

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS

**O SUPREMO, UMA ILHA –  
o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira**

CURITIBA

2016

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS

**O SUPREMO, UMA ILHA –  
o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado

CURITIBA

2016

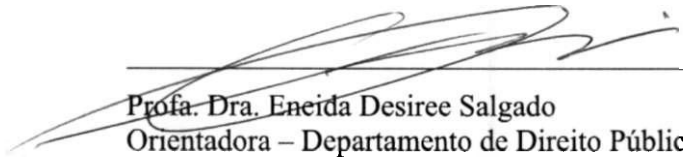
## TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS

O SUPREMO, UMA ILHA –

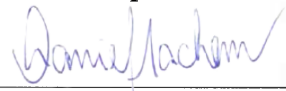
o impacto das virtudes ativas e passivas do STF na democracia deliberativa brasileira

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



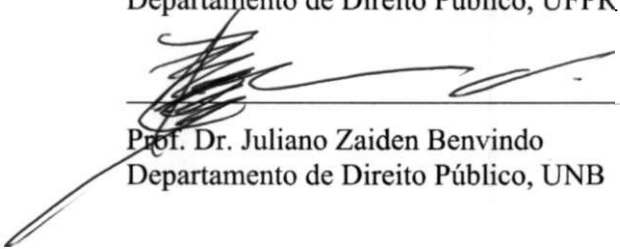
---

Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado  
Orientadora – Departamento de Direito Público, UFPR



---

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem  
Departamento de Direito Público, UFPR



---

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo  
Departamento de Direito Público, UNB

Curitiba, 16 de dezembro de 2016.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a meus pais, por continuarem me aconselhando e me apoiando incondicionalmente, sem o suporte dos quais eu não conseguiria continuar perseguindo minha carreira acadêmica.

Sou grata também por ter conseguido aprofundar minha pesquisa no seio da Universidade Federal do Paraná, motivo pelo qual agradeço a todos os envolvidos nessa prestigiosa instituição pela oportunidade de ter conseguido desenvolver esses meus sete anos de estudos jurídicos permeada por um ótimo corpo docente, discente e de funcionários.

Agradeço, especialmente, a minha orientadora, Eneida Desiree, por ser um exemplo de mulher-mãe-professora-pesquisadora que continua a me inspirar. Obrigada por toda as indagações, sugestões e instigações, que resultou em ótimas parcerias para produção acadêmica e participação em congressos.

Por fim, gostaria de agradecer àquelas pessoas que figuraram a meu lado em mais uma fase importante da minha vida. Às minhas queridas irmãs, Bárbara e Beatriz, por sempre garantirem meu divertimento nas pausas dos estudos. Às minhas amigas Alessandra, Bruna e Fernanda, por dividirem comigo às angústias e recompensas que o árduo caminho do Mestrado nos reserva. À Isadora, amiga sempre presente em e para todos os momentos. A Ana Paula, Leticia, Nilmara e Taíná, que são a prova de que amizades podem vencer tempo e distância.

*La objeción tónica de que se trataría de una utópica sustitución de la política por el Derecho carece de toda consistencia. No es cierto que la justicia constitucional intente eliminar a la política para ponerse en su lugar. Por el contrario,(...) una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente (...).*

Eduardo García de Enterría - La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional

## RESUMO

A democracia deliberativa possui como uma de suas principais características a habilidade de conseguir relacionar constitucionalismo e democracia. Para que ela seja bem implementada, suas premissas de inclusão e diálogo devem estar presentes não somente na seara política, entre sociedade e seus representantes, mas também no Poder Judiciário, sobretudo nas Cortes constitucionais. Uma das melhores formas de uma Corte constitucional desempenhar seu papel em uma democracia deliberativa é através da prática de um constitucionalismo baseado em diálogos, seja com os demais poderes, seja com a sociedade. Esses diálogos podem ser promovidos a partir do desempenho satisfatório da Corte de suas virtudes ativas (atuações) e virtudes passivas (não-atuações). As virtudes ativas tendem a ser enaltecidas e bem utilizadas, sobretudo, na efetivação de direitos sociais. Já as virtudes passivas podem ser consideradas a chave para a prudência das Cortes, ao deixar certas questões amadurecerem e desenvolverem no meio social. Saber, portanto, os momentos mais adequados para agir ou para permanecer inerte quanto a um caso pode ser positivo para a atuação institucional de uma Corte constitucional, uma vez que pode garantir espaços efetivos para a atuação dos demais atores sociais. Existem diversos mecanismos que garantem a prática dessas virtudes, dotados de previsão legal ou criados jurisprudencialmente. É possível observar que o Supremo Tribunal Federal já utiliza alguns desses instrumentos. Contudo, restou comprovado que esse emprego ainda pode ser aperfeiçoado e que um dos principais motivos para sua má utilização atual seria o extremo individualismo dos ministros, o que acaba transparecendo na figura institucional desse Tribunal.

Palavras-chave: Democracia deliberativa – Supremo Tribunal Federal – Controle de constitucionalidade dialógico – Virtudes ativas – Virtudes passivas.

## ABSTRACT

The deliberative democracy has as one of its best characteristics the ability to reconcile constitutionalism and democracy. For this democracy to be well implemented, its premises of inclusion and dialogue should be a part of not only the political reality between citizens and their representatives, but also of the judicial branch, especially of the Constitutional courts. One of the best ways for a Constitutional court in a deliberative democracy to play its institutional roll is through a dialogic judicial review, which generates dialogues with the society and the other branches. These dialogues can be promoted by the way the Courts manage their active virtues (decisions) and their passive virtues (non-decisions). The active virtues can be exalted and well applied, mainly, when enforcing judicially social rights. While the passive virtues are connected to a more prudent approach of the Courts, by leaving some questions undecided to be develop in the social environment. Therefore, to know the right moment to act or to stand still can be a positive posture of a Constitutional court, since it can provide the necessary space for the other social actors to act. There are several instruments – legal or jurisprudential ones -, which can be use to put those virtues in practice. It is possible to observe that the Brazilian Supreme Court already employ some of them. However, it was verified that this employment could be improved and that one of the reasons for the actual misuse would be the extreme individualism of the justices, which brings consequences in the institutional figure of this Court.

Keywords: Deliberative democracy – Brazilian Supreme Court – Dialogic judicial review – Active virtues – Passive virtues.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 – A PROMOÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....</b>	<b>14</b>
<i>1.1.1. A FORMAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.....</i>	<i>15</i>
<i>1.1.2. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS POR TRÁS DA PRÁTICA DO DISCURSO ...</i>	<i>18</i>
<b>1.2. CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....</b>	<b>22</b>
<i>1.2.1. IMPASSES DE UMA SUPREMACIA JUDICIAL .....</i>	<i>23</i>
<i>1.2.2. O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: FORMAÇÃO DAS VIRTUDES ATIVAS E PASSIVAS .....</i>	<i>29</i>
<b>CAPÍTULO 2 – VIRTUDES ATIVAS: CONCRETIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>37</b>
<b>2.1. CORTES CONSTITUCIONAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>39</b>
<i>2.1.1. A NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....</i>	<i>42</i>
<i>2.1.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIALOGADO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS .....</i>	<i>48</i>
<b>2.2. MECANISMOS DE DIÁLOGO PARA AS VIRTUDES ATIVAS .....</b>	<b>54</b>
<i>2.2.1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....</i>	<i>56</i>
<i>2.2.2. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS .....</i>	<i>62</i>
<b>CAPÍTULO 3 – VIRTUDES PASSIVAS: A IMPORTÂNCIA DA “NÃO-ATUAÇÃO” DAS CORTES CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>66</b>
<b>3.1. AS VIRTUDES PASSIVAS E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....</b>	<b>67</b>
<i>3.1.1. A ORIGEM DA DOUTRINA DAS VIRTUDES PASSIVAS .....</i>	<i>68</i>
<i>3.1.2. NÃO-DECISÕES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIALÓGICO .....</i>	<i>73</i>
<b>3.2. A PRÁTICA DESVIRTUANTE: VIRTUDES PASSIVAS E SEU EXERCÍCIO NO BRASIL .....</b>	<b>76</b>

<i>3.2.1. NÃO-DECISÕES NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</i> .....	77
<i>3.2.2. A “SUPERCONTRAMAJORITARIEDADE” NO STF: O INDIVIDUALISMO EXTREMO</i> .....	84
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>90</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>93</b>

## INTRODUÇÃO

Novos momentos políticos-jurídicos certamente deveriam apontar para novas formas institucionais de relacionamento entre os poderes do Estado. Partindo-se da premissa atual de forte protagonismo e importância do Poder Judiciário, nada mais comum do que se pensar possibilidades com as quais esse novo papel possa ser desempenhado de maneira adequada em uma democracia. É possível afirmar, pois, que o “amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações (...)”.<sup>1</sup>

A democracia que aqui se pretende ressaltar possui como característica principal a deliberação, isso porque diante de uma sociedade pluralista o respeito às diferenças e desacordos pode servir de base a futuras soluções, passando-se por um processo de reflexão e debate.<sup>2</sup> Tem-se, assim, um privilégio à ampla participação na tomada de decisões e uma maior legitimidade do resultado obtido. Evidente que em uma democracia deliberativa, em que o diálogo é tido como base, posturas ligadas a qualquer tipo de tendência à supremacia judicial devem ser superadas.

Isso não significa querer privilegiar um outro Poder em detrimento do Poder Judiciário. Pelo contrário, a abordagem presente em uma democracia deliberativa deve ser de “desqualificar o maniqueísmo de uma solução em favor de uma ou outra estrutura de poder”<sup>3</sup> e buscar o caminho de interação institucional, isso porque o que se procura é que “constitucionalismo possa operar a partir de relações de colaboração”.<sup>4</sup> O papel do Poder Judiciário, portanto, ainda que permaneça essencial, não deve ser visto como a de um protagonista isolado, abrindo-se mão do diálogo com os demais poderes, sob a pretensão de se conseguir alcançar melhores decisões ou da auto-proclamação de guardião solo da Constituição.

O diálogo a ser promovido pelo Poder Judiciário pode vir a ser estimulado através de virtudes ativas ou passivas, ou seja, através de decisões ou aquelas decisões por não se decidir (não-decisões). Trata-se de uma constatação de que Cortes constitucionais influenciam o

---

<sup>1</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015, p. 203.

<sup>2</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Massachusetts: Harvard University Press, 2001, p. 25.

<sup>3</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 11.

<sup>4</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo*, p. 12.

cenário político-constitucional no qual estão inseridas não só quando decidem atuar, mas também quando decidem permanecer inertes. Vale ressaltar, no entanto, que momentos que demandam atuação não são os mesmos que permitem a inércia, e este é um dos pontos que serão abordados nessa pesquisa.

Para além disso, estabelece-se também como foco do presente trabalho a forma com a qual o Supremo Tribunal Federal especificamente tem lidado com essas virtudes e como isso tende a impactar na possível democracia deliberativa brasileira. Se de início é possível antecipar algumas críticas, como a utilização desmedida de fundamentos abstratos e profundos, o que tende a dificultar a possibilidade de diálogo para além da decisão judicial,<sup>5</sup> por outro lado, também é possível observar a utilização de vários instrumentos com potencial de promover diálogos pelo STF, o que pode levar a crer que, se sua aplicação ainda não alcançou os níveis desejáveis, propor mudanças para aprimorá-la pode ser uma solução.

O corte metodológico que se buscou implementar foi a análise da atuação de Cortes constitucionais e do próprio Supremo Tribunal Federal quando atua como uma, haja vista que o objetivo foi de observar seu papel na relação entre os poderes. O enfoque, pois, no que tange aos casos brasileiros se deu principalmente no controle concentrado de constitucionalidade, sobretudo pelo maior impacto e abrangência política, social e moral que seus temas tendem a suscitar.

A presente pesquisa, portanto, foi dividida em três partes principais. Na primeira, busca-se elucidar a relação do constitucionalismo com a democracia deliberativa. Para tanto, estuda-se, primeiramente, os conceitos e atributos da democracia deliberativa, para depois observar sua influência no Direito constitucional, mais especificamente no constitucionalismo dialógico, e seu auxílio à formação das virtudes ativas e passivas.

Após, passa-se para a análise da atuação propriamente dita das Cortes constitucionais, a começar pelas virtudes ativas (decisões). A partir delas, visa-se salientar a forma de atuação precípua dessas Cortes, que seria a concretização de direitos fundamentais. Nesse âmbito, enfoca-se sobretudo a concretização dos direitos fundamentais sociais e em como a perspectiva de um constitucionalismo dialógico tende a lhe auxiliar. Ademais, salienta-se duas formas possíveis de instigar o diálogo nas Cortes com vias a uma atuação consciente do Poder Judiciário, que seriam a utilização da doutrina do Estado de coisas inconstitucional e das audiências públicas.

---

<sup>5</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 215.

Por fim, tem-se a exploração das potencialidades das virtudes passivas (não-decisões, ou decidir por não decidir) no diálogo a ser promovido pelas Cortes. Verifica-se, em um primeiro momento, seu impacto na democracia deliberativa e na construção de um constitucionalismo dialógico, para, posteriormente, seu exercício no Brasil e os instrumentos com os quais vem sendo propagadas.

