conclui o ministro relator que, por não haver novas razões apresentadas no projeto de lei que tramitou tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal, que fossem suficientes para superar o entendimento anterior do Supremo, “[...] a inconstitucionalidade chapada da nova legislação é autoevidente” (STF, 2016, p. 29), ficando mantido posicionamento da Suprema Corte já fixado anteriormente, impedindo, assim, a ocorrência da *override* pelo Congresso Nacional.

Após a identificação da impossibilidade da superação do entendimento pelo Congresso, passou o ministro a apresentar a sua leitura de qual deve ser o tratamento dado à matéria:

Além dos argumentos até aqui aduzidos, acredito que o reconhecimento da invalidez jurídico-constitucional das normas insertas na Lei nº 12.875/2013 se impõe como forma de salvaguardar as condições de funcionamento das instituições democráticas. Justamente por isso, a restrição imposta pela lei às novas legendas criadas no curso da legislatura justifica a adoção de uma postura mais incisiva da Suprema Corte: cuida-se de exemplo acadêmico de hipótese em que os donos da bola procuram inviabilizar os canais de acesso e de participação daqueles que estão fora do jogo democrático. Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias [...]. (STF, 2016, p. 43).

Ao final, retoma os argumentos apresentados classicamente para sustentar que a última palavra, principalmente quando se está diante de regulamentação de questões relacionadas ao sistema eleitoral (pois estes legislariam em favor de seus próprios interesses), deve pertencer ao Supremo Tribunal Federal que está fora do sistema representativo e possui imunidade quanto às interferências da política (STF, 2016, p. 49).

⁸¹ Essa passagem não consta do voto escrito, mas de complementação verbal à leitura do voto (1’17’’01 da seção de julgamento).

A crítica que a presente pesquisa busca desenvolver está relacionada aos argumentos retóricos e de fundamentação das decisões, que se apropriam de argumentos-álíbis para atribuir uma aparente legitimidade às decisões. Embora o ministro tenha apresentado a teoria dos diálogos constitucionais, a última palavra ainda permanece com a Corte. Fux apenas afirmou que os argumentos apresentados pelos parlamentares não foram suficientes para superar o entendimento ora fixado, estabelecendo uma verdadeira relação de embate com a casa legislativa, promovendo a supremacia judicial e o juriscentrismo.

Por sua vez, o ministro Luiz Edson Fachin, divergindo do voto apresentado pelo ministro relator, afirma que a decisão legislativa em estabelecer a fixação do acesso ao fundo partidário e ao direito de antena ao partido e não ao candidato que migra para novos partidos, representaria uma manifestação legítima do Poder Legislativo, pois feita dentro do seu espaço de competência (STF, 2016, p. 83). Assim se manifesta o ministro Fachin:

[...] **se há posições igualmente respeitáveis** (sob o ponto de vista jurídico) quanto ao direito ou à garantia que deve preponderar nessa análise: se o direito de igualdade material entre os partidos criados, fundidos ou incorporados, por força do caput do art. 17, CF ou o que prestigia o sistema político partidário, a fidelidade partidária (§1º do art. 17, CF), a partir da compreensão do direito dos partidos constituídos às cadeiras por ele conquistadas nas eleições proporcionais e cujo ocupante migra para outra agremiação – **e se a Constituição atribuiu a tarefa de regulamentar o §3º do artigo 17 (que trata da divisão do tempo de antena e acesso aos recursos do fundo partidário) à lei, como poderia a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade da opção do Legislativo se ela não é teratológica, mas decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (tão válidas que sufragadas pela própria Corte em tempos muito recentes sem que tenha havido alteração na base fática ou normativa) ainda que não reflitam a posição mais moderna (mas não unânime da Corte)?** Pode o Judiciário sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo?

Nesse caso, parece-me adequado, do que até aqui se viu, que a Corte exercite a autocontenção (STF, 2016, p. 83, grifos no original).

Por outro lado, o ministro Fachin, adotando uma postura de autocontenção, afirma inclusive que a escolha legislativa veio em consonância com o entendimento firmado pelo próprio STF, quando do julgamento das ADIs 3999 e 4.086, MS 26.603, 26.602 e 26.604. Razão pela qual deveria o Supremo adotar uma postura de autocontenção, permitindo que o Poder Legislativo realizasse suas escolhas nos limites de sua competência institucional (STF, 2016, p. 83). Nestes termos, a posição do ministro Fachin se aproxima da proposta indicada pela Teoria dos Diálogos Institucionais, posto que reconhece a possibilidade de o Congresso, aderir ou não às razões anteriormente estabelecidas pelo Supremo. Seu voto é direcionado em analisar as razões e o espaço de conformação da atuação do Poder Legislativo, não

reconhecendo presunção de inconstitucionalidade quando tende a superar entendimento firmado em sede jurisprudencial.

Quando do início da apresentação do seu voto, o ministro Barroso apresentou as seguintes considerações:

Eu penso que a democracia contemporânea deve ser apreciada em três dimensões. A primeira dimensão é a do voto, materializada na democracia representativa. A segunda dimensão é a dos direitos fundamentais, materializada na democracia constitucional. E a terceira dimensão é a das razões, materializada na democracia deliberativa, na democracia que já não se faz apenas no momento eleitoral, mas mediante um debate público constante de oferecimento de argumentos, de troca de ideias em diferentes fóruns. Esta questão trazida pelo Ministro Luiz Fux suscita, a meu ver, duas dimensões importantes da democracia: a dimensão representativa, no que diz respeito aos partidos políticos, e a dimensão do oferecimento de razões, no que diz respeito à superação de um precedente do Supremo Tribunal Federal. (STF, 2016, p. 87).

A respeito dos diálogos institucionais, passou a considerar que:

A segunda discussão trazida pelo voto do Ministro Luiz Fux, e que me parece essencial no debate constitucional contemporâneo, diz respeito à dualidade supremacia judicial e diálogos institucionais. Na visão tradicional, prevalece a ideia de supremacia judicial, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra na interpretação, isto é, na definição do sentido e do alcance da Constituição. Essa visão, no entanto, tem sido atenuada, cedendo espaço, a meu ver para bem, para uma ideia mais democrática, de diálogos institucionais. Nunca existe uma decisão final e definitiva. A matéria está sempre aberta ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional.

Os diálogos institucionais podem se concretizar por meio de diferentes comportamentos. Do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, eu pessoalmente tenho procurado fomentar o chamado apelo ao legislador, que é uma primeira versão dessa ideia de diálogos institucionais. Verificando que alguma matéria é malversada, mas que a correção depende de atuação do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal se manifesta neste sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser feita. Eu mesmo votei nesse sentido na questão relativa à perda de mandato. Eu entendo que está dito na Constituição com todas as letras, embora seja ruim, que a perda do mandato mesmo depois de condenação depende de deliberação da Casa Legislativa. **É péssimo uma decisão do Supremo estar sujeita à deliberação da Casa Legislativa, mas é o que está dito na Constituição.** Assim, ao votar no caso Ivo Cassol, afirmei expressamente que achava muito ruim essa solução e fiz um apelo a que o Congresso modificasse esse regramento.

Evidentemente, não pelo meu apelo, porque eu não tenho essa pretensão, mas a verdade é que o Senado Federal já aprovou essa modificação, que agora depende de aprovação pela Câmara dos Deputados. Portanto, uma primeira vertente do diálogo institucional é o apelo ao legislador. (STF, 2016, p. 89, g.n.).

Percebe-se do voto de Barroso que, embora faça defesa sobre os ganhos que os diálogos possam gerar sobre o processo de construção do significado da Constituição, ao citar exemplo, clama que haja mudança da legislação pelo Congresso, para que a última palavra seja do próprio STF quando da existência de decisão sobre a perda de mandato.

Barroso defende, em seu voto, haver três vertentes dos diálogos institucionais. A primeira seria o apelo do Supremo ao Congresso para que haja a modificação legislativa que possui, no entender da Corte, matéria malversada (como no caso da dependência da autorização da Casa Legislativa para cancelar decisão do Supremo quanto ao perdimento de mandato do parlamentar). Uma segunda vertente do diálogo seria a devolução da matéria ao Congresso, como ocorreu no caso de desaposentação, em que o ministro Barroso propôs solução ao caso que produziria efeitos em 180 dias, a menos que o Congresso regulamentasse a matéria. A terceira vertente dos diálogos se daria pela lei superadora da jurisprudência do Supremo, seja por emenda constitucional ou lei ordinária, desde que existente mais de uma interpretação constitucional possível e válida. Entretanto, a regra geral do diálogo deveria se dar por elaboração de Emenda Constitucional, como na hipótese de criação de taxa municipal de iluminação pública, também na progressividade das alíquotas de IPTU e na cobrança de contribuição previdenciária de inativos⁸² ⁸³. Para o ministro, quando a superação jurisprudencial se dá por meio de Emenda Constitucional, a última palavra deve pertencer ao Legislativo⁸⁴ (STF, 2016, p. 107).

Ademais, faz a ressalva de que, uma vez não violada cláusula pétrea, deve prevalecer o entendimento fixado na Emenda Constitucional superadora (STF, 2016, p. 91). Sobre a possibilidade de superação do entendimento jurisprudencial por lei ordinária, o ônus argumentativo do Congresso estaria multiplicado:

⁸² Importante destacar que a preferência do ministro Barroso pela realização dos diálogos institucionais por Emendas Constitucionais, citando exemplos dessa relação possui um ponto bastante característico. Em todos os casos citados, de matéria tributária, justamente por conta do princípio da legalidade, a problemática que encerrava o debate era tão somente se a legislação constitucional autorizaria ou não a criação de mencionados tributos. Logo, a questão do debate sobre as razões políticas, institucionais ou sociais para a regulamentação dos mencionados tributos não teria, nestes casos, profunda relevância diante da questão relacionada a reserva legal. Em outras palavras, não importaria se estávamos diante de convergência ou divergência de razões entre Legislativo ou Judiciário sobre a criação dos tributos, mas tão somente a existência de lei ou não constitucional que regulamentasse a matéria. Portanto, não se apresenta como um bom exemplo de diálogos institucionais, pois o que se está em jogo não são os conflitos de razões de fundo, mas sobre a autorização legislativa.

⁸³ O ministro Gilmar Mendes, afirma que não se impressiona se a provocação do legislativo, vem por meio de lei ordinária ou emenda constitucional. Afirma que existem inúmeros exemplos de leis que revisaram a jurisprudência do Tribunal, que foram validadas ou não considerando ou não considerando a jurisprudência da Corte (STF, 2016, p.184.). Portanto, a existência de leis superadoras que são levadas a apreciação de sua constitucionalidade pelo Supremo não reclamam, em todas as oportunidades, reflexões sobre a existência de diálogos entre as instituições e a análise dos fluxos e influxos de razões. O ministro traz como elemento a ADI, 3.773, que cuidava da questão dos professores, da aposentadoria, a Lei nº 11.301, que contrariava o entendimento firmado pelo Supremo na súmula 726. (STF, 2016, p. 185).

⁸⁴ Ao realizar tal afirmação, o ministro volta ao raciocínio da existência de uma última palavra. Que a depender da forma e da matéria tratada, deve pertencer ao Judiciário ou ao Legislativo. Portanto, conforme já desenvolvido no segundo capítulo, quando se busca adotar uma postura dialógica no processo decisório, não haveria que se falar na existência de uma última palavra. Mas esse parece ser o pano de fundo da sustentação do ministro Barroso.

Por outro lado, para se mudar uma interpretação do Supremo Tribunal mediante lei ordinária, o ônus argumentativo pesará sobre o Congresso com força multiplicada. E aqui nós caímos na dimensão específica da democracia deliberativa, de oferecimento de razões, a que eu me referi no início. Para que o Congresso supere, mediante lei, uma interpretação do Supremo Tribunal Federal, precisa demonstrar que existe mais de uma interpretação razoável do assunto compatível com a Constituição, bem como oferecer as razões pelas quais está optando por outra, distinta da adotada pelo Judiciário. Quando isso acontecer, eu acho que a palavra final, a prevalecer, deve ser a do Congresso, porque decisão política em uma democracia deve ser tomada por quem tem voto, **salvo se a Constituição impuser diferentemente**. (STF, 2016, p. 91, g.n.).

A questão incontornável que se coloca: quem irá determinar se a Constituição impõe de forma diversa?

Para além dos critérios para verificação da legitimidade do diálogo proposto por Fux, Barroso adere à necessidade da novidade nas razões e acresce o requisito “demonstração da existência de mais de uma interpretação possível do texto constitucional”, que será avaliado pelo próprio Supremo.

Quanto ao mérito, Barroso afirma que as razões existentes no voto superado (proferido a partir da relatoria do ministro Dias Toffoli) de que haveria desequiparação entre “a incorporação e a fusão de partidos políticos permitem o acesso ao tempo de televisão, mas a criação de novas agremiações não”. (STF, 2016, p. 92). Além disso, o STF já havia decidido pela “inviabilidade de aplicação do critério do desempenho eleitoral para o caso de criação de novas legendas partidárias”. (STF, 2016, p. 92). Portanto, seria necessário retomar o equilíbrio já estabelecido pelo Supremo.

Portanto, analisando os votos dos ministros Fux e Barroso, podemos afirmar que para os formatos de diálogos estabelecidos entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, principalmente quando o movimento legislativo for no sentido de criação emendas constitucionais ou leis ordinárias superadoras da sua jurisprudência, os seus requisitos de validade são os seguintes:

- (I) *Reversão jurisprudencial* via emenda constitucional, a sua invalidação pelo Supremo somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, (FUX)
- (II) O projeto de lei venha acompanhado de novas razões que sejam suficientes para superar o entendimento firmado pelo Supremo, na jurisprudência superada; (FUX e BARROSO)
- (III) Haja possibilidade de mais de uma interpretação possível e constitucionalmente adequada da matéria novamente legislada (BARROSO).

O ministro Teori Zavascki passou a considerar, em seu voto, que havendo fundamentos importantes, baseados em valores e princípios constitucionais tanto pela constitucionalidade, quanto pela inconstitucionalidade da lei, haveria necessidade de se observar o princípio da reserva legal, com base no art. 17, § 3º, da Constituição. Na medida que a matéria deveria ser decidida pelo Poder Legislativo. (STF, 2016, p. 114).

Verifica-se que o ministro Zavascki se perfila ao entendimento fixado pelo ministro Fachin, quanto ao comportamento de autorrestrição do Tribunal, deixando que a matéria seja decidida, ainda que contrariando o entendimento sobre a melhor interpretação (mas, ainda interpretação constitucionalmente adequada) ao Poder Legislativo. Contudo, como veremos, isso ocorre tão somente à primeira vista do voto, que embora se concilie quanto ao resultado do voto do ministro Fachin, diverge quanto aos fundamentos para o resultado. Apresenta as seguintes considerações:

Ora, dos debates ficou evidenciada a razoabilidade, a conveniência e a legitimidade da escolha que o legislador fez quando editou os preceitos normativos que estão aqui discutidos. Essa escolha tem a seu favor fundamentos importantes e relevantes, fundados em valores muito estimados pela Constituição, da mesma forma como existem, e como o Tribunal entendeu que existiam à época, fundamentos em sentido contrário. Se há fundamentos igualmente importantes - o Ministro Fachin colocou isso claramente no seu voto - em ambos os sentidos, seria razoável que o Supremo Tribunal Federal inibisse uma das escolhas feitas pelo legislador? Esta é a pergunta. No meu entender, não. No meu entender, se há fundamentos relevantes, todos de mesma hierarquia constitucional, em sentidos diferentes, não se pode, em princípio, inibir a escolha de um deles pelo legislador. (STF, 2016, p. 114).

Importante observar que o entendimento do ministro também adere ao argumento apresentado pelo ministro Barroso, quanto a necessidade de que a decisão legislativa, esculpida na lei superadora, ainda que divergente do entendimento do Supremo, deve se adequar às possibilidades interpretativas dadas a partir da Constituição. Nesse sentido, a postura de autorrestrição vem acompanhada de uma análise, feita pelo Supremo, de adequação interpretativa também. Por esse mister, sustentamos que a última palavra, não sobre o conteúdo decisório, mas sobre a possibilidade de revisão, ainda permanece com o Supremo, sendo que o Legislativo somente poderá decidir por último, caso o Supremo entenda que ele decidiu de forma constitucionalmente adequada, e este juízo pertence ao Tribunal.

Ainda que o ministro Zavascki entenda que a Lei que regulamentou o direito de antena fosse constitucional, por seus fundamentos de origem, manifestou entendimento de que a possibilidade de revisão da jurisprudência do Supremo, pela via ordinária, não se apresenta legítima:

Restaria, Senhor Presidente, o argumento importantíssimo da questão da institucionalidade, tão profundamente, tão ricamente explorado na parte inicial do voto do Ministro Luiz Fux. Ou seja, até que ponto é legítimo ao legislador, por lei ordinária, modificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? Esta é a pergunta. Eu concordo inteiramente com o Ministro Barroso quando afirma que, em princípio, essa modalidade de revisão da jurisprudência do Supremo por via ordinária não é legítima, sob pena de se submeter a decisão do Supremo à revisão do legislador ordinário. (STF, 2016, p. 115).

Assim, o que justificaria a possibilidade da revisão da jurisprudência do Supremo por via de lei ordinária, não seria tão somente diante das escolhas constitucionalmente possíveis a serem feitas pelo legislador, diante do princípio da reserva legal. Acresce, o ministro, uma circunstância casuística e temporal, que estaria relacionada à “[...] proliferação anárquica do número de partidos políticos, com todas as consequências nefastas que todos os dias, aqui mesmo, estamos apontando”. (STF, 2016, p. 115).

Percebe-se, portanto, até mesmo um conteúdo consequencialista no voto de Zavascki, na medida em que vota em um sentido vislumbrando a modificação de resultados práticos (inibir a multiplicação de partidos), sem manifestar com isso, uma preocupação em estabelecer um comportamento de auto-contenção do Supremo. Assim, ao decidir pela constitucionalidade, pelos fundamentos apresentados, o fez mais por concordar com os resultados práticos da lei (não incentivar a criação de novos partidos políticos), do que reconhecer a legitimidade do Congresso em superar o entendimento firmado pelo Supremo, via lei ordinária, que, inclusive, não reconhece a legitimidade.

No que se refere ao voto da ministra Rosa Weber, afirma-se relevante, sobretudo, quanto aos fundamentos do presente trabalho, pois, ao justificar que acompanhará o ministro relator, afirma que o fará porque somente teve acesso ao seu voto no dia da sessão de julgamento. Essa informação não consta no voto escrito, mas está disponível na gravação da sessão de julgamento. Assim, afirma que, embora estivesse inclinada a pedir vista dos autos, diante do voto do ministro Fachin, acompanhou o voto do ministro relator diante da necessidade de julgamento da matéria em caráter de urgência. (STF, 2016, 2’47’’30).

Nessa esteira, a partir das questões institucionais indicadas ainda na capítulo 3, que impedem o desenvolvimento de uma cultura deliberativa no plenário do Supremo, observa-se que a não disponibilização dos votos dos pares com prazo razoável para leitura e reflexão pode afetar, para além da própria deliberação, o resultado do julgamento.

Na sessão de julgamento, o ministro Dias Toffoli apenas afirma que acompanha o voto do ministro relator, fazendo juntar seu voto. Em suas razões, Toffoli afirma que “[...] [r]essalto

que não vejo razões para rever o posicionamento exposto por mim no julgamento daquelas ações diretas de inconstitucionalidade, o qual reitero neste voto”. (STF, 2016, p. 123).

Em seu voto, o ministro Dias Toffoli não trata diretamente a respeito da legitimidade das leis superadas da jurisprudência do Supremo. Mas ao afirmar que não verifica razões para mudar seu entendimento, podemos concluir que: (i) não verifica legitimidade na superação da jurisprudência via processo legislativo; ou (ii) que não existem novas razões de fato e de direito que justificassem a mudança do seu entendimento. Assim, ainda que de maneira precária, podemos ser levados a compreender que Toffoli se perfila ao entendimento já traçado por Fux e Barroso de que haveria necessidade de se vislumbrar novas razões que fosse suficientes para superar o que o Supremo já havia decidido, naquilo que Barroso compreendeu como espaço da “democracia deliberativa” ou das razões.