O presente trabalho almeja, assim, elucidar as bases com as quais as Cortes constitucionais devem atuar em uma democracia deliberativa, sob a organização de um constitucionalismo dialógico, bem como apontar onde o Supremo Tribunal Federal tem se encaixado nos diversos momentos de atuação – seja através de decisões ou de não-decisões.

## CAPÍTULO 1 – A PROMOÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Enfrentar o estudo sobre as formas de compatibilização da atuação de uma Corte constitucional em relação às virtudes ativas e passivas pressupõe uma predisposição ou um arranjo constitucional que garanta uma posição dialógica dessa Corte – em contraposição a uma supremacia judicial. Isso significaria uma abertura para o diálogo com os demais poderes, em um espaço político no qual ele poderá se realizar.

Para que esse debate consiga ser proporcionado, não é possível mais ficar restrito a noção de separação de poderes clássica, na qual cada poder se opõe ao outro. Necessário se buscar teorias que associem esses poderes em prol de um equilíbrio. Deve-se reconhecer que diferentes ramos do governo possuem potencial de fazer contribuições diversas a favor de um diálogo constitucional de modo a não se privilegiar somente o Poder Judiciário. O diálogo, assim, visa proporcionar que cada um dos poderes aprenda com os aportes dos outros; afinal, “se os ramos do Poder estiverem abertos para escutar e aprender com perspectivas diferentes das suas, pode-se esperar que melhores respostas serão formuladas para os problemas referentes aos sentido constitucional em disputa”.<sup>6</sup>

Nessa perspectiva dialógica, o Poder Judiciário trabalharia, na verdade, como promotor e facilitador de discussões, tanto entre os outros poderes, quanto com a população no geral, colaborando para que todos esses agentes consigam contribuir nos sentidos constitucionais e nas mudanças ocorridas na sociedade.<sup>7</sup> Tendo o Poder Judiciário, sobretudo as Cortes constitucionais, participação importante na fomentação desse diálogo, torna-se necessário elucidar as melhores formas com as quais ele poderia fazer isso e as bases sócio-políticas em que isso seria possível de se realizar.

Importante, assim, que antes de passar a se debruçar propriamente nas formas de atuação que uma Corte possa desempenhar – seja através de ações ou de omissões -, consiga se estabelecer o plano de fundo com os motivos pelos quais uma democracia deliberativa deveria guiar esse papel, bem como porque a adoção de um constitucionalismo dialógico tende a proporcionar a melhor utilização dessas virtudes.

---

<sup>6</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 198.

<sup>7</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 198.

## 1.1. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Escolheu-se privilegiar aqui a análise da democracia deliberativa por entender que o constitucionalismo enaltecedor de diálogos e contrário à supremacia judicial melhor se enquadraria neste regime político, bem como, por acreditar, assim como Carlos Santiago Nino, que a discussão democrática e suas decisões seriam o melhor método - inclusive que o próprio processo judicial - para se determinar direitos.<sup>8</sup>

A ideia de democracia deliberativa perpassa as noções de argumentação, participação e diálogo, tendo já sido estudada por diversos autores, os quais elucidam, a sua maneira, como seria sua definição. De uma maneira geral, defende-se que certos elementos de deliberação proporcionariam um acordo capaz de satisfazer as pretensões de racionalidade e imparcialidade de uma democracia, a partir da participação de todos aqueles potencialmente afetados por uma decisão.<sup>9</sup>

Na visão de Jon Elster, a definição do que seria esse tipo de democracia incluiria duas partes: a democrática, que seria a tomada de decisões coletivas através da participação de todos aqueles que serão afetados por ela ou seus representantes; e a deliberativa, que consistiria na utilização da argumentação como forma de tomada de decisões, oferecida por e para os participantes, os quais são comprometidos com valores de racionalidade e imparcialidade.<sup>10</sup> Deliberação pode ajudar na imparcialidade no momento em que retira o “véu da ignorância” sobre certas preferências, a ausência de informação sobre elas, facilitando o reconhecimento da vontade de outrem. Isso faz com que as pessoas realizem uma filtragem de argumentos de interesse próprio, tornando tais argumentos mas susceptíveis de serem aceitos pelos demais e que educa as pessoas sobre a capacidade de se viver em comunidade, ao estipular o respeito à troca de opiniões e a possibilidade de se ouvir os demais.<sup>11</sup>

Já Carlos Santiago Nino buscará marcar sua descrição de democracia deliberativa como aquele tipo de democracia em que se prevê a relação entre moralidade e política (diferente dos demais), podendo, uma vez que certas condições sejam observadas, ser aquela forma capaz de obter o melhor acesso ao conhecimento de princípios morais em uma

---

<sup>8</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 221.

<sup>9</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69 e 72.

<sup>10</sup> ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 8.

<sup>11</sup> GARGARELLA, Roberto. Full representation, deliberation and impartiality. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 261.

sociedade.<sup>12</sup> Para tanto, torna-se importante que todos aqueles que serão impactados por uma decisão tenham participado da discussão anterior a ela e se garanta uma oportunidade igual de expressar seus interesses e justificar suas opiniões, para que essa solução possa ser considerada imparcial e moralmente correta, tendo como condição que todos a aceitem de maneira livre e sem coerção.<sup>13</sup>

Nino busca, então, um modelo que enfrente a tensão entre constitucionalismo e democracia ao tentar resgatar o componente moral da esfera pública. Dessa forma, um processo democrático moralmente legítimo procura afirmar direitos através de decisões que não permanecem moralmente indiferentes. Tem-se junto à democracia deliberativa a possibilidade de transformar os interesses dos cidadãos de forma moralmente aceitável, através do debate público.<sup>14</sup>

### *1.1.1. A FORMAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA*

A defesa em prol de um debate público como a forma de se alcançar as melhores soluções não é nova. Seria o caso de ideias defendidas por John Rawls e por Jürgen Habermas, ambos citados na obra de Nino.<sup>15</sup> Rawls irá afirmar que uma sociedade política toma decisões através de razões, mas somente aquelas tidas como públicas, as que são compartilhadas por cidadãos em um status de igualdade, são capazes de buscar uma concepção de justiça e de bem-estar para o povo. Em uma sociedade democrática essas razões públicas seriam tomadas coletivamente como exercício político entre os cidadãos.<sup>16</sup> No geral, a finalidade do ideal de razão pública seria que os cidadãos devem conduzir suas discussões fundamentais dentro do parâmetro que cada um considera como uma concepção política de justiça, a qual é baseada em valores que os demais podem razoavelmente esperar cumprir. Assim, cada um deverá ter um critério - e estar preparado para defendê-lo - sobre quais princípios e diretivas poderão ser razoavelmente esperados para serem praticados também pelos demais.<sup>17</sup> O objetivo da razão pública é, portanto, “estruturar o processo democrático e estabelecer princípios substantivos que expressem se o resultado do processo é justo”.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 107.

<sup>13</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 117.

<sup>14</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 71/72.

<sup>15</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996.

<sup>16</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005, p. 212-214.

<sup>17</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*, p. 226.

<sup>18</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 86.

Para além de uma análise individual do debate público, Habermas irá privilegiar os amplos consensos sociais. O filósofo alemão defende que em uma sociedade plural, com conflitos, a melhor forma de se obter uma resposta de uma matéria controversa seria através de uma Ética do Discurso. A partir desta ética, conteúdos de pontos de vistas axiológicos particulares acabariam sendo deixados de lado, uma vez que não seriam passíveis de consenso.<sup>19</sup> O consenso é a chave da Ética do Discurso, para tanto devem ser aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal, ou seja, “uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma”.<sup>20</sup> O que estaria em jogo não é o conteúdo em si do discurso, mas sim a forma como a qual as pessoas argumentariam, uma vez que o discurso, a fala, seria algo de comum entre todas as pessoas, diferentemente das controvérsias que advém de princípios morais. A importância desse pensamento, pois, encontra-se na formação de um agir comunicativo, voltado para que as pessoas envolvidas se colocassem de acordo para coordenar planos de ação com pretensões de validade, com vias de se dirimir consensualmente os conflitos existentes.<sup>21</sup> Tudo isso se daria a partir de “um contexto ideal de comunicação capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo”.<sup>22</sup>

No entanto, Nino irá criticar a posição de ambos os pensadores ao formular sua própria concepção de democracia deliberativa, afirmando que se por um lado Rawls possui uma postura mais individualista, possibilitando a formação de um elitismo moral, Habermas, por sua vez, tem uma visão puramente comunitária, podendo forçar um populismo moral. Nino, então, irá rechaçar a ideia de que as maiorias estariam sempre automaticamente certas, unindo à essa participação social – em sua definição de democracia deliberativa – a possibilidade de indivíduos sozinhos chegarem a uma conclusão correta em uma discussão (por mais que ele mesmo admita não ser o mais comum), ao se basear em direitos prioritários para salvaguardar um procedimento democrático.<sup>23</sup> Dessa forma, o jurista não só conforma dois posicionamentos extremos, como leva em consideração a desigualdade presente entre os cidadãos nas sociedades em geral ao ressaltar a necessidade de se garantir certos direitos para

---

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1989, p. 126.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, p. 84 e 86.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, p. 77-79 e 87.

<sup>22</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 88.

<sup>23</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 116.

que a deliberação seja realizada da melhor forma possível. Como exemplo, Nino cita a liberdade de expressão e a liberdade de participação política.<sup>24</sup>

Contudo, delimitar todos os direitos não é uma tarefa fácil, podendo-se recair em uma garantia de maior poder ao constitucionalismo ao se congelar diversas provisões como necessárias a priori para a democracia, negando-se o espaço de decisão do próprio processo democrático. Deve-se, portanto, atingir um equilíbrio entre os pré-requisitos democráticos e o procedimento democrático em si. Para Nino, entretanto, esse paradoxo não levaria ao demérito por completo dessa democracia, mas sim ao reconhecimento de que seu valor se conforma de forma gradual, ou seja, a ausência de algumas condições a priori necessárias não invalida por completo a legitimidade do processo democrático como um todo, mas sim traz em evidência que ele não é de todo perfeito e que, portanto, deve-se ter ciência que alguns resultados podem não ser os melhores possíveis.<sup>25</sup> Fato é que em uma democracia muitas vezes as pessoas querem convencer umas às outras quando se sabe que o voto em geral irá vincular todos; quer-se influenciar as visões das outras pessoas porque se sabe que estas irão afetá-lo, e assim o fazem deliberando.<sup>26</sup>

A democracia deliberativa, portanto, não ignora e tende a conciliar a tensão entre o constitucionalismo e a democracia.<sup>27</sup> Enquanto a democracia promove e incentiva as tomadas de decisão através de discussões e deliberações, o constitucionalismo regula esse processo, estipulando limites visando a observância dos preceitos constitucionais.<sup>28</sup>

No entanto, por mais que uma maioria possa vir a infringir algum direito individual ou de minorias, nada garante, em contrapartida, que juízes não pudessem igualmente comprometer esses direitos – a não ser que seus interesses coincidissem com os da minoria. Assim, para Carlos Santiago Nino, a visão de que juízes estariam necessariamente em melhor posição para decidir questões de direito do que o parlamento derivaria de uma visão elitista.<sup>29</sup> Às vezes, não apenas de uma postura elitista, mas também da crença de que argumentos derivados desse fórum, por estarem aparentemente ligadas a uma linguagem legal, produziram resultados epistemologicamente melhores.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 221.

<sup>25</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 139/140.

<sup>26</sup> PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and Ideological Domination. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 140.

<sup>27</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 70/71.

<sup>28</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 110.

<sup>29</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 188/189.

<sup>30</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 84.

Democracia deliberativa, pois, vem para demonstrar que a deliberação em outras arenas também podem ser positivas em um Estado de Direito.<sup>31</sup> Logo, não se deveria inferir automaticamente que questões de direito ofereceriam uma barreira às decisões majoritárias, ou seja, que à democracia não caberia o reconhecimento e cumprimento desses direitos. Somente porque algo é um direito não seria razão suficiente para se remover a questão do processo democrático e relega-las nas mãos de oficiais, cuja legitimidade possui um déficit democrático.<sup>32</sup>

Visando não retirar por completo, pois, o substrato das decisões democráticas sobre direito, Nino irá afirmar caber ao Poder Judiciário o papel de salvaguardar o processo democrático, através da proteção dos direitos à priori para a realização desse processo. Isso significaria afirmar que as Cortes devem atuar dentro dos limites previstos a elas. Para o jurista, as exceções que justificariam a atuação de um controle de constitucionalidade seriam quando se envolvessem leis que possuam como conteúdo o respeito às pré-condições do processo democrático; que se imiscuem na autonomia privada dos cidadãos, ou que possam minar uma prática legal moralmente aceita.<sup>33</sup>

### *1.1.2. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS POR TRÁS DA PRÁTICA DO DISCURSO*

Estabelecendo-se a deliberação como base em uma democracia, resta saber como ela deve ser praticada. Defensores de uma democracia deliberativa tendem a acreditar que o consenso não é o aspecto primordial, mas sim o diálogo e a possibilidade de ser convencido através de argumentos bem articulados e persuasivos. Carlos Santiago Nino irá elencar fatores importantes para tanto, tais como que as partes interessadas com o resultado da deliberação participem das discussões e debates; que essas pessoas estejam em posição de igualdade, agindo sem coerção; que sejam capazes de expressar seus interesses através de argumentos genuínos; que não haja sempre uma mesma configuração de maioria e minorias no decorrer das mudanças de assunto e que não se esteja exacerbadamente emocional.<sup>34</sup>

Outro jurista que também indicará certas condições para que tal democracia se desenvolva é Conrado Hübner Mendes, que irá elencar sete aspectos principais para se possibilitar a deliberação: (i) se propor a tomar decisões coletivas que irão afetar diretamente aqueles que estão deliberando; (ii) considerar a decisão não como o ponto final, mas sim um

<sup>31</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 86.