Dada a palavra à ministra Cármen Lúcia, esta afirma que embora tenha sido voto vencido na ADI 4430/DF3 e 4795 MC/DF4, juntamente com o ministro Joaquim Barbosa, vota acompanhando o ministro relator apontando uma questão institucional, ao manter o entendimento do Supremo sobre a matéria (STF, 2016, p. 154).

O que mais interessa no voto da ministra Cármen Lúcia diz respeito ao entendimento de que não teria ocorrido, entre o julgamento das ADIs 43 e ADI 5105, modificações de circunstâncias fático-políticas que pudessem alterar o entendimento firmado pelo Supremo, razão pela qual sua autoridade quanto ao resultado deveria ser mantida. Com efeito, ainda que, em sua convicção, discorde quanto ao resultado do julgamento, a manutenção da Supremacia Judicial sobre o julgamento da matéria, direito de antena, sobressai ao próprio resultado que a ministra discorda. A autoridade do Supremo deve, segundo a ministra, permanecer, independentemente do resultado. (STF, 2016, 155).

Afirma a ministra:

A despeito, portanto, do que penso ser legítimo e que declinei no voto proferido naquele outro julgamento, tendo, como antes afirmado, ficado vencido pela maioria, por respeito à instituição do Supremo Tribunal Federal e à decisão agora contrariada por uma lei ordinária, sem que me tenham sido apresentadas razões para uma outra interpretação constitucional, considero válidas as considerações postas no voto do Ministro-Relator, o Ministro Luiz Fux, no sentido de que não haveria porque descumprir o que foi o fundamento da decisão final do julgamento do Supremo Tribunal Federal. Eu não posso dar como correta, sob o ponto de vista da institucionalidade, esta legislação tal como foi feita. Eu estou explicitando em meu voto, Presidente, esta questão da vinculação, embora não vinculante, mas da vinculação, em um sistema que adota o princípio da separação de poderes, permite. Estou de inteiro acordo que haja, claro, pela harmonia dos poderes, diálogos institucionais. Mas, nem em casa, nem nas instituições, menos ainda entre os poderes do Estado, eu acho democrático bate-boca que acaba sendo isso. Um diz uma coisa,

outro diz outra em sentido contrário, como se não tivesse essa relevância. Isso tudo me leva, portanto, a votar no sentido da procedência [...] (STF, 2016, 2'53''48).

Da leitura do voto da ministra Cármen Lúcia, o que observamos é que a análise da validade sobre aquilo que é "diálogo" ou "bate-boca" institucional é direcionado à manutenção da autoridade do Supremo. E, portanto, para comprovar nossa hipótese, atribuir ao Supremo o poder para "catalisar as razões" e "presidir o diálogo" abre caminho para a manutenção da sua supremacia, nos termos dos votos até aqui apresentados.

O próximo ministro a apresentar seu voto foi Gilmar Mendes. Mendes inicia seu voto afirmando que "[...] o legislador fez essa reavaliação, tendo em vista reflexões que vêm de todo lado, críticas a propósito dessa temática" (SFT, 2016, p. 184). Nesse sentido, dá indícios iniciais de que para ele, a validade da superação da jurisprudência pela via legislativa também está atrelada ao que Fux e Barroso apresentaram como "novas razões de fato e de direito como suficientes para superar o entendimento firmado pela Corte"⁸⁵.

Quanto a impossibilidade de existência de um última palavra no campo da interpretação constitucional, Mendes faz as seguintes considerações:

[...] É curioso também que, no próprio campo hermenêutico, o professor Peter Häberle diz, seguindo num texto que é magnífico e que já foi, creio, traduzido para o português, *Zeit und Verfassung* (Tempo e Constituição). Ele diz que vivemos um dilema porque, diz: nós partimos de uma aproximação em relação a uma dada interpretação, que se chama de pré-compreensão, e depois chegamos a um resultado dessa interpretação. Depois de todas essas avaliações, as mais complexas possíveis, chegamos a um resultado, que ele chama de pós-compreensão. E ele diz: depois de todo esse debate, a pós-compreensão é a pré-compreensão do futuro, portanto, voltamos ao processo. Veja que interessante. Por isso, não há essa coisa da última palavra ou da palavra que prevalece nesse processo extremamente complexo. (STF, 2016, p. 185-186).

Evidentemente que o processo interpretativo de construção do sentido da norma constitucional, como já denunciado por diversos teóricos (entre eles Kelsen, Herbert A. L. Hart, Robert Alexy), há impossibilidade de encerramento da norma no texto, diante da própria abertura semântica da linguagem. Outrossim, verificou-se incontornável que o processo interpretativo migrasse do espaço da semântica, sujando-se nos dados pela pragmática. Diante

⁸⁵ No decorrer do voto, Mendes apresenta as mudanças apresentadas entre a decisão de 2012 e o momento da votação da presente ADI (2016): "Então, a mim me parece que, a rigor, não há nada de novo quanto a esse fato. A rigor, é uma reavaliação que o legislador faz calcado na experiência colhida e veja que, nessa esfera, sobretudo - claro que o mundo está numa prodigiosa transformação -, nesses últimos anos, temos tido mudanças enormes. A decisão nossa foi de 2012 e já se percebe que, de alguma forma, envelheceu, porque não são poucas as críticas que se vêm fazendo a esse processo de criação, transformação de partidos e manipulação desses privilégios que a legislação muito justamente outorga aos partidos, mas que têm sido objeto de muito abuso, como se tem destacado". (STF, 2016, p. 186).

da ideia de que a realidade informa a interpretação, evidentemente que a interpretação é datada e temporal. Mas não se está, aqui, pensando exclusivamente sobre o processo temporário da interpretação, mas sobre a possibilidade de que as decisões tomadas pelas instituições sejam tomadas de forma dialógica e interinstitucional.

Não obstante, o que marca o voto do ministro Mendes diz respeito aos efeitos práticos da validade da legislação, que se apresentaria como uma espécie de não incentivo à criação de novos partidos. Portanto, para além de se pensar a possibilidade de superação do entendimento fixado pelo Supremo, a legislação deveria prevalecer por conta dos seus efeitos pragmáticos. Em vista disso é que se vislumbra, à semelhança da decisão do ministro Fachin, uma aceitação dos efeitos práticos da Lei para se justificar sua constitucionalidade⁸⁶.

Por conseguinte, podemos concluir do voto do ministro Gilmar Mendes que, embora sua razão de decidir esteja calcada na preferência pelos resultados que a lei, uma vez declarada constitucional, produzirá, se junta aos ministros Fux e Barroso para afirmar que o contexto normativo da realidade que o Tribunal vivia em 2016 (na oportunidade de julgamento da ADI) permitia compreender que novas razões se apresentam para superar o entendimento firmado anteriormente pelo Tribunal. Nesse sentido, a razão para a possibilidade da superação estaria estabelecida na existência de razões de fato e de contexto histórico⁸⁷ para se permitir superar o entendimento firmado quando do julgamento das ADIs 4430/DF3 e 4795 MC/DF4.

Em seguida, passou a votar o ministro Marco Aurélio de Mello, e em consonância com os votos dos ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes, logo no primeiro parágrafo, afirma que “[...] vejo com enorme simpatia todo e qualquer diploma legal que, de certa forma, venha a inibir a troca de partidos e a criação de novos, no que chegou no Brasil ao inimaginável [...]”. Marco Aurélio afirma que não pode reconhecer vício de forma quando o Poder

⁸⁶ Inclusive, seguiu o ministro afirmando que com a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto a manutenção do mandato parlamentar quando nas hipóteses de “notória perseguição, distorção do programa partidário e para fundar uma outra agremiação”, houve um abuso na utilização dessa válvula de escape, o que gerou uma distorção do sistema. Essa constatação é importante para se verificar que a razão de decidir do ministro está calcada nos resultados da decisão, sem analisar, como pano de fundo, que a matéria possa ser tratada pelo legislativo. Em outras palavras, caso a Legislação levasse para outro caminho (incentivo à criação de novos partidos), diante dessas razões apresentadas, o ministro poderia ir no caminho da declaração da sua inconstitucionalidade. Portanto, não se está em jogo a possibilidade de diálogos constitucionais, mas de concordância ou não quanto aos resultados produzidos pela atuação do Legislativo e do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁷ Inclusive, razões que sequer foram apresentadas pelos parlamentares para serem apreciadas pelo Tribunal “não fundamentos que o legislador trouxe-nos para apreciar, mas que decorrem do novo quadro normativo suficiente a declarar a constitucionalidade da norma”. (STF, 2016, p. 190).

Legislativo (STF, 2016, p. 191) edita lei que contraria entendimento firmado no Supremo, isso por força do disposto no art. 102, § 2º, e 103, § 3º⁸⁸.

Quanto à razão de decidir, afirma que haveria incongruência em admitir a criação de novos partidos, sem a consequência natural de participar no rateio do tempo de televisão e acesso ao fundo partidário. Nesse sentido, a alteração promovida pela lei conflita com a ideia de representatividade estabelecida na Constituição Federal, razão pela qual acompanhou o ministro relator para declarar inconstitucional a Lei. (STF, 2016, p. 192).

Neste termos, embora reconheça a possibilidade de alteração jurisprudencial, pela via legislativa, o ministro Marco Aurélio compreendeu que a legislação proposta ainda violaria norma constitucional, arrogando para o Supremo o poder para realizar o juízo final sobre a matéria. Importante notar que o ministro, ao declarar seu voto, não apresenta fundamentação a respeito do surgimento ou não de novas razões (no projeto de lei) que pudessem indicar caminho decisório diverso. Apenas afirma que o sistema representativo estabelecido na Constituição é incompatível com aquele estabelecido na lei, daí sua inconstitucionalidade.

O ministro Celso de Mello, em seu voto, afirma que existem razões para se decidir tanto pela declaração de constitucionalidade, quanto no sentido inverso. Entretanto, é necessário tratar a respeito da força normativa da Constituição, principalmente quando se está diante da perspectiva da legitimidade ou não da pretensão legislativa de impor interpretação constitucional que poderia representar anômala sentença legislativa, contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Razão pela qual caberia ao Supremo inibir a atuação abusiva do direito de legislar do Poder Legislativo. Isso para que leis do Parlamento não sejam criadas eivadas de inconstitucionalidade, principalmente quando vulneradoras e transgressoras do núcleo material e irreformável da Constituição. Inclusive, sendo o STF o guardião da

⁸⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Constituição, deve interpretá-la para protegê-la, garantindo-se a máxima eficácia possível. (STF, 2016, 3'26''13).

Assim, o que se observa é que o ministro Celso de Mello, ao direcionar seu voto, afirma que irá fazer juízo sobre o conteúdo essencial da Constituição, que se apresentaria inviolável. O que é importante chamar atenção diz respeito à afirmação quanto ao núcleo essencial da Constituição e da função do Supremo Tribunal Federal em apresentar os contornos de tal núcleo.

A decisão do ministro Celso de Mello vai no sentido de que cabe ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, determinar a observação para todos os Poderes a respeito das cláusulas pétreas. Portanto, das razões de seus votos, parece ser o único ministro que vota reconhecendo expressamente a manutenção da supremacia judicial quando do processo de interpretação constitucional, principalmente, quando diante da violação das cláusulas pétreas. Nesse sentido, segue votando o ministro:

[...] necessário manter-se, em sua integralidade, a própria força normativa da Constituição, que resulta na supremacia, material e formal, de que se revestem os princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade não de ser valorizados em face de sua precedência, autoridade e seu grau hierárquico. Cabe reconhecer e destacar que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional, derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente em sede de fiscalização normativa abstrata. Sendo de acentuar que função institucional de guarda da Constituição confere a esta Corte posição relevantíssima em sede de jurisdição em temas de exegese das normas no texto da Lei Fundamental. Isso tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta própria Corte, que adverte, nas palavras do eminente ministro Gilmar Mendes “[...] a não observância de decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição”. E essas considerações que faço, Sr. Presidente, enfatizam, em meu juízo, que não se pode minimizar o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional (STF, 2016, 3'29''39).

Conforme apresentamos nossas leituras no capítulo 1º, acompanhando as digressões históricas feitas por Rodrigo Brandão, quando da análise das “condições interpretativas” na década de 1990 a doutrina passou a desenvolver construções que ratificassem a força normativa da Constituição, o que, naquela oportunidade, buscamos afirmar que abriria espaço para o fortalecimento do Judiciário e sua expansão. Portanto, em consonância com aquela constatação inicial, o ministro Celso de Mello, buscando reclamar a supremacia judicial na interpretação constitucional, justifica seu voto alegando, exatamente, que o papel do Supremo seria manter a aplicação da Constituição, garantindo sua força normativa.

Ademais, para se utilizar do conceito de norma de direito fundamental adscrita ou derivada, desenvolvida por Robert Alexy (2008, p. 50), entende o ministro que as decisões do

Supremo seriam, em verdade, normas de direito constitucional, pois lhe afiança a própria normatividade, funcionando como garante da ordem constitucional. De outro norte, o ministro apresenta as seguintes considerações:

Entretanto, reconheço a importância da existência de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Embora eu entenda que o nosso sistema constitucional o Poder Legislativo não ostenta e nem pode ostentar a inadmissível condição institucional de revisor ou de instância de revisão de decisões que esta Suprema Corte tenha proferido em sede de controle de constitucionalidade. É claro, no entanto, como aqui já foi salientado, que a superveniência de relevantes situações de fato e/ou de direito pode legitimar a formulação, pelo Congresso Nacional, de legislação que, mediante reavaliação dos dados da realidade, venha a positivizar regras em sentido diverso da interpretação constitucional emanada do Supremo Tribunal Federal. O que não significará, presente esse específico contexto, recusa de aplicação ou observância da força normativa da própria Constituição. Mas também não impedirá esta Suprema Corte, ela própria, controle jurisdicional *a posteriori* da própria legitimidade constitucional do diploma legislativo, notadamente nos casos em que se desenhe hipótese de vulneração de cláusulas pétreas. (STF, 2016, 3'29''39).

Portanto, o entendimento do ministro Celso de Mello segue no sentido de haver possibilidade de legislação superadora, embora não reconheça a legitimidade do Congresso quanto a capacidade de revisão, admite nova legislação que confronte o entendimento da Corte, desde que (i) apresente novas razões de fato e de direito que legitimem a superação; (ii) não viole cláusula pétrea. Mas o detalhe importante diz respeito à ressalva que faz quanto à possibilidade de o Supremo realizar controle dessa atividade legislativa, posto que chama para o Supremo a última palavra sobre o acerto ou não da decisão legislativa.

Convém evidenciar que nos votos até aqui analisados, embora tratem acerca da possibilidade da existência de diálogos institucionais, caberá ao Supremo Tribunal Federal, validar, por último, se a decisão legislativa observou esses limites. Nesse aspecto, percebe-se a permanência de um sentido de última palavra, ainda que formal, do Supremo, porque ele se apresenta como fiscal do processo deliberativo, podendo dizer ao final se houve o seu respeito ou não. Ocorre, todavia, que o juízo a respeito da existência de “novas razões de fato e de direito” e a “violação ou não de cláusulas pétreas” termina por devolver ao próprio Supremo a última palavra sobre o sentido constitucional, promovendo a sua supremacia interpretativa da Constituição.

Ao final, o ministro Celso de Mello compreendeu que o contexto histórico-político em que se encontrava o Brasil, no momento da votação, era diferente daquele existente no momento da formação da jurisprudência superada. Portanto, haveria novas razões de fato e de direito que justificam a legitimidade do Congresso Nacional para legislar em sentido contrário

ao Supremo. Todavia, somente após a análise desses requisitos é que se poderia reconhecer sua constitucionalidade.

O que sobressalta no voto, também, é a fundamentação baseada em elementos pragmáticos, de tal maneira que as novas razões de fato e de direito a que se refere o ministro estão relacionadas ao resultado prático de retirar o incentivo à criação de novos partidos políticos. Em última análise, a razão de decidir não está calcada primordialmente no reconhecimento do espaço de atuação do Poder Legislativo, mas no resultado prático que a declaração de constitucionalidade produzirá no sistema político.

O último a votar, o ministro Presidente Ricardo Lewandowski, faz de imediato a ressalva de que tem profunda preocupação com o desenvolvimento do hiperpartidarismo no Brasil, caminhando o direcionamento do voto para análise dos resultados práticos da lei quanto a não gerar incentivo à criação de mais partidos, de tal maneira a enfraquecer o que chamou de hiperpartidarismo (STF, 2016, 194). Quanto a possibilidade de criação de leis superadoras da jurisprudência do Supremo, acentuou o ministro presidente:

Tenho também uma preocupação que foi manifestada pelo eminente Relator, Ministro Luiz Fux, com relação àquilo que Sua Excelência chama de atentado à dignidade da jurisdição. Também concordo com o nosso Decano que, embora exista um certo diálogo entre as instituições - isso modernamente se instaurou, como bem lembrou o Ministro Roberto Barroso, **em matéria de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra. Não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária.** (STF, 2016, p. 194, grifo nosso).

Portanto, textual e expressamente reconhece o ministro que a última palavra sobre o sentido Constitucional cabe ao Supremo Tribunal Federal, não reconhecendo legitimidade na criação de leis superadoras de seu entendimento. Entretanto, tendo em vista os resultados que a lei produziria⁸⁹ (não incentivar a criação de novos partidos), declarou a constitucionalidade da lei, por outro lado, argumentou que a atuação legislativa teria sido realizada dentro da razoabilidade.

⁸⁹ Neste sentido, decidiu o ministro: "E penso, eminente Ministro Luiz Fux, que não afronta de forma central a decisão que nós tomamos na ADI 4.430, aliás, tomada há mais de dois anos e meio, porquanto ela foi decidida, julgada no dia 29/6/2012. Nesses dois anos e meio, o substrato fenomenológico alterou-se fundamentalmente. Se já tínhamos um hiperpartidarismo, como eu o chamei - já o chamava quando era Presidente do TSE - hoje, não sei, nós temos uma aberração no plano partidário. A cada dia, surgem novos partidos com as designações mais bisonhas, e que são incompatíveis até com a seriedade, data venia, do ambiente político democrático". (STF, 2016, p. 195).

Apresentadas as razões dos votos e a antecipação de pontos críticos, passaremos na próxima seção a tratar das conclusões a que podemos chegar quanto ao tratamento dado aos Diálogos Institucionais no Supremo Tribunal Federal, ao menos no julgamento da ADI 5105/DF.

5.3.2 ADPF 709 - A análise da relação entre Supremo e o Poder Executivo na implementação de políticas públicas de proteção aos povos indígenas frente à pandemia da Covid-19

O último caso que iremos analisar diz respeito à medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 709, que teve como partes autoras a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil - PCdoB, Rede Sustentabilidade - Rede, Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista - (PDT). Foram admitidos, na qualidade de *amici curiae*, o Conselho Indigenista Missionário Cimi, Conectas Direitos Humanos - Associação Direitos Humanos em Rede, ISA - Instituto Socioambiental, Defensoria Pública da União, Movimento Nacional de Direitos Humanos - MNDH, Conselho Indígena Tapajós e Arapiuns e Comissão Guarani Yvyrupa (STF, 2020, p. 8).

Foi objeto da mencionada ADPF o requerimento dirigido às omissões do Poder Executivo no tocante ao combate à pandemia do Coronavírus que se instalou no mundo, bem como a cobrança de medidas de prevenção quanto ao risco de extermínio de diversas comunidades étnicas indígenas. Os requerentes sustentaram a ADPF nas ações e omissões do Poder Executivo⁹⁰ no combate à Pandemia, que implicaram em alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação aos seguintes direitos e garantias constitucionais: violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), direito à vida

⁹⁰ Assim constou no relatório do voto do ministro-relator: “No que respeita especificamente à presente ação, os requerentes imputam os seguintes atos comissivos e/ou omissivos ao Poder Público: (i) a não contenção de invasões às terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; (ii) ações imperitas do governo federal em matéria de saúde, com o ingresso, em terras indígenas, de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; (iii) decisão política da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e da Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas, remetendo-se os indígenas não aldeados (urbanos) ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas) e, aparentemente, deixando as demais tribos, que residem em terras indígenas pendentes de homologação, sem atendimento; (iv) não elaboração de um plano pormenorizado e concreto, que contenha uma estratégia de proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas.” (STF, 2020, p. 10-11).

(art. 5º, caput, CF), direito à saúde (artigos 6º e 196, CF) e direito de tais povos viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições (art. 231, CF) (STF, 2020, p. 9).