<sup>32</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 197 e 212.

<sup>33</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 201 e 214.

<sup>34</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 128/129.

ponto provisório de chegada, o qual pode ser sucedido por novas rodadas deliberativas; (iii) deve ser uma prática de raciocínio em conjunto, buscando justificar sua posição para os demais deliberadores; (iv) deve-se buscar utilizar a razão com vias de imparcialidade; (v) deliberadores devem estar abertos para revisar e transformar suas opiniões à luz dos argumentos trazidos; (vi) deve-se prever respeito entre os participantes e (vii) deve compreender um cometimento político de inclusão, empatia e responsividade com relação a todos os pontos de vista.<sup>35</sup>

Essas características, de uma maneira geral, demarcam o ideal da deliberação; contudo, isso não significa que ela muitas vezes ela não se apegue a elementos de conotação irreal para se concretizar, como a total imparcialidade do deliberador, dificultando, assim, sua prática. Diante de possíveis elementos de normatividade exacerbada deve-se dar ênfase maior, sobretudo, à abertura ao diálogo,<sup>36</sup> uma vez que decisões deveriam ser publicamente justificadas, nos casos em que a política se traduzir na busca pelo bem-comum.<sup>37</sup> Ademais, a imparcialidade principal a ser buscada é a do resultado da deliberação, a qual é realmente alcançada quando cada indivíduo se ocupa a enunciar e defender suas preferências frente aos demais até que se chegue a um resultado que será aceito por todos.<sup>38</sup> Ao se ampliar o escopo de pontos de vistas possíveis e sujeitar opiniões a um escrutínio racional permanente, tem-se uma possibilidade maior de observância das e respeito às decisões tomadas, mesmo que não condizentes ao ponto de vista defendido.<sup>39</sup> É dizer, a discussão pública nesses termos traz maior legitimidade ao processo democrático, acarretando, por conseguinte, um maior apoio social para que as decisões sejam garantidas e executadas, independentemente das mudanças de opinião e interesse das pessoas.<sup>40</sup>

Fato é que deliberar proporciona vantagens. Segundo Conrado Hübner Mendes haveria quatro percepções principais trazidas pela deliberação. A primeira seria a epistêmica, indicando que a deliberação ao menos traria clareza com relação às questões que estariam em jogo, o que poderia ao fim chegar à melhor resposta possível. A segunda seria uma perspectiva comunitária, a partir da qual a deliberação encorajaria o consenso – ou pelo menos minimizaria o dissenso -, nutriria uma legitimidade social e aprofundaria um senso de comunidade. Em terceiro lugar tem-se o ganho psicológico, o qual seria a estimulação nos

---

<sup>35</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 14.

<sup>36</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 106.

<sup>37</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 21.

<sup>38</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 180/181.

<sup>39</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 25.

<sup>40</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 185.

deliberadores da sensação de estarem sendo respeitados. Por fim, há a realização educativa, informando melhor os deliberadores sobre as matérias em discussão e sobre as próprias habilidades deliberativas.<sup>41</sup>

Segundo Roberto Gargarella, dentre as funções positivas da deliberação estão eliminar possíveis erros fáticos, lógicos e de interpretação (“mal entendidos”) ao se expressar juízos argumentativos, bem como forçar a cada pessoa o rebuscamento de seus argumentos para torná-los aceitáveis pelos demais e educá-las para escutar as razões de outrem.<sup>42</sup>

Discussões públicas, assim, conduziriam a uma cooperação social e uma reflexão coletiva que tendem a enriquecer a democracia, fazendo com que ela não se resuma ao momento do sufrágio, agregando todo o processo que o antecede e o é posterior na forma de debates.<sup>43</sup> Ainda, segundo Nino, a melhor forma (e mais pura) de se colocar em prática a democracia deliberativa, conduzindo a esses ganhos, seria em um processo político de descentralização em unidades que promovam a possibilidade de discussões face-a-face e tomadas de decisão coletivas, atenuando o abismo entre governo e sociedade.<sup>44</sup> Dessa forma, abandona-se a ideia de que políticas se iniciam e terminam somente dentro de um Congresso, reduzido a debates parlamentares.<sup>45</sup> A ideia e instauração de minipúblicos seria um bom exemplo para se observar a democracia deliberativa em exercício.<sup>46</sup> Minipúblicos podem desenvolver um relacionamento entre os responsáveis pela tomada de decisão e o público, servindo de informação ao Estado, ou mesmo possibilitar uma participação popular, conferindo legitimidade social às decisões governamentais, bem como, servir de “cooperação para a resolução participativa de um problema”. Tem-se como exemplo de minipúblico, pois, os orçamentos participativos praticados em alguns municípios brasileiros.<sup>47</sup>

Toda essa narrativa favorável ao debate, entretanto, não representa que a democracia deliberativa não possa encontrar limites ao seu diálogo. Carlos Santiago Nino afirma, por exemplo, que o princípio de autonomia pessoal deve impedir que o Estado intervenha nessa esfera privada de autodeterminação. Assim, não se poderia produzir leis delimitando tal matéria, o que, por conseguinte, afastaria sua necessidade de deliberação pública.<sup>48</sup> Para além de um limite material, ainda se deve enfrentar situações em que a deliberação pode não ser a

---

<sup>41</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 22.

<sup>42</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*, p. 178-180.

<sup>43</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 74.

<sup>44</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 152 e 154.

<sup>45</sup> GARGARELLA, Roberto. Full representation, deliberation and impartiality, p. 273.

<sup>46</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 121.

<sup>47</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 122.

<sup>48</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 131.

melhor prática, a depender das circunstâncias. Diante da impossibilidade de se alcançar unanimidade em uma sociedade heterogênea, bem como sob a necessidade de se chegar a uma decisão em determinado tempo, a deliberação muitas vezes deve chegar ao fim, o que levaria a adoção do voto e da regra da maioria como limites a uma discussão em uma democracia.<sup>49</sup> Segundo Conrado Hübner Mendes haveria três variáveis que devem ser levadas em consideração ao se decidir por deliberar: se os participantes estariam dispostos a fomentarem esse diálogo; se haveria desacordo suficiente sobre a matéria para que a deliberação venha a ser útil e trazer boas consequências e se essa deliberação seria conveniente diante da possível urgência na resolução do caso.<sup>50</sup>

A ideia, portanto, de que a democracia deliberativa poderia não ser suficiente para todos os casos fez com que ela fosse alvo de críticas. Afirma-se que o processo deliberativo seria capaz de induzir as pessoas a acreditarem em certos argumentos que poderiam ser imprecisos ou que promovessem os interesses, na verdade, do emissor da mensagem, através da manipulação de ideias e preferências induzidas. Esses seriam desvios, então, que deveriam ser levados em consideração ao se eleger a deliberação como método de tomada de decisão.<sup>51</sup> Adam Przeworski vai além e chega a afirmar que deliberação pode levar a uma dominação ideológica e que se crenças chegam a ser alteradas pela comunicação significaria afirmar ou que os indivíduos possuiriam acesso desigual à informação, ou que eles possuiriam capacidade de raciocínio desigual, ou seja, só conseguiria ser eficaz onde há desigualdade.<sup>52</sup> Sendo assim, percebe-se que a defesa da democracia deliberativa deveria ser razoável no sentido de acomodar em seu procedimento conhecimento sobre as reais motivações políticas e de raciocínio prático em uma sociedade.<sup>53</sup>

Não obstante essas objeções ao processo deliberativo, deve-se ressaltar que mesmo aqueles que o criticam reconhecem que, ao menos, a atividade de deliberação favorece a informação sobre os mais diversos assuntos e interesses, bem como a consciência de se buscar agir de maneira coletiva.<sup>54</sup> Na concepção deliberativa de democracia há uma valoração para além do sufrágio, que seria do processo que o antecede. Sua principal virtude estaria em facilitar e promover a discussão pública.<sup>55</sup> Não se negando, pois, a existência de um conjunto

---

<sup>49</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 118.

<sup>50</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 36/37.

<sup>51</sup> STOKES, Susan C.. Pathologies of Deliberation. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 124.

<sup>52</sup> PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and Ideological Domination, p. 141, 145 e 148.

<sup>53</sup> JOHNSON, James. Arguing for deliberation: some skeptical considerations. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 173/174.

<sup>54</sup> STOKES, Susan C.. Pathologies of Deliberation, p. 136.

<sup>55</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*, p. 178.

de vantagens que a democracia deliberativa oferece de uma forma geral, há de se ressaltar suas contribuições também para o constitucionalismo, uma vez que essa discussão pública deve atingir todos os substratos sociais.

Em uma concepção deliberativa de constitucionalismo, o controle de constitucionalidade deixa de ser visto como uma consequência lógica (e única) do reconhecimento da supremacia da Constituição e de direitos individuais, abrindo espaço para outras formas de participação. Esse controle, assim, passa a ser reconhecido como meio para garantir as condições e o status legítimo da participação democrática.<sup>56</sup> Para além disso, o posicionamento das Cortes em uma democracia deliberativa também deveria ser aquele aberto ao diálogo. Decisões com um aporte deliberativo deveriam ser interpretadas como abertas a revisões de longo prazo, ou seja, não como uma “última palavra” definitiva, podendo-se até se pensar em deixar algumas questões pendentes para decisão posterior. Tal postura permite se evitar excessos das Cortes ou decisões impróprias ao momento, bem como elucidar que a deliberação muitas vezes pode continuar após as decisões.<sup>57</sup> Trata-se essa da abordagem de um constitucionalismo dialógico, o qual se acredita ser aquele que melhor acomodaria as práticas de virtudes ativas e passivas.

## **1.2. CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Em uma concepção deliberativa de democracia, espera-se que o diálogo se desenvolva não só na sociedade, mas também entre os poderes do Estado. Para tanto, é necessário que haja garantia de uma posição igualitária que possibilite esse diálogo. Uma supremacia do Poder Judiciário não seria compatível, pois desrespeitaria esse preceito igualitário, visto que se coadunaria com a possibilidade de uma minoria formada por juízes venha a impor sempre suas próprias opiniões a toda a população, sem quaisquer possibilidades de contraposição. Isso significaria que o momento de se tomar importantes decisões na sociedade estaria fundamentado não nas capacidades democráticas dos cidadãos, mas sim nas qualidades intelectuais de alguns poucos.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 219/220.

<sup>57</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 40.

<sup>58</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 149.

Por tais motivos que a teoria da democracia deliberativa se posiciona de maneira crítica e cética com relação ao controle de constitucionalidade, buscando-se reorganizar o sistema institucional de forma a estabelecer e privilegiar um diálogo equitativo entre os poderes e entre estes e a população.<sup>59</sup> As virtudes ativas e passivas possuem total conexão com esse constitucionalismo baseado em diálogos, pois, quando bem aplicadas, possibilitam alternativas para que o Poder Judiciário provoque os demais poderes sem substituí-los. Através desses mecanismos juízes poderiam ter um papel ativo na melhora da qualidade do processos de discussão e decisão democráticos, estimulando o debate público.<sup>60</sup>

Se o Poder Judiciário deveria ser o único a incitar o diálogo é uma assertiva que demanda críticas,<sup>61</sup> contudo, importante aqui ressaltar é que ele já chega a se posicionar assim na prática, utilizando-se de estratégias diversas no momento de efetivar a adjudicação constitucional; “tanto mais capaz será a corte de exercer seu papel de guardião constitucional quanto mais bem jogar o jogo político”.<sup>62</sup>

### 1.2.1. IMPASSES DE UMA SUPREMACIA JUDICIAL

A deliberação política deve ser um processo continuamente interativo, de modo que as decisões judiciais em uma democracia deliberativa também devem expressar essa vontade de dialogar. Isso pode ser feito através de decisões que reflitam o senso de falibilidade e provisionalidade que uma sentença judicial possui. Ou seja, uma Corte deve se mostrar ciente do potencial de reversibilidade de sua decisão no futuro, ao mesmo tempo que reconhece que essa continuidade faz parte para garantir a legitimidade das decisões coletivas.<sup>63</sup> Tal postura, no entanto, encontra entraves na prática comum de uma supremacia judicial.

Uma definição de supremacia judicial está ligada a situações em que as cortes decidem importantes questões sobre o sistema político, sendo que essas decisões são tratadas como absolutamente vinculante pelos demais atores políticos, não possibilitando que outras

<sup>59</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 150.

<sup>60</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 216.

<sup>61</sup> Ver “Dialogue from without”, em: MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers II*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911835](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835)>. Acesso em: 02 maio 2016.

<sup>62</sup> MENDES, Conrado Hübner. *A ingovernabilidade do STF*. Disponível em: <<http://jota.info/materias19-a-ingovernabilidade-do-#.VBwzjTb8f4U.facebook>> Acesso em: 02 maio 2016.

<sup>63</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 138/139.

deliberações sobre um mesmo tema sejam realizadas por eles.<sup>64</sup> A supremacia judicial, assim, tende a afastar possíveis debates da sociedade e provocar posturas negativas do Poder Legislativo e da população, os quais ficam dependentes dos tribunais para sempre os corrigirem, caso seja necessário. Ademais, leva-se a acreditar que a interpretação da Corte superior é a única.<sup>65</sup> Essa concentração de prerrogativas nos tribunais seria fruto de uma ideia moderna antipopular, a qual presume que a população comum é ignorante, capaz de defender opiniões perigosas e arbitrárias, em contraste com a pensante e informada elite judicial. O Poder Judiciário trabalharia, pois, para defender a população dela mesma.<sup>66</sup>

Entretanto, não devia ser esse relacionamento preponderante em uma democracia deliberativa. Muitas vezes é possível que a certas provisões constitucionais sejam dadas interpretações alternativas, fazendo com que a diferença de opiniões entre os poderes seja muito mais uma questão de opiniões divergentes, do que uma real violação ao texto constitucional.<sup>67</sup> Ademais, a população deve estar presente para tomar as decisões mais importantes, que dizem respeito a seu Estado ou sua Constituição, seja através de seus representantes, ou de forma direta, sobretudo no que diz respeito à reforma constitucional. Instigar a participação popular é instigar a população a ter ciência e defender seus próprios direitos. Uma sociedade consciente sobre seus direitos trazidos pela Constituição é capaz de exigir de seus representantes que tenham a mesma consciência e preocupação com eles.<sup>68</sup> Isso nada mais é do que retomar a soberania popular também no tocante à interpretação da Constituição. Avista-se, assim, ser necessário uma mudança que revertesse a situação de supremacia judicial e abrisse um espaço mais democrático, o que poderia ser alcançado através de um constitucionalismo democrático.

O constitucionalismo democrático seria a necessidade de legitimidade democrática na interpretação constitucional, capaz de inspirar as pessoas a reconhecer a Constituição como própria, ao participar de sua concretização. Haveria a crença e necessidade da população se engajar na defesa do significado constitucional que lhe fosse verdadeiro, mesmo que isso se opusesse àquele defendido pela versão estatal, quando se acredita que se esteja desrespeitando

---

<sup>64</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *The Yale Law Journal*, pp. 1346 – 1406. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 1354.

<sup>65</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999 (Kindle Edition), Posição 845-974.

<sup>66</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 98 e 241-243.

<sup>67</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 20.

<sup>68</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves*, p. 252; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Posição 976.

a Constituição.<sup>69</sup> Isso não seria afirmar a necessidade de afastar a Constituição das Cortes, pelo contrário, o constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial que elas desempenham na efetivação de direitos. Contudo, é necessário diminuir a supremacia jurisdicional, o foco excessivo nas cortes, quando se trata da interpretação da Constituição, apreciando-se o papel da população em guiar e legitimar as instituições e práticas do controle de constitucionalidade. Ou seja, ele reafirma ao mesmo tempo o papel das cortes e do governo representativo, juntamente com a mobilização cidadã.<sup>70</sup>

É necessário encontrar um equilíbrio entre o Estado de Direito e a participação popular como autoridade para expressar o significado constitucional, ou seja, um equilíbrio entre constitucionalismo e democracia. Onde a democracia celebra um horizonte sem limites da ação coletiva, o constitucionalismo é mais cético com relação aos movimentos populares, preocupando-se com os perigos das maiorias, através de mecanismos como o controle de constitucionalidade.<sup>71</sup> Contudo, ao mesmo tempo, a estrutura e estabilidade do direito constitucional possibilitam que a Constituição assuma certa coerência institucional e que salvguarde os valores democráticos. Por outro lado, os comprometimentos políticos que envolvem a Constituição garantem ao direito constitucional legitimidade democrática. Observa-se, pois, que constitucionalismo e democracia possuem certa dependência mútua, sem que haja uma supremacia do Poder Judiciário, nem uma ditadura da maioria, sob a instabilidade de direitos e garantias.<sup>72</sup> Parte de um constitucionalismo democrático é questionar essa autoridade do direito constitucional reservada somente às cortes, e, ao mesmo tempo, desafiar essa presunção de que os cidadãos devem reconhecer as decisões das cortes - aquelas que seriam realizadas por profissionais - sem protestar.<sup>73</sup>

Deve-se ter em mente que nem sempre uma resposta ou arranjo autoritário, imposto, é desejável ou possível para certas questões. A Constituição possui provisões que são abertas, expressando ideais muitas vezes morais, cuja interpretação nem sempre levaria a somente um resultado correto, o que pode gerar conflitos quanto a sua interpretação. Tais conflitos, apesar de poderem ser vistos como ameaças à legitimidade da Constituição, são capazes, na verdade, de auxiliar no relacionamento e reconhecimento da autoridade dessa Constituição pela

---

<sup>69</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=990968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968)>. Acesso em: 23 jun. 2015, p. 374.

<sup>70</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 379.

<sup>71</sup> ALBERT, Richard. *Constitutional Handcuffs*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1476308](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476308)>. Acesso em: 23 jul. 2015, p. 664.

<sup>72</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers)>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 1038.

<sup>73</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 375.

população. Isso acontece porque ela estará participando, de sua maneira, na efetivação do texto constitucional, ao defender seu ponto de vista. Se somente as Cortes puderem impor seu significado sobre a interpretação constitucional, a população tende a ficar afastada e alienada de sua própria Constituição.<sup>74</sup> Ademais, desacordos não tendem a sumir completamente somente porque a Corte se pronunciou em favor de um argumento e não de outro, de forma que é necessário prestar atenção em como ela responde em condições sociais de conflito e contestação.<sup>75</sup>

O perigo de uma supremacia judicial não se encontra no fato de proibir a população de emitir a última palavra sobre determinados casos, mas sim em diminuir seu engajamento político e social no processo constitucional de autogoverno. O excesso de judicialização desses aspectos tende a acabar aos poucos com a tradição da participação política, deixando transparecer que a Constituição não seria algo a ser apreendido pelo povo, logo ele, que é seu autor.<sup>76</sup> Nesse sentido, seria possível, até mesmo, acreditar em uma adoção do referendo na fase legislativa de emendas constitucionais no Brasil como uma forma de ampliar essa participação, pois, possibilitaria “uma provável permanência maior do texto constitucional, (e) a construção de uma relação de autoria do povo com a Constituição”, ao saber que somente por meio de sua manifestação direta que ela poderá ser alterada.<sup>77</sup>

O controle de constitucionalidade, então, para promover um diálogo mais aberto com os atores sociais deve evitar essa supremacia. Para Tushnet, essa mudança seria possível através de um controle de constitucionalidade tido como fraco – em oposição ao controle forte, com base em uma supremacia das decisões do Poder Judiciário. Esse tipo de controle traria a promessa de reduzir as tensões entre o controle de constitucionalidade e o auto-governo democrático, enquanto permanece reconhecendo que o constitucionalismo requer que se haja limites a esse auto-governo – ou seja, internaliza-se um constitucionalismo democrático no controle de constitucionalidade. A ideia básica seria garantir à população – diretamente ou através de seus representantes - mecanismos para responder a decisões judiciais com as quais se esteja em desacordo, mais rápido do que o processo de emenda

---

<sup>74</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Democratic Constitutionalism*. Disponível em: <[http://www.constitution2020.org/chapters/3\\_Democratic%20Constitutionalism.pdf](http://www.constitution2020.org/chapters/3_Democratic%20Constitutionalism.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 27.

<sup>75</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 378 e 385.

<sup>76</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, p. 1042/1043.

<sup>77</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 252.

constitucional ou processo de indicação de ministros.<sup>78</sup> É dizer, busca-se habilitar as Cortes para o debate.

Resta-se evidente a incompatibilidade da supremacia judicial com a ideia de democracia deliberativa. Esta última demonstra que a alternativa a uma supremacia parlamentar não precisa ser necessariamente uma supremacia das Cortes, mas sim um jogo interativo mais complexo.<sup>79</sup> Torna-se, pois, importante a possibilidade de repensar como deveria ser a atuação do constitucionalismo em um ambiente verdadeiramente igualitário, em que, na verdade, o diálogo entre as instituições e entre essas e a população estivessem em posição de destaque.

Pensar em diálogos é tentar ir além de uma teoria da “última palavra” sobre a Constituição. A teoria de um constitucionalismo dialógico, pois, afasta a questão de quem deveria ser aquele com poder de dizer por último o significado do texto constitucional para analisar os padrões que devem guiar uma interação entre os poderes. Através dela se evidencia que aquilo que a Constituição significa raramente depende exclusivamente de quem tem a “última palavra”, haja vista que significados emergem de um processo interativo de ação e reação argumentativa que vai além de uma postura proposta por uma supremacia judicial. Revela-se, pois, uma outra face da separação de poderes, não mais como uma disputa de forças, mas também como troca de razões; é dizer, sob a dimensão de uma decisão provisória e a continuidade da interação deliberativa, Cortes devem decidir se desafiam ou não os demais poderes com aquilo que considerarem serem melhores razões.<sup>80</sup>

No Brasil, o controle de constitucionalidade é uma prática recorrente do Poder Judiciário. Soma-se a isso o fato do Supremo Tribunal Federal encabeçar, cada vez mais, uma postura “monopolizadora do debate constitucional, em detrimento de outras formas de exercício da jurisdição, como o controle difuso”.<sup>81</sup> Diante dessa primazia, é comum que se esqueça que esse controle judicial-repressivo não é o único previsto constitucionalmente para aferir a constitucionalidade dos diplomas normativos, existindo, da mesma forma, o controle político-preventivo, a ser realizado pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

---

<sup>78</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 23.

<sup>79</sup> MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition), Pos. 3348.

<sup>80</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 185/186.

<sup>81</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 201, pp. 71-95, jan./mar. 2014, p. 88.

A atuação do Poder Executivo é tida principalmente por meio de veto aposto a projeto de lei, com fundamento de inconstitucionalidade da proposição legislativa. Já com relação ao Poder Legislativo, há o controle prévio realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça, no início do processo legislativo.<sup>82</sup> Isso significaria dizer que o controle de constitucionalidade permeia todo o Estado, não ficando adstrito apenas ao controle por parte do Poder Judiciário, órgão este composto por agentes públicos não eletivos, ou seja, não legitimados pela escolha popular e que não estariam sujeitos, na maioria dos casos, a um controle democrático.<sup>83</sup> É possível observar, portanto, que a Constituição, por mais que confira de forma expressa sua guarda ao Poder Judiciário,<sup>84</sup> não exclui a participação dos demais poderes na contribuição de sua interpretação e proteção.

Em contrapartida, há quem defenda (em um outro extremo) que não se deveria existir um controle de constitucionalidade judicial. Segundo a teoria de Jeremy Waldron, o *judicial review* não seria uma prática propriamente democrática, a qual apresentaria problemas ao não possibilitar formas da sociedade focar nas reais questões que envolvem uma discussão sobre direitos. Ainda, ela seria politicamente ilegítima, haja vista que privilegia a decisão de uma maioria não-eleita e não sujeita a *accountability*. Os tribunais tenderiam a se preocupar mais com legitimar suas decisões do que propriamente discutir seu mérito.<sup>85</sup> Entretanto o autor reconhece que essa prática não conseguiria ser afastada por completo do âmbito social sem que algumas condições institucionais e políticas estejam presentes.<sup>86</sup> O que Waldron defende, portanto, é que as decisões sobre direitos devem ser realizadas através das vias políticas, ou seja, pelo Poder Legislativo, pois ele seria o poder capaz de trazer a melhor resposta possível para tais problemas, por possuir essência representativa e, por conseguinte, contar com maior *accountability* - por mais que se reconheça que ele não está imune a possíveis falhas.<sup>87</sup>

Entretanto, ao se basear em uma democracia deliberativa deve-se procurar ir além da mera sobreposição de um poder sobre o outro, pautando-se na possibilidade de instalação de

---

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

<sup>84</sup> Art. 102, CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”.

<sup>85</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1383.

<sup>86</sup> Waldron enumera os seguintes pressupostos: presença (i) de instituições democráticas em bom funcionamento, incluindo um sistema representativo eleito com base no sufrágio universal; (ii) de um conjunto de instituições judiciais também em bom funcionamento, respeitando o Estado de Direito; (iii) do comprometimento da maioria da população com relação a ideia de direitos individuais e de direitos das minorias e (iv) de persistentes e substanciais desentendimentos sobre direitos, dentre aqueles que são com eles comprometidos – todos os reconhecem, por mais que possam ter visões diferentes do que eles possam significar - WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1353 e 1360.