Como objeto dos pedidos formulados pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), em conjunto com a Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ e os partidos políticos acima referenciados, foi requerido que o Supremo determine ao governo federal: a) a instalação de barreira sanitárias em mais de 30 territórios onde vivem povos indígenas em isolamento voluntário ou de recente contato; b) retirada de invasores das terras indígenas; c) o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde; e) a elaboração de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas, a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), com o apoio da Fundação Oswaldo Cruz e da Associação de Saúde Coletiva (Abrasco) (STF, 2020, p. 3).

O objetivo da presente seção não é verificar o acerto ou erro da decisão em termos de seu conteúdo, mas limitar nossa análise no que se refere à relação dialógica existente entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo na implementação de políticas públicas, provocadas pelo Judiciário diante da omissão injustificável do Executivo.

A primeira questão que ganha relevo na presente análise diz respeito ao desenvolvimento da relação dialógica com novos atores, até aqui, não tratados diretamente, que são os povos indígenas. Quando tratamos da Teoria dos Diálogos Institucionais no terceiro capítulo, afirmamos que um ponto relevante na Teoria diz respeito à possibilidade de superação jurisprudencial via produção legislativa, seja por Emenda Constitucional, seja por Lei Ordinária. Essa questão ganhou relevo no momento em que analisamos, na seção anterior, o tratamento dado pelo Supremo ao tema, quando do julgamento da ADI 5.105, em que os ministros dedicaram grande parte de seus votos, analisando se o Poder Legislativo teria legitimidade para superar as decisões do Supremo via processo legislativo.

Neste contexto de disputa, a questão que ganhou centralidade foi o debate sobre os efeitos da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quanto aos efeitos vinculantes se estenderem ou não ao Poder Legislativo. O que se concluiu foi que o Poder Legislativo não está vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que a decisão tenha sido proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, embora não por unanimidade, a orientação do Supremo naquele acórdão foi no sentido de que haveria legitimidade na superação jurisprudencial pelo Legislativo desde que houvessem novas razões, de fato ou de direito, que

fossem suficientes para superar o entendimento firmado pela Corte e que a nova interpretação possuísse adequação constitucional (dentre as possíveis interpretações constitucionais possíveis e reconhecidas pelo Supremo).

Contudo, na votação da ADI 5.105 ficou patente que, embora não houvesse vinculação do Legislativo quanto às decisões do Supremo (com as ressalvas acima feitas), as esferas do Poder Judiciário inferiores ao Supremo e o Poder Executivo estariam vinculados às suas decisões. Neste contexto, é imperioso questionar se a manifestação jurisdicional do Supremo caracterizado pela sua força vinculante permitiria estabelecer uma relação dialógica em relação ao Poder Judiciário?

E para responder a esse questionamento é necessário verificar se os pressupostos teóricos de legitimidade democrática dos Diálogos Constitucionais foram cumpridos. E para isso é necessário considerar também que num modelo de separação de poderes, como no caso brasileiro, a promoção de políticas públicas compete prioritariamente ao Poder Executivo. Logo, a relação dialógica pode ser vislumbrada na implementação de direitos decorrentes da função prestacional do Estado, desde que verifica a existência de um projeto coletivo de construção da política pública, mediante a constatação de fluxos de razões.

É a partir dessa perspectiva que iremos analisar as razões apresentadas pelos ministros quando da apreciação da medida cautelar na ADPF de n. 709. Logo, fica justificada a possibilidade de se realizar a avaliação da ADPF n. 709 a partir da Teoria dos Diálogos entre Judiciário e Executivo. Ademais, há menção expressa pelo ministro-relator, Luís Roberto Barroso, quanto à possibilidade de existência de diálogos institucionais entre Supremo Tribunal Federal e Poder Executivo na implementação de políticas públicas (STF, 2021, p. 3).

O voto do ministro-relator, em sede de referendo de Medida Cautelar, especificou que as medidas concedidas foram:

[...] 8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão,

9. Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhadas na decisão.

Quanto aos povos indígenas em geral: 10. A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e

desenvolver um plano de desintração, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato. 11. Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas reservas estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral. 12. Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão. 13. Cautelar parcialmente deferida (STF, 2020, p. 16).

A cautelar foi concedida via decisão monocrática, razão pela qual retornou ao plenário do Supremo Tribunal Federal para apreciação dos demais ministros. Quanto à ideia de se estabelecer uma relação dialógica entre as instituições, o ministro relator afirmou que:

A decisão cautelar buscou, essencialmente, promover um **diálogo institucional** entre esta Corte e o Poder Executivo, de forma a possibilitar a construção de uma solução para a questão indígena que contasse com o apoio e a expertise deste poder. Buscou, ainda, estabelecer um **diálogo intercultural** entre Poder Executivo, Poder Judiciário e povos indígenas, prática que, além de ser determinada por documentos internacionais de que o Brasil é signatário, abre caminho para que os principais afetados pela política pública em questão possam contribuir para seu aperfeiçoamento. (STF, 2020, p. 16, grifos no original).

Informou, ainda, que após a concessão da medida cautelar a União: (i) instalou a Sala de Situação para tratar da questão sanitária relacionada aos Povos Indígenas, realizando reuniões; (ii) apresentou plano de instalação de barreiras sanitárias, pendente de exame pelo Supremo; (iii) realizou diversas reuniões do grupo de trabalho direcionado à formulação de um plano de combate ao enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas em geral. Afirmou, ainda, que referidas iniciativas ocorreram mediante a participação de representantes dos povos indígenas e de especialistas, técnicos e sanitaristas. (STF, 2020, p. 17).

Apresentado o contexto do desenvolvido da ADPF, o ministro-relator passou a tratar das premissas que guiaram seu voto. A primeira premissa foi direcionada a promover, com sua decisão, a proteção à saúde e a vida dos grupos indígenas, diante do risco de extinção de etnias, em respeito ao princípio da precaução e da prevenção (STF, 2020, p. 21). A segunda premissa ficou assentada no estabelecimento de diálogo institucional, uma vez que as políticas públicas

necessárias dependeriam diretamente da atuação da União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde e das Forças Armadas (STF, 2020, p. 21)⁹¹.

Neste aspecto, duas questões precisam ser levantadas:

a) A primeira diz respeito ao fato de o Poder Executivo ter promovido mencionadas medidas não por estabelecer, em conjunto com o Poder Judiciário, uma dinâmica virtuosa e voluntária de interpretação coletiva do texto constitucional. O que se observa é que, diante da omissão injustificada do Poder Executivo, houve o comando do Poder Judiciário para a tomada de medidas assecuratórias da saúde e vida dos povos indígenas em situação de vulnerabilidade. Portanto, o Executivo não levou razões ao Judiciário para estabelecer uma relação deliberativa de como melhor interpretar a Constituição. O que houve foi o cumprimento de ordem judicial diante da violação dos direitos e garantias fundamentais, o que implicou na prestação de informações no prazo de 48 horas pela Procuradoria-Geral da República e Advocacia-Geral da União, o que não deve ser interpretado como trânsito de razões com o objetivo de se alcançar a melhor interpretação do texto constitucional;

b) Diante do cumprimento da ordem judicial, nos limites estabelecidos na demanda (pedidos, sujeitos do processo e ordem judicial), a existência de cooperação entre os sujeitos da lide na implementação da ordem judicial está vinculado estritamente ao cumprimento desta e não ao processo coletivo de fluxos de razões entre instituições formais e não formais no processo de construção de um melhor significado constitucional. Nestes termos, quando a União promove “diversas reuniões do grupo de trabalho direcionado à formulação de um plano de combate ao enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas em geral” (STF, 2020, p. 17), está tomando medidas voltadas ao cumprimento de uma ordem judicial, frente a sua omissão prévia judicialmente reconhecida. Portanto o que há, na verdade, é a cooperação entre sujeitos do processo no cumprimento de tutela cautelar em sede de ADPF.

Assim, a relação dialógica estabelecida entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo se daria em termos de cumprimento à ordem judicial. Tendo em vista que dela decorreu comando para execução, inevitavelmente o cumprimento deste comando se daria pela atuação

⁹¹ Para referenciar a atuação dialógica entre os Poderes o ministro-relator citou a ida do Advogado-Geral da União em conjunto como ministro-presidente do Supremo, Dias Toffoli, até a região de fronteira do Brasil, oportunidade em que interagiram com uma comunidade indígena yanomami (STF, 2020, 21). Entretanto, distante daquilo que apresentamos aqui como Diálogos Institucionais, o ministro narra a realização de diligências para a constatação de circunstâncias fáticas, que não guarda relação de necessidade com posturas dialógicas entre poderes no processo de interpretação constitucional. Caso assim se proceda, qualquer interação existente entre os representantes dos Poderes ou qualquer diligência que se promova para além daquelas ordinárias, no processo adjudicativo, poderá ser interpretado como dialógico, esvaziando por completo a sua pretensão teórica e prática.

ativa do Executivo. E essa reação, no entendimento do ministro-relator, se estabeleceria a partir de uma relação dialógica, na medida em que se concederia prazos para a elaboração de planos para execução e posterior convalidação de seu cumprimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2020, p. 22).

Portanto, pouco se ganharia em reconhecer que o cumprimento da ordem judicial, diante da prévia omissão injustificável, poderia representar diálogos institucionais, ou mesmo, que a prestação de informações pelas autoridades representantes da requerida no prazo do comando judicial pudesse representar diálogos institucionais na forma como pensamos e abordamos no segundo três e quatro desta Tese.

Aqui, vale trazer novamente as considerações apresentadas ainda no quarto capítulo, quando tratamos da diferenciação entre a atuação das instituições externas nas Audiências Públicas e a atuação dos *amici curiae*. Naquela oportunidade, fizemos a ressalva de que a finalidade das audiências públicas era trazer ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal conhecimento epistêmico técnico, decorrente de especialidade profissional, artística, científica. Portanto, ao contribuir com o levantamento de questões desenvolvidas por *experts* teria o Supremo possibilidade de proferir decisão com ganho epistêmico de ordem técnica. Como resultado, de pouco ou quase nenhum ganho democrático, nos termos em que se busca defender nas Teorias dos Diálogos Institucionais.