<sup>87</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, p. 1387-1393.

um diálogo. Não se trata de afirmar que as questões seriam discutidas permanentemente, sem respostas, mas sim reconhecer a necessidade de se investigar além dessa última palavra, casos cuja natureza política e complexidade possibilitam revisão. Mesmo porque, há de se ter em mente que, por mais que muitas decisões possam estar sujeitas a futuras revisões, certas circunstâncias trazem altos custos políticos e podem se tornar irreversíveis.<sup>88</sup> Ademais, não deve ser o simples desejo de uma Corte constitucional em se ter a “última palavra” capaz de acarretar a delegação da possibilidade de exercício de uma cidadania dialógica, discursiva e inclusiva.<sup>89</sup>

### 1.2.2. O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: FORMAÇÃO DAS VIRTUDES ATIVAS E PASSIVAS

Ao se tratar de democracia deliberativa e, mais especificamente, de controle de constitucionalidade dialógico, o que se deve buscar é manter as vantagens de ambos os poderes, minimizando as desvantagens – diferentemente da supremacia judicial tratada na seção anterior -, uma vez que, assim, é possível se privilegiar as potencialidades da dinâmica de interação entre eles.<sup>90</sup> A verdade é que decisões sobre direitos devem ser tomadas em conjunto, de forma que o diálogo entre poderes tende a ser favorecido. Um dos desafios institucionais que se estabelece, pois, é conseguir manter um ponto de equilíbrio nesse relacionamento, entre alcançar determinada finalidade e manter a continuidade de seu debate.<sup>91</sup>

O chamado controle de constitucionalidade dialógico, ou baseado em diálogos, segundo Roberto Gargarella, seria uma forma de se repensar a organização institucional dos poderes, para além de sua origem clássica conflitiva.<sup>92</sup> Sua ideia perpassa a noção de incentivar a interação entre os atores político-sociais acerca de qual das possíveis interpretações rivais razoáveis sobre a Constituição estaria correta. Para tanto, seriam necessários mecanismos para que a insistência do Poder Legislativo em sua própria

<sup>88</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Is it all about the last word? Deliberative Separation of Powers I*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911822](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911822)>. Acesso em: 06 maio 2016, p. 41

<sup>89</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história, p. 92.

<sup>90</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Is it all about the last word? Deliberative Separation of Powers I* p. 41.

<sup>91</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Is it all about the last word? Deliberative Separation of Powers I*, p. 42.

<sup>92</sup> GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: \_\_\_\_\_ (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition), Pos. 2382 e 2389.

interpretação razoável seja legalmente efetiva.<sup>93</sup> O Poder Judiciário, por sua vez, continuaria sendo reconhecido como local privilegiado para concentrar atenção em valores constitucionais conectados a problemas específicos, chamando a atenção do legislador sobre tais problemas, sem impedi-los de achar uma resposta na arena democrática.<sup>94</sup> Trata-se, na verdade, de possibilitar o desenvolvimento de determinado assunto durante o tempo e entre os diversos atores sociais, de forma que as interpretações judiciais sejam mantidas, em última análise, porque os cidadãos estariam de acordo com elas.<sup>95</sup>

De acordo com Gargarella, a garantia desse diálogo inclusivo se contrastaria com a visão de separação de poderes baseada nos freios e contrapesos, pois essa organização institucional se orientaria para evitar e canalizar uma possível guerra social, sob uma lógica de conflito, ao passo que um sistema dialógico busca organizar e facilitar uma conversação entre iguais.<sup>96</sup> Esse modelo conflitivo estaria baseado em um modelo de democracia mais restritivo que desconfiaria das capacidades políticas dos cidadãos, de modo que o valor do sistema político estaria em impedir as mútuas opressões sociais.<sup>97</sup> Observa-se, assim, que a prática de um constitucionalismo dialógico pressuporia uma mudança institucional, isso porque, em certos momentos, melhor seria que ocorressem associações entre os poderes para operacionalizarem suas competências da melhor forma.<sup>98</sup>

Certamente uma das formas de realizar essa mudança é diluir a supremacia judicial em prol de um controle de constitucionalidade mais fraco, como já visto. Outra maneira seria delimitar como e com quem esse diálogo das Cortes deveria acontecer para enaltecer uma democracia deliberativa. Importante se ter em mente que incitar um caráter deliberativo nas Cortes não significa que ele deve estar adstrito somente a fase de tomada de decisão. Segundo Conrado Hübner Mendes as Cortes deveriam deliberar em três fases distintas: (i) pré-decisional, que consistiria na fase de contestação pública; (ii) decisional, que seria a fase de engajamento colegiado e (iii) pós-decisional, com a fase de decisão escrita deliberativa. Em um primeiro momento seria importante que as Cortes possibilitassem uma contestação pública envolvendo todos os atores interessados, para que eles pudessem expor seus argumentos,

---

<sup>93</sup> TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition), Pos. 2126 e 2134.

<sup>94</sup> TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica, Pos. 2176 e 2180.

<sup>95</sup> TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica, Pos. 2227.

<sup>96</sup> GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, Pos. 2419 e 2432.

<sup>97</sup> GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, Pos. 2513 e 2524.

<sup>98</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história, p. 91.

enquanto elas os testaria publicamente. Trata-se de um momento para coletar o maior número de argumentos possíveis dos interlocutores, publicizá-los e possibilitar uma abertura institucional a todos os atores que possam ter razões a serem expostas para determinado caso. Ao chegar na fase de decisão, deve-se apoiar em um engajamento colegiado da Corte, momento no qual os magistrados devem escutar os argumentos dos demais membros do tribunal, bem como se esforçar para levar em consideração todas as posições que eles foram capazes de coletar no primeiro momento. Tudo isso serve para que se busque de forma dialogada a melhor decisão, através de um consenso ou de um mínimo dissenso. Por fim, deve-se levar em consideração que a deliberação não deve acabar com a decisão do colegiado, sendo importante que esta ideia esteja presente na decisão escrita da Corte.

Uma Corte deliberativa está ciente de sua possibilidade de falibilidade e da inevitável continuidade da deliberação na esfera pública e em possíveis futuros casos, de modo que a retórica presente na sentença deve privilegiar essa ideia, ao mesmo tempo que deve buscar criar um identidade institucional dessa Corte, sem deslegitimar completamente o dissenso.<sup>99</sup> Assim, uma corte deliberativa não apenas provoca seus interlocutores formais e informais para coletar argumentos arrazoáveis na fase pré-decisional, mas também possui juízes que deliberam seriamente entre eles na fase decisional e esboça uma decisão escrita deliberativa na fase pós-decisional.<sup>100</sup>

Para alguns o conceito de diálogo pressuporia a possibilidade de uma decisão judicial ser revogada, modificada ou anulada por uma legislativa, ou seja, haveria a necessidade de uma ação do Poder Legislativo após uma decisão judicial que afastasse uma lei por inconstitucionalidade, dando continuidade do debate público.<sup>101</sup> Nesse sentido, utiliza-se muitas vezes como exemplo o dispositivo previsto na Constituição do Canadá, o qual é visto como um “poder de invalidação legislativa”, pois permite que o órgão legislativo competente recrie a lei original afastada pelo controle do tribunal sem que este interfira.<sup>102</sup> O art. 33 da Constituição canadense<sup>103</sup> - conhecido como cláusula “não-obstante”- prevê a possibilidade

---

<sup>99</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 105-111.

<sup>100</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 219.

<sup>101</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition), Pos. 170 e 203.

<sup>102</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas, Pos. 222 e 231.

<sup>103</sup> Article 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

do Poder Legislativo manter uma lei que for considerada violadora de direitos pelo Poder Judiciário. O diálogo se encontra no fato de que tal medida possuir duração máxima de cinco anos, podendo, após expirado o prazo, ser mantida ou não. Nesse meio tempo, então, é possível que o debate sobre o assunto não se desfaça e que um dos poderes mude de opinião. Gargarella, no entanto, irá apontar para outros casos que podem ser vistos como representativos de diálogos, como o “direito de consulta” relacionado aos direitos indígenas e destinado a assegurar que as comunidades afetadas por formas de exploração econômica participem dessas decisões (previsto na Convenção n. 169 da OIT e ratificada pela maioria dos países latino-americanos, incluindo o Brasil)<sup>104</sup> e as audiências públicas, previstas cada vez mais nos tribunais constitucionais.<sup>105</sup>

A partir desses últimos exemplos é possível constatar que, no tocante aos sujeitos de uma deliberação constitucional, por mais que muito se fale do diálogo entre o Poder Judiciário e os demais poderes, a ideia de um diálogo a ser realizado pelas Cortes deve incluir interlocutores externos, por mais que eles não possuam o poder de decisão. Isso significaria afirmar que a deliberação “extra-muro” entre as instituições e os demais interlocutores também auxilia na tomada de decisão. Todos aqueles que se engajam na argumentação podem contribuir para o processo de tomada de decisão, por mais que não possuam o poder final de decidir.<sup>106</sup> Trata-se da possibilidade de enriquecer a prática constitucional e observar a democracia deliberativa.

Tal postura seria importante também para se evitar a presença de *backlash* indesejável por parte da população. De maneira geral, a população espera que as cortes

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4). 34.

<sup>104</sup> Artigo 6º - 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

<sup>105</sup> GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, Pos. 2353 até 2368.

<sup>106</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 45/46.

protejam importantes valores sociais e restrinjam o governo, sempre que ele exceder em suas prerrogativas. No entanto, a autoridade para aplicação da Constituição também dependeria da confiança dos cidadãos nessa atuação, de forma que, caso as Cortes a interpretem em sentido extremamente divergente daquele presente na sociedade, esta irá arranjar meios de se objetar e resistir a tais decisões – o que seria reconhecido como *backlash*.<sup>107</sup>

A população não deve aquiescer quando as decisões judiciais não realizam a melhor interpretação da lei – em sua visão. Com efeito, um dos problemas que Gargarella irá associar com os mecanismos dialógicos seria realmente a falta de espaço que se reserva a uma ação protagonista por parte dos cidadãos. O jurista realiza uma crítica, sobretudo, à literatura jurídica que trata dessa temática, a qual geralmente privilegia o diálogo institucional, esquecendo-se da participação popular.<sup>108</sup> A população deve possuir sua fatia de participação na influência do texto constitucional também na visão de Cass Sunstein, o qual irá afirmar que os juízes devem levar em consideração as possíveis reações populares ao decidirem certos casos, sendo essa considerada uma forma de se obter informações sobre como se interpretar propriamente a Constituição em determinado caso.<sup>109</sup> Para Sunstein, deve fazer parte do momento de adjudicação das Cortes a percepção que o povo teria sobre determinado assunto, seja porque decidir contrariamente a ela poderia trazer efeitos terríveis, seja porque os juízes reconheceriam que eles podem nem sempre estarem certos sobre determinados assuntos.<sup>110</sup>

Ademais, não se deve esquecer o ganho que a deliberação interna pode propiciar nas decisões das Cortes. Conrado Hübner Mendes novamente irá elencar quatro razões para evidenciar tal afirmação. Decisões coletivas se aproveitariam do fenômeno da “despersonalização”, fazendo com que opiniões tenham que necessariamente se relacionar com as demais, não soando individualizadas. Ainda, tais decisões poderiam empoderar a visão da Corte como instituição, fortalecendo-a no cenário político, ao se encontrar unida, sem a concentração demasiada de poderes nas mãos de um só magistrado, prevenindo abusos. A interpretação de qualquer lei – sobretudo da Constituição – é muitas vezes complexa, devendo, assim, ser aberta para diversas vozes em deliberação, deixando-se espaço inclusive para desacordos. Por fim, haveria uma probabilidade menor de falhas na tomada de decisão

---

<sup>107</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 374.

<sup>108</sup> GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, Pos. 2849.

<sup>109</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *If People Would Be Outrage by Their Rulings, should Judges Care?*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=965581>>. Acesso em: 24 jul. 2015, p. 62.

<sup>110</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *If People Would Be Outrage by Their Rulings, should Judges Care?*, p. 3/4.

quando um grupo de juizes dialoga em conjunto suas razoes, do que quando um deles devera agir sozinho.<sup>111</sup>

Observa-se, portanto, que as Cortes constitucionais possuem potencial de deliberacao tanto interna, quanto externa; tanto entre os poderes, quanto com a populacao. Em um primeiro momento seria importante que elas reconhecessem esse papel, para depois colocá-lo em pratica. Essa efetivacao pode ser atrelada a utilizacao de virtudes ativas e passivas.