Aqui o problema parece ser da mesma ordem, pois a atuação dialógica esperada pelo ministro-relator está direcionada às capacidades institucionais pertencentes ao Poder Executivo na implementação da ordem judicial dada pelo Supremo, diante da sua omissão injustificada. Porquanto, também pouco se ganha, em termos democráticos, em se pensar na mencionada relação como dialógica em detrimento do cumprimento de ordem judicial para a proteção de direitos e garantias de uma minoria que corre risco existencial.

Ainda, uma terceira premissa do voto estaria no reconhecimento de um diálogo intercultural, já que “[a]s comunidades indígenas têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas [...]”. (STF, 2020, p. 22).

Em relação à medida cautelar destinada à retirada imediata dos invasores das terras indígenas⁹², que segundo constou na própria inicial da ADPF chegaria a mais de 20 mil pessoas em só uma das terras protegidas, entendeu o ministro-relator que não poderia ocorrer em sede de medida cautelar, diante da impossibilidade de se resolver a problemática, que se prolonga por décadas, a partir de um “[...]estalar de dedos, com uma canetada [...]” (STF, 2020, p. 27). Para além disso, entendeu que a medida poderia implicar no acesso de forças policiais e militares e em conflitos armados, logo a concessão da medida traria mais riscos às comunidades indígenas. Assim, para tal desocupação, que seria um dever do Estado, seria necessário um plano mais complexo e longo, e que o cordão sanitário seria suficiente como medida emergencial. Entretanto, caso nenhum plano de desocupação fosse elaborado pelo Poder Executivo, caberia ao Supremo retomar o tema. (STF, 2020, p. 27).

Por esse mister, o diálogo institucional vislumbrado pelo ministro-relator estaria na tomada de uma decisão auto-restritiva do Supremo, dando oportunidade ao Executivo na elaboração de um plano, com recursos e cronograma próprios, a desinstrução. (STF, 2020, p. 28).

Nesse contexto da decisão, importante realizarmos duas distinções: (a) a primeira diz respeito à inexistência de qualquer potencialidade deliberativa quando se vislumbrou que a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República prestaram esclarecimentos nos autos, após comando dado pelo relator. Ainda que em seu voto, o ministro relator tenha indicado a presença de uma relação dialógica, tendo inclusive o Advogado-Geral da União se dirigido ao local em que se desenvolvem os conflitos da demanda, mencionada reação institucional representa tão somente o cumprimento de uma ordem judicial. O mesmo podemos afirmar em relação ao cumprimento da medida liminar quanto a criação da Sala de Situação, o estabelecimento de Cordões Sanitários e a extensão do Sistema de Saúde Indígena aos “não aldeados”, diante da falta de disponibilidade do SUS geral, tendo em vista que nestas hipóteses coube ao Poder Executivo, diante da sua omissão injustificada, tão somente dar cumprimento à ordem judicial.

O que se vislumbra, por outro lado, com potencialidade deliberativa, é a atuação minimalista e de autocontenção do ministro-relator quanto ao não estabelecimento de ordem para imediata desintrusão das terras indígenas ocupadas ilegalmente. Observando a ausência

⁹² As sete áreas indígenas são Yanomami, Karipuna, Uru-Eu Wau-Wau, Kaiapó, Araribóia, Munduruku e Trancheira Bacajá, conforme consta na inicial da ADPF 709.

de ferramentas executivas (cronograma, orçamento e informações quanto ao número de pessoal disponível), o ministro-relator deu oportunidade ao Poder Executivo para a elaboração de cronograma para a implementação de um plano de desintrusão das terras indígenas. Nesse sentido, vislumbra-se potencial deliberativo na medida em que o Poder Judiciário estabelece quais valores devem ser observados (direito à vida, saúde, autodeterminação, permanecer e viver livremente e de acordo com suas culturas, proteção das terras, territórios e o meio ambiente dos povos indígenas) na implementação da política pública pelo Executivo e estabelecendo prazo razoável para tal, respeitando os limites institucionais de atuação do próprio Poder.

Por outro lado, em caso de omissão reiterada pelo Executivo no descumprimento da ordem judicial para a criação e efetivação do plano de desintrusão, eventual decisão judicial e cumprimento que a determine pelo Executivo não representará relação dialógica, pois a relação não será estabelecida entre iguais, já que se observará tão somente o cumprimento de comando judicial.

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, ao referendar a medida cautelar de instalação de barreiras sanitárias, afirmou que é o Poder Executivo que “[...] tem condições materiais e estruturais de organizar essas necessárias barreiras sanitárias” (BRASIL, 2020, p. 72). Nesse sentido, reconhece que a capacidade institucional, diante do acesso às condições materiais, estruturais e de organização, pertence ao Poder Executivo e não ao Judiciário a implementação da mencionada política pública. Nesse aspecto, reforça nosso argumento de que o cumprimento da decisão judicial, considerando, inclusive, a capacidade pertencente ao próprio Executivo, não representaria exemplo de diálogo institucional, mas mero cumprimento de ordem judicial.

Ao tratar da segunda parte do pedido da medida liminar, quanto à desintrusão das sete áreas indígenas, Alexandre de Moraes afirmou que a mera determinação judicial não produziria os efeitos pretendidos quanto ao isolamento e proteção das comunidades indígenas, tendo em vista que a retirada dos invasores implicaria também na retirada das famílias dos invasores, o que exigiria um plano de desocupação que deverá considerar o envolvimento de forças policiais, profissionais das áreas da assistência social, psicologia, educacional, dentre outras diversas áreas da saúde (BRASIL, 2020, p. 73-74). Diante desse contexto, manifestou-se pelo indeferimento da medida, acompanhando o voto do relator.

Destaca-se, ainda no voto do ministro Alexandre de Moraes, o aparte feito pelo ministro Lewandowski que assim se manifestou:

[...] penso que, como estamos em sede de liminar e, num segundo momento, vamos ter que decidir essa questão definitivamente, como é o papel do Supremo Tribunal Federal, a primeira providência que nós temos de empreender - se Vossa Excelência me permite, e, sim, não estou discordando do que Vossa Excelência está dizendo - é, em primeiro lugar, termos informações precisas do que está ocorrendo no território indígena, pelo menos nessas sete terras ou sete reservas indígenas.

[...]

Então, eminente Ministro Alexandre Moraes, penso, com toda a vênua, que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário não podem estabelecer recomendações ou fazer pedidos. O Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário determinam.

[...]

Insisto que o Supremo não é academia! O Supremo precisa determinar: queremos uma radiografia da situação num prazo determinado e depois queremos um plano concreto e efetivo que, com cronograma bem definido, estabeleça a forma e o tempo em que se fará a desocupação. (BRASIL, 2020, p. 75).

Observa-se, portanto, na manifestação do ministro Lewandowski, que sua leitura a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal quanto à resolução da desocupação das terras indígenas é de resolver em caráter definitivo, havendo ou não ato voluntário do Poder Judiciário. A exemplo do que verificamos no voto do ministro na apreciação da ADI 5.105, a concepção do ministro é de que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer uma função jurisdicional, deve possuir a última palavra sobre o sentido da Constituição, fazendo todos os Poderes observá-la naquilo que o Supremo entende que seja a extensão de seu significado.

Ao final, o ministro Alexandre de Moraes referendou as medidas concedidas pelo ministro-relator⁹³, determinando que a União prestasse informações a respeito das invasões nas sete áreas indígenas, bem como a elaboração de um plano de desocupação. (BRASIL, 2020, p. 79).

O ministro Edson Fachin referendou na integralidade o voto do ministro-relator, divergindo quanto à inclusão de medidas emergenciais para a desintração das áreas apontadas, que deveriam ser cumpridas no prazo de sessenta dias, após a homologação do plano pelo ministro-relator. O fundamento para a extensão da medida cautelar também quanto às imediatas medidas de desocupação se deu diante da ideia de que “[...] não é possível, do ponto de vista da efetividade constitucional, submeter um comando constitucional protetivo, sem ressalvas, às terras indígenas a qualquer delonga ou demora”. (BRASIL, 2020, p. 84).

⁹³ As medidas seriam: (i) no enfrentamento emergencial da pandemia: elaboração de um plano emergencial, em dez dias, para a proteção das comunidades isoladas ou de contato recente; e um grupo de trabalho para, em trinta dias, ter um plano de enfrentamento da covid-19 na comunidade indígena em geral. Em relação à desintração, deveria a União elaborar um plano, sem a fixação de prazo pelo relator (BRASIL, 2020, p. 80).

Sustentou, ainda, como fundamento da sua decisão, o disposto no art. 231, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal comando expresso no sentido de que as terras indígenas não podem ser ocupadas por não-índios (BRASIL, 2020, p. 86). Portanto, diante da necessidade de se garantir a proteção de garantias constitucionais, vislumbrando a máxima efetividade constitucional, determinou o ministro que a medida cautelar deveria ser estendida. Logo, a decisão do ministro não se estabeleceu em uma dinâmica de construção dialógica do significado constitucional, mas em fazer valer o sentido expresso no texto, diante da violação promovida pela inércia injustificável do Executivo.

A ministra Rosa Weber, a seu turno, afirma que para a implementação da Constituição Federal há necessidade da organização de estrutura administrativa apta a viabilizar a sua fruição, para além de produção legislativa (BRASIL, 2020, p. 125). Outrossim, para além do debate sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, a implementação da Constituição Federal impõe a tomada de atos, de estruturação da burocracia estatal, para se implementar políticas públicas. À semelhança de Robert Alexy trata das normas de direitos fundamentais atribuídas ou adstritas (ALEXY, 2001, p. 71), a abertura estrutural indicará a necessidade de ações omissivas ou comissivas do Estado para sua concretização, bem como da necessidade de estabelecimentos de direitos subjetivos para sua materialização.

É nesse sentido, que a atuação do Executivo torna-se imprescindível para a concretização dos direitos estabelecidos na Constituição. É dizer, sem a atuação do Poder Executivo, a partir de todo seu aparato de funcionamento, não há que se falar na implementação do direito preconizado pelo texto constitucional.

Sem manifestar a respeito de eventual relação dialógica com o Poder Executivo, reconhecendo sua omissão injustificada, a ministra Rosa Weber referendou as medidas cautelares concedidas pelo ministro-relator. (BRASIL, 2020, p. 134).