Para que as Cortes consigam viabilizar na pratica seu papel potencializador do debate, ha quem acredite ser possivel que elas possam modular sua intervencao ou contencao a depender da performance do Parlamento. Nesse sentido, ela deveria sentir a ocasio e optar por atos expansivos ou comprimidos, a depender do contexto social. Agindo deliberativamente os juizes atuariam colaborando com as maiorias para se pensar como se deve chegar a melhor solucao para um caso. Por conseguinte, eles “nao optam nem pela passividade e o silencio (como se fossem alheios aos conflitos constitucionais em jogo) e tampouco optam por um ativismo que imponha seus proprios criterios as maiorias democraticas (como se fossem legisladores)”.<sup>112</sup> Logo, para quando e o quanto decidir, bem como para se achar um espaco no meio termo, evitando excessos ou total timidez, continuam sendo os desafios que devem ser encarados pelas Cortes. Com o intuito, pois, de concretizar essa postura que as Cortes constitucionais devem saber modular as virtudes ativas e passivas de maneira prudente.<sup>113</sup>

As virtudes ativas – ou seja, os momentos de decisao da Corte – normalmente possuem maior legitimidade quando corroboram direitos, sobretudo os sociais, basicos para possibilitar uma participacao livre e igualitaria no processo politico. A ausencia de politicas publicas para efetivar esses direitos faz com que uma atuacao jurisdicional nessa area não esteja em conflito com a democracia – basta, na verdade, enunciar como melhor se faria essa atuacao jurisdicional a luz de uma democracia deliberativa. Assim, verifica-se fazer parte do agir dos juizes a concretizacao de direitos, sobretudo os sociais quando ignorados pela vida publica, como parte de uma promocao de deliberacao democratica.<sup>114</sup>

Ja as virtudes passivas estariam ligadas a nocao de momentos de não-decisao pela Corte. É possivel relacionar tais momentos com a necessidade dos juizes agirem com cautela, não tomando grandes decisoes em casos constitucionais complexos (normalmente quando há

---

<sup>111</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 63.

<sup>112</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 160.

<sup>113</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Neither dialogue nor last word – Deliberative Separation of Powers III*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911852](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911852)>. Acesso em: 02 maio 2016, p. 27/28.

<sup>114</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 157/158.

divergência sobre princípios), como defende Cass Sunstein, ao elencar as virtudes de um juiz minimalista.<sup>115</sup> Segundo o jurista, essa postura seria desejável, uma vez que juízes não são eleitos, possuindo certo déficit democrático. Soma-se a isso o fato de não serem capazes, por vezes, de prever as consequências de suas próprias decisões, motivo pelo qual não deveriam se posicionar a qualquer custo sobre questões políticas controversas.<sup>116</sup> As vantagens de atuar como um minimalista seria, pois, de dizer somente o suficiente para justificar suas decisões. Assim, ao não decidir todas as questões de maneira definitiva, não haveria grande diminuição no espaço para posteriores discussões, favorecendo novos debates e enriquecendo a democracia.<sup>117</sup>

Dessa forma, as práticas de virtudes passivas também tenderiam a possibilitar o diálogo, haja vista que não estariam as Cortes obrigadas a simplesmente validar ou invalidar um ato normativo, podendo se abster em certos casos. Ademais, exige uma maior consciência do Poder Judiciário de sua atuação, ao se conseguir estabelecer níveis de sua necessidade e intensidade. É possível concluir, nesse sentido, que a função desse poder não seria somente estabelecer decisões definitivas, mas também direcionar a sociedade para chegar a essa solução.<sup>118</sup> Fato é que as relações de poder não se encontram presentes somente nas decisões dos agentes, mas também em suas não-decisões.<sup>119</sup> Não se trata apenas de uma simples inércia, pois, nesses casos, não atuar denota a mobilização de certa tendência em determinado assunto.<sup>120</sup> É dizer, ao não atuar o agente estaria, igualmente, posicionando-se quanto a determinado tema.

Às Cortes constitucionais seria cabível certo grau de discricionariedade mais criativa que em uma adjudicação ordinária, contudo, certamente, menos que a de um legislador.<sup>121</sup> A distinção entre lei e política se daria de uma forma bem menos estanque, e isso não seria necessariamente devido à abertura principiológica contida no texto constitucional, mas muito mais por causa da jurisdição constitucional, a qual delimita o domínio político através de uma parceria conflitiva com o legislador.<sup>122</sup> Acontece que estariam imiscuídas em um ambiente político que demandaria uma atuação ciente do contexto político e social, bem como suas

<sup>115</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 27/28.

<sup>116</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 35.

<sup>117</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers II*, p. 8/9.

<sup>118</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue*, p. 6 e 8.

<sup>119</sup> BACHARACH, Peter; BARATZ, Morton S. Decisions and Nondecisions: An Analytical Framework. In: *The American Political Science Review*, vol. 57, n. 3 (Sep., 1963), p. 632-642. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1952568?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21106504421223>> . Acesso em: 13 mar 2015, p. 632.

<sup>120</sup> BACHARACH, Peter; BARATZ, Morton S. Decisions and Nondecisions, p. 641.

<sup>121</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 74.

<sup>122</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 99.

propriedades institucionais possibilitariam – ou deveriam possibilitar - isso. Dessa forma, restaria ainda a questão – não só se elas poderiam agir intercalando as virtudes ativas e passivas a depender das circunstâncias – de como as virtudes das Cortes poderiam ser bem enaltecidas em suas decisões.

A ideia de se reconhecer uma possibilidade de saber quando agir e quando não agir para as Cortes seria de adequá-las a uma perspectiva dialógica dentro de um cenário político e social. Cortes não decidem em um vácuo político, de modo que, para se ter um processo de decisão inteligente e efetivo, deve-se ser perceptivo e reativo ao clima político que as cercam.<sup>123</sup> Fato é que as Cortes são sensíveis ao grau de aceitabilidade de suas decisões, avaliam sua legitimidade e calibram sua intervenção segundo as expectativas sociais em torno de seu papel ou da conformidade que consideram capazes de assegurar.<sup>124</sup> É importante, para tanto, que elas saibam o estágio certo em que se encontra uma deliberação e a qualidade dos argumentos presentes nas discussões para determinar quando deferir algo ou se omitir, ou mesmo para se saber quando se deve continuar insistindo por novas razões e novas rodadas de deliberação. Uma Corte deve ser capaz de operar a jurisdição constitucional não somente com seus litigantes, mas com a esfera pública geral, para que, deste modo, consiga atuar como catalizador externo de deliberação e trabalhar como um fórum de contestação aberto e acessível.<sup>125</sup>

Tendo visto os motivos para se atuar utilizando essas virtudes, deve-se buscar agora elucidar como seria a melhor forma de efetivá-las e evidenciar como que o Supremo Tribunal Federal no Brasil – Corte responsável pelo controle de constitucionalidade abstrato – estaria as utilizando.

---

<sup>123</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 196.

<sup>124</sup> MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra, Pos. 3157.

<sup>125</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 116 e 187.

## CAPÍTULO 2 – VIRTUDES ATIVAS: CONCRETIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se falar sobre a atuação das Cortes é possível se identificar uma quase unanimidade entre os juristas de que um de seus principais papéis seria o de preservar os direitos fundamentais.<sup>126</sup> A visão defendida pela democracia deliberativa – sobretudo a de Nino-, também coaduna com essa ideia, haja vista que delega ao Poder Judiciário a função de proteger direitos considerados essenciais à priori para a realização desse ideal democrático. Tãmanha relevância advém, sobretudo, do reconhecimento da Constituição como lei fundamental a ser privilegiada em um ordenamento jurídico, o que se traduziria na instituição de um Estado Democrático de Direito “com a garantia de direitos fundamentais para os cidadãos e de estruturas procedimentais que estabeleçam condições democráticas de deliberação”.<sup>127</sup> Sendo, portanto, a concretização de direitos fundamentais indispensável ao desenho democrático aqui defendido e objeto precípua das Cortes, sobretudo as constitucionais, deve-se analisar como deve e está sendo desempenhada essa virtude ativa.

De início é possível ressaltar a expansão que esse papel das Cortes constitucionais sofreu – e vem sofrendo – em diversas partes do mundo, destacando-se como protagonistas em diversas questões essenciais à sociedade, até mesmo em casos de implementação de políticas públicas e em temas controvertidos, muito devido à previsão de controle de constitucionalidade nas Constituições, a partir sobretudo da segunda metade do século XX.<sup>128</sup> Tal expansão é identificada por muitos como uma “judicialização”, a qual levaria a transferência de poderes aos magistrados, proporcionando uma alteração na forma de apreensão e argumentação de determinados temas, como afirma Luís Roberto Barroso. Para o jurista, judicialização significaria “que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas

<sup>126</sup> Evidentemente há graus distintos de quanto uma Corte poderia influenciar em seus julgados visando a proteção desses direitos. Mas fato é que desde autores procedimentalistas como J. H. Ely, até os mais substancialistas, como Dworkin, a manutenção desses direitos é considerada uma das partes primordiais da jurisdição constitucional – Ver: ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980; DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

<sup>127</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 186.

<sup>128</sup> Deve-se levar em consideração que a instituição do controle de constitucionalidade foi um dos marcos mais observados ao se tratar de expansão do Poder Judiciário, não se pretendendo realizar uma uniformização desse fenômeno, tendo em vista que diferentes culturas jurídicas e diferentes processos de reconstitucionalização, ocorrendo em cenários distintos, acarretam em diferentes consequências e formas de judicialização - BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 66/67; BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 13 jun 2016, p. 1.

tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...).<sup>129</sup> Na mesma linha, Rodrigo Brandão irá afirmar ser esse “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”.<sup>130</sup>

Vale ressaltar, no entanto, que a mera judicialização não representaria necessariamente, por si só, uma quebra do perfil de atuação dialógico e deliberativo de uma Corte, isso porque judicialização, nos termos aqui expostos, não deve ser confundida com ativismo judicial. Enquanto a judicialização em boa parte decorre de um desenho institucional, muitas vezes já posto pelo próprio constituinte, o ativismo “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.<sup>131</sup> Contudo, a própria conduta ativista pode vir a promover o diálogo e a deliberação, como se verá adiante. Para Cass Sunstein uma atitude ativista seria medida pela frequência com que os tribunais derrubam as ações dos outros poderes do Estado, tendendo a precipitar o processo democrático ao retirar as decisões das mãos dos eleitores, o que não possuiria de antemão valoração positiva ou negativa.<sup>132</sup>

A busca por não se valorar a priori um agir ativista visa não enrijecer a relação entre os poderes sob o padrão clássico de separação de poderes, o qual já sofreu muitas críticas, inclusive sendo considerado como ideal utópico.<sup>133</sup> A ampliação e efetivação de direitos acaba caminhando junto com certa “juridificação” das relações sociais,<sup>134</sup> bem como a noção de diálogos ultrapassa esses formatos tradicionais de divisão de funções, como já visto.

A ideia de ativismo judicial, assim, perpassa a noção de uma atuação mais intensa do Poder Judiciário a partir de uma interferência maior no âmbito de atuação dos demais poderes. Barroso irá afirmar que essa atuação pode se manifestar por meio de diversas condutas, as quais podem incluir a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em

---

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 3.

<sup>130</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 66.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 6 e 17.

<sup>132</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 42/43.

<sup>133</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 183/184.

<sup>134</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*, p. 193.

matéria de políticas públicas.<sup>135</sup> O oposto ao ativismo é a ideia de “autocontenção judicial”, que será melhor discutida ao se tratar das virtudes passivas.

Ao se estudar as virtudes ativas das Cortes, com enfoque na proteção e concretização de direitos fundamentais, irá se perpassar por essas noções de ativismo e judicilização, as quais se procurará afastar de uma aproximação com uma supremacia judicial, que vai de encontro com a ideia dialógica aqui defendida. A maximização do agir judicial juntamente a essa proeminência do Poder Judiciário tende a aumentar o número de decisões que se vêm cristalizadas em um bloco constitucional e fadadas a uma difícil alteração pelos demais poderes e deliberações democráticas.<sup>136</sup>

Neste capítulo se pretende elucidar de que formas as Cortes constitucionais, incluindo principalmente o Supremo Tribunal Federal, protegem os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais e como um controle de constitucionalidade dialogado tende a auxiliar na concretização desses direitos, otimizando a atuação judicial em uma verdadeira virtude ativa. Por fim, discutir-se-á sobre alguns mecanismos que podem auxiliar nessa prática.

## **2.1. CORTES CONSTITUCIONAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Se a principal virtude ativa de uma Corte constitucional é proteger os direitos fundamentais, essa também deve ser uma função precípua do Supremo Tribunal Federal. Antes de se adentrar em como tem sido essa atuação do STF, vale ressaltar que a questão da expansão do Poder Judiciário também atinge o Brasil em suas peculiaridades, tendo sido a solidificação da democracia, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, um dos principais vetores de sua fomentação.<sup>137</sup> Dentre fatores que contribuem para esse fenômeno tem-se o amplo rol de direitos e princípios presentes na Constituição; a presença de um controle de constitucionalidade misto, com considerável abertura para legitimados ativos nas ações de constitucionalidade e possibilidade de participação de terceiros e modulação dos efeitos das sentenças no controle abstrato; bem como as condições interpretativas que

---

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 6.

<sup>136</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 168.