O ministro Gilmar Mendes, sustentando que é foco do Estado promover o bem-estar da população indígena, reconhece que é dever do Estado proporcionar medidas preventivas, mitigadoras ou compensatórias ao bem-estar da comunidade indígena. Nestes termos, a exigência da implementação de Sala de Situação e do Plano de Contingência não configuraria violação ao postulado da Separação de Poderes, tendo em vista a previsão das medidas em norma do próprio governo (Portaria Conjunta 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da Funai). Quanto à desintração das terras, o ministro não vislumbrou a existência do requisito *periculum in mora* para a sua concessão (BRASIL, 2020, p. 157).

Nesse diapasão, da análise do voto do ministro Gilmar Mendes, não se vislumbra a apresentação de razões quanto ao potencial deliberativo entre as instituições. Em verdade, para justificar as exigências judiciais destinadas ao Executivo o ministro fundamentou sua decisão na existência de exigências normativas, ou seja, que tanto a Constituição Federal, Tratados Internacionais, quanto Portaria do Executivo tornaram possível, ao Supremo, exigir que a cautelar fosse cumprida.

O ministro Luiz Fux iniciou seu voto afirmando:

A nossa Constituição é uma Constituição pós-positivista, é uma Constituição cujas regras e princípios se aproximam da ética e da legitimidade. É uma Constituição que transforma o ser humano no centro de gravidade do universo jurídico (BRASIL, 2020, p. 163).

Nesse sentido, o pano de fundo da sua decisão se assentou em uma perspectiva interpretativa de promoção da máxima efetividade da Constituição, fomentando a proteção da autonomia, da vida e saúde dos povos indígenas, a partir das capacidades institucionais do Poder Executivo (BRASIL, 2020, p. 164). Por outro lado, citando a ADPF 347, afirmou que havendo omissão por parte das instituições originalmente responsáveis, a imposição de medidas e comandos para atuar não viola a cláusula da Separação de Poderes (BRASIL, 2020, p. 167). Sobre a relação dialógica entre os Poderes, assentou que:

É nesse momento que o Judiciário é o melhor player para intervir nos casos de omissão; e, de uma maneira dialógica, como foi entendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que indicou uma série de mesas de negociação, de sala de situação, enfim, para exatamente de uma forma dialógica elaborar políticas públicas de proteção dos grupos minoritários, tal como assentado pelo Ministro Marco Aurélio nesta MC-ADPF 347 (BRASIL, 2020, p. 163).

Portanto, na leitura do ministro a relação dialógica estaria cumprida criando-se as mesas de negociação e Salas de Situação, o que exigiria, por si só, a comunicação entre as autoridades públicas para alcançar informações úteis no combate à Covid-19 em relação aos povos indígenas. Entretanto, mencionadas deliberações ocorrem no sentido de se alcançar informações técnicas, dados demográficos, dados de ocupação, estratégias de organização de pessoal, entre outras informações *técnicas* necessárias para se implementar o direito previsto na Constituição. Logo, não se vislumbra o potencial deliberativo estabelecido pelas Teorias dos Diálogos Constitucionais quando a implementação do direito exige meramente interlocução de *experts* para sanar problemas epistemológicos.

Os ministros Marco Aurélio de Mello e Dias Toffoli apenas referendaram a decisão do ministro-relator, sem realizar qualquer acréscimo argumentativo. Não votaram os ministros Cármen Lúcia e Celso de Mello, que justificaram a ausência. (BRASIL, 2020, p. 194).

Diante das considerações até aqui realizadas, podemos concluir que: (a) a omissão ilegal do Poder Executivo quanto a proteção das comunidades indígenas implicou na determinação do Poder Judiciário quanto a tomada de medidas imeditas para a implementação de ações necessárias à proteção da garantia constitucional; (b) Ocorre, todavia, que para a tomada de medidas específicas e complexas como a desintração das terras indígenas o Poder Judiciário não dispõe de conhecimento técnico, pessoal e de todo o aparato estatal para tal, exigindo do Poder Executivo a elaboração de plano nesse sentido, sem a fixação de prazo. A ideia da relação estabelecida entre Poder Judiciário e Executivo ganha certo contorno dialógico na medida em que o Poder Judiciário abre oportunidade ao Poder Executivo quanto à elaboração de Plano de Desintração, sem estabelecer prazo para tal. Entretanto, a mensagem do Judiciário é clara no sentido de que caso nenhuma medida seja tomada, a matéria será resolvida pelo próprio Supremo.

Por outro lado, quando vislumbramos exclusivamente o cumprimento das medidas cautelares, quanto a instalação de cordão sanitário e criação de Sala de Situação, embora o ministro Barroso tenha se manifestado no sentido de que estas medidas serão implementadas a partir de uma perspectiva dialógica, não o é na medida em que resta ao Executivo, diante da sua injustificável omissão, tão somente dar cumprimento à ordem judicial. Cumprir ordem, comando judicial, nestes termos, não permite o fluxo de razões, pois não se está diante de uma relação entre iguais.

Assim, embora se vislumbre uma potencialidade deliberativa entre Poder Judiciário e Poder Executivo, quanto a permissão dada para a elaboração de futuro plano de desintração das terras indígenas, na medida em que o Supremo adota postura autorrestritiva quanto a este ponto, o faz também por lhe faltar aparato e capacidade técnica para a implementação de mencionada medida administrativa.

5.3.3. Conclusões a respeito da manutenção da Supremacia Judicial pelo Supremo Tribunal Federal quando da aplicação das Teorias dos Diálogos Institucionais

Diante da análise dos votos na seção anterior, podemos chegar à algumas conclusões quanto à forma pela qual o Supremo, ao menos naquela composição de 2016⁹⁴ e na composição de 2020, compreende o papel do Supremo Tribunal Federal em possuir ou não a última palavra sobre a interpretação constitucional; sobre a possibilidade de o Congresso Nacional, seja por Emenda Constitucional, seja por Lei Ordinária, superar sua jurisprudência; quais os requisitos necessários para o Supremo reconheça a legitimidade do Congresso Nacional editar lei com caráter superador; a existência de concorrência de perspectivas decisórias no próprio processo decisório; o estabelecimento de prazos ao Executivo na implementação de políticas públicas e, finalmente, a manutenção da supremacia judicial a partir dos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal.

Antes de analisarmos cada um dos pontos acima indicados, é fundamental afirmarmos que qualquer conclusão que se chegue do Supremo ou de qualquer outro tribunal considerando tão somente uma única decisão judicial pode permitir a chegada de conclusões meramente caricatas da Corte. Isso porque a análise de uma decisão indica tão somente qual o posicionamento do Tribunal, diante daquela composição específica e naquele contexto sócio-político circunstancial.

Ocorre, todavia, que na apreciação da ADI 5.105 o Supremo Tribunal Federal realizou a primeira manifestação expressa a respeito da (im)possibilidade da relação dialógica (ou de gritos, como fez constar a ministra Cármen Lúcia) entre Supremo Tribunal e Poder Legislativo, daí o interesse e justificativa na análise e conclusões da leitura de mencionada decisão.

Nesse sentido, compreendendo a extensão e precariedade das conclusões, podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal, embora em decisão pela maioria quanto à inconstitucionalidade da lei apreciada, estabeleceu os seguintes considerações e elementos que autorizam o diálogo institucional (criação de lei, pelo Congresso, que reforma jurisprudência firmada pelo Supremo):

I - O fenômeno da criação legislativa superadora não é algo recente e não há nenhuma novidade na relação estabelecida entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional, seja pela criação de leis ordinárias ou emendas constitucionais superadoras;

⁹⁴ Da composição do Supremo Tribunal Federal de 2016 para o ano de 2022, tivemos a alteração da composição de 3 ministros. No ano de 2017, com a morte do ministro Teori Zavascki, houve a nomeação do ministro Alexandre de Moraes, pelo presidente Michel Temer. Com as aposentadorias dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello, ingressaram no Supremo o ministro Kássio Nunes Marques e André Mendonça, ambos nomeados pelo presidente Bolsonaro.

II - A Constituição Federal possui um núcleo essencial que não pode ser mitigado ou alterado pela atuação do Congresso Nacional, ainda que seja diante da elaboração de emendas constitucionais. Com menor sentido, ainda, é a possibilidade de se atingir o *núcleo essencial da Constituição* mediante a elaboração de leis ordinárias;

III - Somente haveria possibilidade de se reconhecer a legitimidade dessa atuação revisora pelo Congresso Nacional, caso este faça constar no projeto de lei novas razões, de fato e de direito, que sejam suficientes para superar a jurisprudência da Suprema Corte;

IV - Cabe ao Supremo Tribunal Federal reconhecer os critérios para o estabelecimento dessa relação dialógica e verificar se o Congresso Nacional cumpriu os requisitos para o reconhecimento da constitucionalidade da lei produzida;

Portanto, uma vez que a legislação (ordinária ou emenda constitucional) não afete cláusulas pétreas e apresente, nas razões do projeto, razões suficientes para superar o entendimento fixado anteriormente pelo Supremo, haverá o reconhecimento da legitimidade da superação. Ocorre, todavia, que quem chancelará que não houve a violação ao núcleo essencial e que as razões apresentadas são suficientes para superação da jurisprudência é o próprio Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, o que vislumbramos, principalmente quanto aos votos vencidos, que se manifestaram pela constitucionalidade da lei, e portanto, que haveria a legitimidade na superação da jurisprudência do STF pela atuação legislativa, é que todos os votos apresentaram concordância quanto aos resultados práticos que a declaração de constitucionalidade produziria. Tanto Fachin, quanto Zavascki, Gilmar Mendes e Lewandowski compreenderam que a declaração de constitucionalidade da lei se apresentaria como um desincentivo à proliferação de novos partidos políticos.

E, para além disso, tanto Fachin, quanto Zavascki e Lewandowski (este último declarando que a última palavra sobre a interpretação constitucional pertence ao Supremo, e que a superação representaria um atentado à sua dignidade) não reconhecem a legitimidade plena dos diálogos institucionais, diante da possibilidade de superação do entendimento da Corte. Assim, vislumbramos um processo contraditório, na medida em que não advogam pela relação dialógica superadora, mas diante dos resultados a toleram.

Assim, vislumbra-se no julgamento uma relação contraditória, na medida em que os ministros que manifestam pela ilegitimidade da superação da jurisprudência via mecanismo legislativo, reconheceram a constitucionalidade da lei, não por conta do diálogo, mas pela

concordância quanto ao resultado. Em última instância, uma perspectiva consequencialista falou mais alto que a possibilidade do reconhecimento da legitimidade de atuação dialógica interinstitucional.