<sup>137</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 72; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*, p. 197.

invadiram o cenário nacional ao se reconhecer a força normativa da Constituição, sobretudo de seus princípios.<sup>138</sup>

Através desse conjunto de fatores, resta claro que o órgão que mais se viu afetado com a judicialização foi o STF, o qual, tendo suas competências cada vez mais amplificadas, torna-se uma “instituição *sui generis* no direito constitucional comparado, dada a acumulação de papéis de Tribunal Constitucional, foro especializado e Tribunal de última instância”.<sup>139</sup> Acredita-se, assim, que muito da judicialização adveio do próprio desenho institucional vigente.<sup>140</sup> Essa acumulação de funções, no entanto, não fez apenas o volume de trabalho aumentar, mas também fortaleceu a noção de supremacia judicial no país.

Nesse meio de prevalência do STF também se tornaram comuns as decisões que contam com a aplicação direta de princípios e a amplitude da fundamentação, não se limitando a usar razões necessárias à resolução do caso concreto, favorecendo-se posturas ativistas.<sup>141</sup> Observa-se casos de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto – e independentemente da vontade do legislador –, como foi o da fidelidade partidária (ADIs 3999 e 4086); ou mesmo de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos (não de ostensiva violação constitucional), como foi o caso da verticalização das coalizões eleitorais (ADI 3685).<sup>142</sup>

O ativismo junto à supremacia judicial, contudo, tende a, infelizmente, garantir cada vez menos espaço à deferência a interpretações legislativas e participações democráticas, o que vai de encontro à noção do constitucionalismo dialógico, podendo trazer consequências não desejadas junto a proteção dos direitos fundamentais. Como exemplo, é possível citar o caso das uniões homoafetivas pelo STF (ADPF 132 e ADI 4277). De uma maneira geral essa foi uma decisão que evidentemente ampliou o reconhecimento de direitos, tendo sido bem recepcionada por setores relevantes no âmbito jurídico e na sociedade e fruto de unanimidade dos ministros.

Arguiu-se que haviam princípios constitucionais, de inegável densidade normativa, que estavam sendo renegados a partir do não-reconhecimento das uniões homoafetivas. Esses princípios constitucionais alegados nas ações foram o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV); direito fundamental à igualdade e à liberdade (art. 5º, caput); a promoção de uma

---

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 3/4; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 121-123, 127 e 135.

<sup>139</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 141.

<sup>140</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 6.

<sup>141</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 163/164.

<sup>142</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 8.

sociedade livre e em preconceitos, como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, IV) e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput).<sup>143</sup> Consequentemente, demandou-se que fosse realizada uma interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil para que se aplicasse também às relações homoafetivas o regime jurídico da união estável.<sup>144</sup> Como resultado, a Corte realizou essa interpretação conforme à Constituição para equiparar as uniões homoafetivas à união estável, segundo as mesmas regras e consequências, e excluindo quaisquer significados que possam impedir o reconhecimento daquelas uniões como entidades familiares.<sup>145</sup>

Não se pode negar as contribuições positivas que – ao menos em um primeiro momento – é possível extrair dessa decisão, que reafirma a postura do STF em muitas vezes suscitar questões sociopolíticas relevantes, as quais deveriam ter eclodido perante as instâncias da democracia representativa, mas não o foram.<sup>146</sup> Contudo, ao mesmo tempo deve-se elucidar as consequências negativas que tamanha postura da Corte suscitou na concepção de atuação da jurisdição constitucional. A começar pela incompleta utilização da técnica decisória de “interpretação conforme à Constituição”, a qual pressuporia um amplo debate entre as várias interpretações possíveis, o que não aconteceu no caso em tela.<sup>147</sup>

Na visão de Lenio Streck, pois, tal decisão não teria sido a melhor abordagem a ser utilizada pelo STF, uma vez que colidiu com disposição constitucional expressa, fragilizou a separação dos poderes e reforçou o pragmatismo jurídico; contribuindo para o risco do Tribunal se transformar em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição.<sup>148</sup> Ainda, soma-se a isso a preocupante – e cada vez mais recorrente – aceitação por parte da dogmática jurídica nacional da possibilidade de utilização de quaisquer atitudes e métodos por parte da Corte, com vias à garantia dos “bons ativismos judiciais”, valorados a partir da percepção positiva das decisões.<sup>149</sup>

Assim, observa-se que por mais que esse caso trouxe a efetivação de direitos, ele o fez de maneira muito superficial e sem fazer com que o STF atuasse de forma dialógica e

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. In: *Direito.UnB*, v. 01, n. 01, pp. 221-244, jan.- jun. 2014, p. 227 e 235.

<sup>144</sup> BARROSO, Luís Roberto. Uniões homoafetivas, p. 238.

<sup>145</sup> Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 12 jun 2016.

<sup>146</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável como direito fundamental pela Justiça Constitucional. In: *Direito.UnB*, v. 01, n. 01, pp. 245-279, jan.- jun. 2014, p. 248.

<sup>147</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável como direito fundamental pela Justiça Constitucional, p. 251.

<sup>148</sup> STRECK, Lenio Luiz. O caso da ADPF 132: defender o texto da Constituição é uma atitude positivista (ou “originalista”)? In: *Direito.UnB*, v. 01, n. 01, pp. 280-304, jan.- jun. 2014, p. 283/284.

<sup>149</sup> STRECK, Lenio Luiz. O caso da ADPF 132, p. 286.

deliberativa. Como afirma Leonardo Martins, a “decisão judicial (...) mais parece preocupada em firmar uma imagem institucional progressista do que com sua legítima missão jurídico-constitucional”, ao não contribuir com a deliberação democrática da questão.<sup>150</sup> A ausência de diálogo e debate foi tal que não blindou a decisão de um possível *backlash* indesejável com a propositura de um “Estatuto da Família” pelo Congresso Nacional,<sup>151</sup> revelando um descompasso entre decisões judiciais e demais atores sociais. Vale reiterar que o bom relacionamento das cortes com os demais atores sociais antes e depois de suas decisões é importante não só na legitimação de suas decisões, mas também como uma forma de melhorar sua performance deliberativa.

O STF não só possui déficit na utilização de mecanismos dialógicos em seu controle de constitucionalidade, como na efetivação de direitos fundamentais que fogem à regra da “primeira dimensão”. Apesar de haver casos que versem sobre direitos tidos como sociais, dificilmente eles são efetivados no plano concreto por uma decisão judicial – e quando os são, raramente escapam da crítica à ausência de deliberação, justificando-se a necessidade de análise dupla quanto à efetividade jurisdicional de direitos sociais e à melhor forma das Cortes empreenderem a concretização dos direitos, face a uma democracia deliberativa.

### 2.1.1. A NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Antes de se adentrar precisamente em como as virtudes ativas podem ser desempenhadas por meio de um controle de constitucionalidade dialógico, torna-se necessário perpassar por um dos objetivos das virtudes ativas que deixa a desejar em muitas Cortes, que seria a efetivação dos direitos sociais – por serem eles também direitos fundamentais e, portanto, fruto de uma das primordiais finalidades da jurisdição constitucional. Levando-se em consideração que não existe norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, Ingo Sarlet irá afirmar que os direitos fundamentais a prestações sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo na medida dessa aptidão diretamente aplicáveis.<sup>152</sup> Essa aplicabilidade, por conseguinte, seria capaz de justificar o estudo da apreensão dos direitos sociais pelas Cortes – por mais que a primazia da concretização desses direitos se

---

<sup>150</sup> MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável como direito fundamental pela Justiça Constitucional, p. 259.

<sup>151</sup> PL 6583/2013 – CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Lei e outras proposições* – PL 6583/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 11 jul 2016.

<sup>152</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 280/281.

encontre com os Poderes Legislativo e Executivo, na criação e instituição de políticas públicas.<sup>153</sup>

A importância dos direitos sociais também se impõe pelo fato de serem esses os direitos que estão intimamente vinculados a tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição de recursos, necessárias à manutenção e participação democrática.<sup>154</sup> A formação de um autogoverno pela população requer um grau de igualdade participativa, a qual, em parte, advém de uma adequada distribuição de recursos.<sup>155</sup> Dessa forma, são esses direitos pré-condição para o exercício dos chamados direitos de liberdade.<sup>156</sup> Todavia, ao mesmo tempo, são esses direitos os mais negligenciados pela jurisdição constitucional. Muito se deve, sobretudo, pela noção de que esses direitos seriam mais custosos que os de primeira geração por sua dimensão prestacional. O que se negligencia, no entanto, é que os direitos fundamentais, de uma forma geral, possuem dimensões tanto negativas quanto positivas (uma, às vezes, de maior intensidade do que a outra), servindo isso tanto para os direitos sociais, quanto para os de liberdade ou políticos.<sup>157</sup>

Assim, de início deve-se afastar a noção que muitos juízes adotam de que respeitar a democracia seria sinônimo de não por em prática os direitos sociais, seja porque eles seriam custosos demais, seja por uma questão de respeito à separação de poderes.<sup>158</sup> Independentemente da presença de dupla dimensão nos direitos fundamentais, o fator “custo” nunca constituiu um elemento impeditivo para a efetivação dos direitos de primeira geração por via judicial – mesmo que eles também impliquem em impacto financeiro-, enquanto a efetividade dos direitos sociais é diretamente vinculada ao seu possível impacto econômico. Não se quer aqui deixar de evidenciar que o impacto econômico desses direitos sociais realmente tendem a ser maiores, mas sim que por si só essa não deve ser justificativa suficiente para que o direito deixe de ser garantido.<sup>159</sup>

---

<sup>153</sup> Ingo Sarlet irá afirmar que a necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais se justifica por se tratar de um problema de natureza competencial, tendo em vista que a realização desses direitos dependeriam da disponibilidade dos meios, bem como da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica. - SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 293.

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 284.

<sup>155</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. In: *Perfiles Latinoamericanos*, Distrito Federal, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, n. 028, pp. 9-32, julio/diciembre 2006, p. 16.

<sup>156</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 186.

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 283.

<sup>158</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 10/11.

<sup>159</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 285; TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 234.

Evidentemente que se reconhece que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de recursos, o que legitima boa parte da doutrina se utilizar do instrumento argumentativo da “reserva do possível” para prover ou não um direito social. A reserva do possível, para Ingo Sarlet, dispõe de uma dimensão tríplice: i) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e iii) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade.

Contudo, a reserva do possível não deve ser considerada parte do núcleo essencial de um direito – imanente à natureza dos direitos sociais -, mas sim uma espécie de limite jurídico e fático, a qual não pode servir sem justificativas como um impeditivo à intervenção judicial, ou como desculpa genérica para a omissão estatal. O argumento econômico não deve ter o condão de, por si só, determinar quais direitos podem ser judicialmente garantidos e quais não precisariam ser (ou que se bastaria que fossem reconhecidos, mas não efetivados).<sup>160</sup> Saber dosar a utilização da reserva do possível, pois, deve ser condição com vias de se garantir um respeito aos direitos sociais. Isso pode ser feito, por exemplo, instituindo ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes e da eficiente aplicação dos mesmos.<sup>161</sup>

Não obstante essas dificuldades econômicas que são impostas para a implementação dos direitos sociais, fato é que boa parte desses direitos já foram objeto de concretização pelo Legislador – seja de forma satisfatória ou não -, elevando a população ao status de titular de um direito subjetivo à prestação com relação a muitos desses direitos.<sup>162</sup> O que não significa que não haja maiores problemas. Mesmo que um determinado direito social já tenha sido positivado, seu acesso ainda pode ser deficitário ou desigual. Para Ingo Sarlet também é legítima a postulação pelo direito à devida prestação, decorrente do princípio da isonomia, uma vez que o “Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (...), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos” – isso, evidentemente, nos casos de um tratamento desigual de cunho arbitrário.<sup>163</sup> Trata-se, portanto, de mais um motivo para se acionar o Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais.

Tendo em vista, portanto, a normatividade e aplicabilidade imediata dos direitos sociais, bem como a dificuldade de sua implementação – seja em sua positivação ou

---

<sup>160</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 247.

<sup>161</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 288 e 356.

<sup>162</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 300.

<sup>163</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 301/302.

efetivação através de políticas públicas -, o que se observa que a menor concretização desses direitos reside muito mais em uma alegada ausência de legitimidade dos tribunais para determinar o objeto e quantum de prestação devido, do que no grau de completude da norma, haja vista que a decisão dos recursos públicos deveria recair nos poderes representativos.<sup>164</sup> Teorias democráticas que preveem a distribuição estanque de funções entre os poderes, pois, tendem a classificar a efetivação de direitos sociais como mero ativismo judicial, o qual deveria ser evitado.<sup>165</sup>

Deve-se ressaltar que um possível progressismo jurisprudencial não precisa comportar necessariamente um ativismo judicial exacerbado. Leonardo García Jaramillo afirma que é possível distinguir entre atuações desejáveis de “um tribunal comprometido com a realização de direitos e as atuações indesejáveis porque comportam uma pretensão de substituição aos órgãos encarregados pelo desenho e execução da políticas públicas”.<sup>166</sup> Assim, por si só esse “problema de competência” não retira a legitimidade do Poder Judiciário em atuar nessa seara, se ela for realizada nos ditames de controle de constitucionalidade dialógico, pautado em uma democracia deliberativa.