E ao chamar para si a função de estabelecer os requisitos de validade do diálogo e determinar se houve ou não seu cumprimento, em última instância o Supremo não constitui uma relação dialógica, mas mantém e reforça sua supremacia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inquestionável que o estabelecimento de relações dialógicas entre as instituições formais e não formais no processo de formação do significado constitucional se apresenta como uma dinâmica mais legítima e democrática, sugerindo uma interessante resposta ao dilema contramajoritário que permeia o controle de constitucionalidade desenvolvido pelas Cortes Constitucionais.

Entretanto, com o desenvolvimento da presente tese, podemos concluir que no Brasil, a abordagem dos Diálogos Constitucionais deve ser considerada a partir de ressalvas. Elemento nuclear para a existência de diálogos institucionais no processo de construção do significado constitucional diz respeito ao próprio conceito e extensão de diálogo, aqui compreendido como a existência de um fluxo direto de razões entre os deliberantes, de tal maneira que seja possível observar ganhos epistêmicos e de legitimidade do processo decisório.

Ocorre, todavia, que não se observa na dinâmica decisória interna do Supremo Tribunal Federal, seja por razões institucionais (forma estabelecida pelo regimento interno do processo formal de se decidir), seja por questões endógenas (a forma como os ministros se comportam e enxergam os demais pares ao decidir), uma cultura decisória que seja substancialmente deliberativa. Na medida em que não se vislumbra um processo decisório aberto à própria deliberação do órgão colegiado, observou-se também que o Tribunal não está aberto ao fluxo de razões apresentadas pelas instituições externas, inviabilizando a implementação das Teorias dos Diálogos Institucionais como foi vislumbrada no contexto canadense.

Embora as capacidades institucionais das mais diversas instituições não judiciais, com conhecimentos e expertises técnicas, científicas, culturais e das mais diversas esferas possam contribuir efetivamente para o aumento da profundidade das razões a serem lançadas no processo decisório, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha admitido a participação de *amici curiae* nas demandas de maior relevância e impacto social, pouco tem sido o impacto na formação da própria decisão, quanto às razões apresentadas pelos amigos da Corte. O mesmo ocorre quando da análise dos dois casos em que o Congresso Nacional propôs Emendas Constitucionais superadoras da jurisprudência do Supremo, pois em ambas as oportunidades, pudemos observar a sobreposição de decisões, inexistindo fluxo de razões e cooperação entre as instituições para a construção do significado constitucional.

Ademais, observa-se o Supremo Tribunal Federal cumpre uma função de coordenadora e catalisadora no processo deliberativo, assumindo uma postura de detentora da última palavra sobre o significado constitucional, determinando quais são as razões por ela interpretadas e quais são os agentes compreendidos por ela pertinentes que serão incluídos, após a sua filtragem, no processo deliberativo. Nestes termos, a atribuição de competência ao Poder Judiciário, e o Supremo assumindo esta função de realizar a coordenação da deliberação e catalisação dos argumentos, implica em reforço da sua supremacia judicial, dando-lhe oportunidade de instrumentalizar a Teoria dos Diálogos Institucionais para fazer valer suas decisões aparentemente construídas de forma deliberativas, mas substancialmente solipsistas.

Chega-se à conclusão que o Supremo Tribunal Federal compreende o seu papel como possuidor da última palavra sobre a interpretação constitucional, isso se dá quando vislumbramos, por exemplo, os requisitos necessários para que o Supremo reconheça a legitimidade do Congresso Nacional editar lei com caráter superador; a existência de concorrência de perspectivas decisórias no próprio processo decisório; o estabelecimento de prazos ao Executivo na implementação de políticas públicas, o que culmina, finalmente, na manutenção da supremacia judicial.

Embora se reconheça a importância e o potencial legitimador das Teorias dos Diálogos Institucionais quanto ao processo de construção do significado da Constituição mais plural e democraticamente mais legítimo, percebe-se que, tanto pela ausência da sua força de constrangimento da prática, quanto pela ausência de uma cultura deliberativa em que se insere o Poder Judiciário, este, instrumentaliza a aplicação da Teoria dos Diálogos de tal maneira a promover a manutenção da sua supremacia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A análise lógica de decisões jurídicas. *In.*: **Direito, Razão e Discurso** – Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução e Organização de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

ALEXY, Robert. **Derecho Injusto, Retroatividad y Principio da Legalidade Penal**. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin. Disponível em: mail.ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf. Acesso em: 17 set. 2012.

ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional *In.*: ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Fontamara. Traducción de Pablo Larrañaga. 2010.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso – Estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio de direito. *In.*: **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionais. 1989.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ALEXY, Robert. **La Construcción de los derechos fundamentales**. Tradução de Laura Clérico e Jan Sieckmann. Buenos Aires: Ad Hoc. 2012.

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. Traducción de Pablo Larrañaga. *In.*: **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara. 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**. v. 12. n. 2. mai-ago. 2016.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho**: Sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 17 jan. 2013.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71 *Brook. L. Rev.* (2006).

BELLAMY, R. **Political Constitutionalism**: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press. 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378**. 2015b. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf378.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Justificativa Projeto de Lei 4470/12**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026983&filename=Tramitacao-PL+4470/2012. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 574.706/PR**. Recorrente: Associação Brasileira dos Franqueados do MC DONALD'S - ABFM. Recorrido: UNIÃO. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, *DJe* 223, 02 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/>. Acesso em 20 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 153531-8/SC**. Ministro Relator Francisco Rezek. Declarou inconstitucional a Farra do Boi. 1997.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **STF confirma a Emenda Constitucional 15/96**. Disponível em: <https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/132096/stf-confirma-a-emenda-constitucional-15-96>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 614.384-SE**. Ministro Relator Dias Toffoli. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3887684>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 427**. 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. Comissão de Constituição e Justiça. **Relatório sobre a admissibilidade da PEC 495/2006**. 2006 c.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 50/2016**. 2016-a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.240-7/Bahia**. Relator Min. Eros Grau. Pub. 09 de Maio de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 574706**. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Relatora Min. Cármen Lúcia. Pub. 02 de Outubro de 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. p. 387-424.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Ponderação de Princípios e Aplicação do Direito: Análise das críticas de Juan Antonio García Amado à teoria dos princípios de Robert Alexy. *In*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Org.). **Teoria do Direito e Decisão Racional - Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Renovar. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Pós-Positivismo: O argumento da injustiça além da Fórmula de Radbruch. *In*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Org.) **Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic Yet Principled' Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?. **Modern Law Review**, set. 2014.

CANÁRIO, Pedro. STF define rito do impeachment e dá poder ao Senado para decidir sobre afastamento, **Conjur**, 17 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/supremo-define-qual-rito-aplicado-impeachment-dilma>. Acesso em: 22 dez. 2015.

CHEMERINSKY, Erwin. **Interpreting the Constitution**. New York : Praeger, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA, Belknap. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DYZENHAUS, David. **The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency**. Nova York: Cambridge University Press, 2006.

DYZENHAUS, David. The Incoherence of Constitutional Positivism. *In*: HUSCROFT, Grant (Org.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. Nova York: Cambridge University Press, 2008. p. 138-160.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números - o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV. 2011.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Courts as Deliberative Institutions, **Constitutional Justice, East and West 35**, Wojciech Sadurski ed., Kluwer 2002.

FERNANDES, B. G. A. . Os Passos da Hermenêutica: da Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Constitucional à Hermenêutica Constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. *In*: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 1, p. 7-101.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13a Edição. BA: Juspodivm. 2021.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, 51, 577, p. 577-682, 1993.

FRIEDMAN, Barry. **The Politics of Judicial Review**. New York University School of Law. 2006.

GADELHA, Igor. Cunha e oposição apostam em mudança do regimento para driblar decisão do STF sobre comissão. **Portal Estadão**, 18 dez. 2015. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cunha-e-oposicao-apostam-em-mudanca-do-regimento-para-alterar-decisao-do-stf-sobre-comissao10000005271>. Acesso em: 23 dez. 2015.

GANT, Scoot E. **Judicial supremacy and nonjudicial interpretation of the Constitution**. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_constitutional_law_quaterly/vol24/iss2/3. Acesso em 13 setembro de 2021.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **The American Journal of Comparative Law**. v. 49. 2001.

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

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist** (1788). Editado com anotações históricas e literárias de J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HODGES, Donald. Judicial Supremacy. **The Journal of Philosophy**, v. 55, n. 3, p. 101-111, jan. 1958.

IBPT. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. **Estudo sobre o impacto da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1ZWoQ4d01EByr2D11SHj2mX5OT-_8vxBd/view. Acesso em 28 jun. 2021. [Recurso em meio eletrônico].

KRAMER, Larry. **The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Journal of Constitutional Research**. v. 5. jan./abr. 2018.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. **A ideia de liberalismo político em Rawls**: uma concepção política da justiça. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 11.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford University Press. 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENEZES, Paulo Brasil. **Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais**: a proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo global. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

OLIVEIRA, Mariana. Se PEC 33 passar, 'melhor que se feche o Supremo', diz Gilmar Mendes. **G1**, Brasília, 25 abr. 2013. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>.

POSNER, Richard. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Cambridge, MA: Harvard University Press. 2002.

PRADANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do Trabalho Científico**: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. Novo Hamburgo: Feevale. 2013. p. 32.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. **International Journal of Constitutional Law**. Issue 2. Abril de 2006.

SANTO, Alexandre do Espírito. **Delineamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Loyola. p. 40.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da Pesquisa**. 4. ed. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. 2005. p. 20.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**. Oxford University Press and New York University School of Law. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo nº 250. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2006.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da Interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. 2016.

SOLOW, Sara Aronchick; FRIEDMAN, Barry. How To Talk About the Constitution. Yale **Journal of Law & the Humanities**. 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **The Chicago Working Paper Series Index**. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 02 set. 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, 885, 2003. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Why Societies Need Dissent**. Harvard University Press. 2003.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação de mestrado - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2012.

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

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade - Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo, Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

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

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. *The Yale Law Journal* 115:1346. 2006.

ZHANG, Shuling. The epistemics of advice-giving sequences: epistemic primacy and subordination in advice rejection. **Discourse Studies**, 23 (6), p. 705-725, 2021.