Muito citado por diversos autores ao se tratar sobre a adjudicação de direitos sociais está o caso emblemático *Grootboom*, ocorrido na África do Sul. A Corte sul-africana, ao lidar com a demanda em questão, reconheceu que o Estado estaria desrespeitando a previsão do artigo 26(2) da Constituição sul-africana ao não incluir satisfatoriamente nos planos de moradia medidas razoáveis para garantir o acesso de pessoas sem-teto, que viviam em condições intoleráveis ou de crise, e de pessoas sem acesso à terra. Arguiu-se que um plano que excluía essas pessoas não deveria ser considerado razoável e legítimo ante as disposições constitucionais. Por conseguinte, reconheceu-se os direitos dos requerentes, mas sem impor medidas concretas aos demais poderes, ou fixar prazos para tanto.<sup>167</sup> Diante de tal situação, foi exigido somente que o Estado criasse um programa destinado a cumprir essas obrigações, visando prover alívio a essas pessoas necessitadas.<sup>168</sup>

Este caso é trazido à discussão pelo fato de conseguir demonstrar uma prática real e possível de os juízes contribuírem para a deliberação de assuntos públicos importantes, sem minar a democracia. Evidencia-se que a Corte conseguiu, ao mesmo tempo, abordar assuntos que estavam sendo renegados pelas autoridades públicas, mas sem desrespeitar propriamente

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 348.

<sup>165</sup> GARGARELLA, Roberto. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*, p. 18.

<sup>166</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 177.

<sup>167</sup> DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. In: *I•CON*, v. 5, n. 3, pp. 391–418, 2007, p. 393.

<sup>168</sup> GARGARELLA, Roberto. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*, p. 23/24.

a supremacia popular e a autoridade de seus representantes. Realizou-se a inclusão social daqueles que se viam marginalizados pela ausência de política pública de qualidade sem que fosse necessário recorrer à especificação das medidas e remédios a serem utilizados pelos demais poderes na cura desses problemas.<sup>169</sup> Contudo, ainda deixa a desejar no quesito de fomentação de um diálogo, isso porque não houve uma preocupação de acompanhar o andamento das políticas após a decisão – as quais foram implementadas, mas não condisseram com o previsto e necessário para real inclusão social.<sup>170</sup>

Por sua vez a atuação do STF se aproxima, em alguns casos, da decisão analisada. Ou o tribunal se contém à mera declaração de violação de um direito, ou há uma forte tendência à aplicação direta de princípios constitucionais, juntamente ao uso de argumentos não estritamente jurídicos e de métodos de raciocínio mais fluidos. Como consequência, as decisões tendem a adotar teses jurídicas abrangentes, enfatizando complexas teorias e se embasando em princípios de alta densidade moral.<sup>171</sup> Muito se aproxima da visão perfeccionista adotada por Cass Sunstein, através da qual magistrados buscariam fazer o melhor possível para a população através do recurso interpretativo, isso significando até mesmo o reconhecimento e criação de novos direitos.<sup>172</sup> O grande problema em seguir somente a visão perfeccionista restaria no fato de que ela proporcionaria a atribuição de enorme poder aos juízes para selecionar e escolher valores que em sua perspectiva sejam considerados cruciais para promover a Constituição e sua visão subjetiva de mundo. Perfeccionistas, portanto, tendem a não respeitar seriamente o processo democrático.<sup>173</sup>

Observa-se, pois, o perfil juriscêntrico na interpretação judicial pelo STF, somado às idas e vindas em sua postura institucional – a qual tende a se basear nos extremos -, ora se abstendo de garantir os direitos sociais, ora revelando significativo avanço sobre áreas tradicionalmente ocupadas pelo legislador. Isso acontece através de decisões que fogem ao equilíbrio entre os poderes, com medidas tais como o afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado e a criação ou alteração de norma constitucional.<sup>174</sup>

Evidente que as decisões concernentes a direitos sociais podem promover entendimentos controversos, sendo previsível, pois, resistência a sua implementação. Dessa forma, deve-se buscar o apoio de atores políticos para que elas sejam efetivadas e respeitadas pela sociedade. A utilização de decisões dialógicas, por si só, já tendem a envolver diversos

<sup>169</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 24.

<sup>170</sup> DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights, p. 403.

<sup>171</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 177.

<sup>172</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. xii.

<sup>173</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, p. 40 e 251.

<sup>174</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 143.

atores sociais e a fazer o tribunal pensar de forma, muitas vezes, a prever o impacto político de suas decisões, enaltecendo seu papel deliberativo como Corte constitucional.<sup>175</sup>

A isso soma-se o fato de estarem os juízes em uma boa posição institucional para fomentar esse debate, uma vez que o Poder Judiciário recebe várias demandas daqueles que sentem que foram tratados indevidamente pelo processo político de tomada de decisões;<sup>176</sup> bem como a importância a ser dada pelas Cortes a esses direitos fortalece a cultura jurídica em torno deles e pode fazer com que se aumente na própria sociedade a necessidade de sua real efetivação.<sup>177</sup> Deve-se afastar da noção de que a garantia judicial desses direitos sociais só conseguiria ser realizada através de um controle de constitucionalidade forte, baseado em uma supremacia judicial.<sup>178</sup>

Diante dessas formas de atuação para efetivação de direitos sociais, e de uma forma geral, uma Corte constitucional não deve se mostrar indiferente às consequências políticas de suas decisões, visando, sobretudo, impedir resultados danosos. Contudo, não se deve esquecer que esse agir só deve acontecer dentro dos limites e possibilidades legitimamente abertos pelo ordenamento jurídico,<sup>179</sup> o que pode ser concretizado a partir de um controle de constitucionalidade dialogado.

Como bem lembra Ingo Sarlet, “não se pode esquecer é que nem a previsão de direitos sociais na Constituição, nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só produzir o padrão desejável de justiça social (...)”,<sup>180</sup> a qual só pode ser alcançada através de uma efetiva implementação dos direitos sociais. Esta, por sua vez, deve passar pelo planejamento e participação de todos os poderes do Estado, fazendo com que as capacidades institucionais de cada ator envolvido, venham a auxiliar na promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais.<sup>181</sup> Para o Poder Judiciário isso significaria apostar talvez em um controle de constitucionalidade dialogado, mais fraco do que aquele baseado em uma supremacia judicial, sem que para isso significasse enfraquecer o direito fundamental em si,<sup>182</sup> como se verá adiante.

<sup>175</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 209.

<sup>176</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 21.

<sup>177</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 251.

<sup>178</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 231.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 18.

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 353.

<sup>181</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 362.

<sup>182</sup> Para Tushnet, um direito social é considerado forte quando as Cortes o garantem completamente, sobretudo quando elas acreditam que o Poder Legislativo falhou em prover aquilo previsto pela Constituição, o que, não necessariamente, significa que elas devem se utilizar de medidas fortes para tanto - TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 238 e 245.

### 2.1.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIALOGADO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Depois de evidenciado que os direitos sociais possuem a mesma importância dos demais direitos fundamentais e que, portanto, devem ser igualmente garantidos, passa-se a elucidar a melhor forma disso se concretizar, à luz de uma democracia deliberativa. O papel dos tribunais, nesses casos, não deve ser negligenciado e, quando bem estruturado, torna-se uma verdadeira virtude ativa, cuja contribuição se encontra não somente “no fato de trazer à tona assuntos até então ignorados pelas autoridades políticas, mas também no fato de como encontrar uma solução que respeite a autoridade do povo e de seus representantes”.<sup>183</sup>

A importância da participação dos tribunais se demonstra, sobretudo, pois não deve se confiar na existência de uma capacidade perfeita de todas as instituições em desenvolverem suas funções. Assim, por mais que possa ser função primordial do Poder Legislativo concretizar direitos fundamentais e criar políticas públicas, é certo que eles podem incorrer em erro, seja na falha de reconhecer que uma lei pode ser interpretada de forma a infringir direitos; falha ao prever o real impacto de uma lei sobre direitos; ou mesmo inércia em agir para a concretização de um direito advindas do próprio processo político e legislativo.<sup>184</sup> Não significaria aqui afirmar, então, que essas questões seriam melhor resolvidas no Poder Judiciário e que, portanto, seu debate deveria ser transferido para lá, mas sim que sua participação pode ajudar a dirimir tais empecilhos através da divisão do debate, a partir de uma perspectiva dialógica.<sup>185</sup>

As Cortes, pois, devem fugir de uma supremacia judicial, a qual se apoia somente nas virtudes intelectuais de uns poucos, para se sujeitar a um debate aberto e constante<sup>186</sup> – e isso deve ser aplicado em seu controle de constitucionalidade, visto que “a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco”.<sup>187</sup> Isso significaria afirmar que tribunais, como o STF, deveriam ser deferentes para com as deliberações do Congresso – quando este preserva a democracia e os direitos fundamentais -, buscando não impor suas escolhas, preferências ou vontades, haja vista só atuarem legitimamente quando são capazes de fundamentar suas decisões sob base constitucional.<sup>188</sup> Assim, é certo afirmar que “a busca por soluções de casos complexos, os quais demandam

<sup>183</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 159.

<sup>184</sup> DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights*, p. 402/403.

<sup>185</sup> DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights*, p. 405.

<sup>186</sup> GARGARELLA, Roberto. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*, p. 28.

<sup>187</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 12.

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 12.

respostas institucionais elaboradas, precisa ser estabelecida de modo dialógico, como uma conversa contínua entre as partes envolvidas na sua confecção e na sua fiscalização posterior”.<sup>189</sup>

É exatamente visando almejar o melhor desempenho do Poder Judiciário e das virtudes ativas de uma Corte constitucional que se defende a necessária releitura da tradicional separação de poderes em prol da prática de diálogos institucionais. E isso seria afirmar que as decisões a serem tomadas por qualquer um dos poderes passam a ter cunho parcialmente definitivo, visto que podem ser contestadas em outras instâncias públicas; bem como, que se deve ter ciência que cada poder possui características que podem potencializar ou inibir a realização de tomadas de decisões, a depender do caso, e que, por isso, é necessário deixar canais de diálogos abertos para que todos consigam contribuir na melhor condição possível para o caso concreto em apreço.<sup>190</sup>

Isso significaria, também, a necessidade de se pensar a política não como uma vida de mão única ou exclusiva do Parlamento, pondo fim à ideia de que a apreensão de certas matérias pelo Poder Judiciário seriam usurpação da titularidade da agenda política. Essa agenda – sobretudo ao se tratar de direitos fundamentais – deve ser dividida, não somente na esperança de que um consenso sempre será incorporado às decisões ou que elas serão sempre as melhores possíveis, mas sim com vias de combater o que Clèmerson Merlin Clève e Bruno Lorenzetto irão chamar de “monólogos majoritários”, uma vez que “desacordos irão surgir, mas, as instituições que permitem que as pessoas continuem a discordar devem permanecer”.<sup>191</sup>

Um controle de constitucionalidade que seja dialogado, pois, irá se preocupar com a função institucional ocupada pela fiscalização constitucional, de forma que se torna importante não só ressaltar os valores fundamentais resguardados pela Constituição, mas também a organização das estruturas de poder para que não haja a produção de monólogos. Há uma expectativa, então, de que ao se apostar na colaboração de vários agentes sociais na produção do sentido da Constituição, a dificuldade contramajoritária seja atenuada, uma vez que diversas vozes seriam escutadas para depois se alcançar um resultado.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 184.

<sup>190</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 189.

<sup>191</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 196.

<sup>192</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 197.

Este controle seria o melhor para a concretização de direitos, pois, ao se basear em mecanismos mais fracos na adjudicação, fortalece o papel que os Poderes Legislativo e Executivo possuem no interpretar e desenvolver a da Constituição.<sup>193</sup> A preocupação sobre a efetiva habilidade das Cortes em compelir os demais poderes a realizar mudanças substanciais quando se trata de direitos sociais e políticas públicas advém da suposição de que a execução judicial desses direitos necessariamente tomariam forma de normas coercitivas.<sup>194</sup> Assim, é sim possível fugir a essa máxima a partir de outra abordagem quanto ao papel do Poder Judiciário.

As formas com as quais isso pode se concretizar são muitas e, segundo Tushnet, seria essa a oportunidade de se utilizar remédios fracos. Isso pode acontecer com a mera declaração do direito. Pode ocorrer também com a suspensão da aplicação de uma lei e sua devolução ao Congresso, forçando-o a repensar a lei, ou mesmo requerer que o Estado desenvolva certos planos para sanar a violação constitucional em um certo período de tempo – no caso brasileiro, essa é uma opção prevista para sanar os casos de inconstitucionalidade por omissão.<sup>195</sup> Ou ainda, é possível que se realize com métodos mais dialogados, estimulando a negociação entre as partes afetadas a partir de um plano mais detalhado, estipulado em conjunto, o qual as Cortes possam ratificar e acompanhar.<sup>196</sup>

A alternativa aos remédios fracos seria, evidentemente, remédios fortes, os quais deveriam ser evitados quando se possui como pressuposto um método mais dialógico. Isso porque prescrições de cunho mandatório, as quais trazem com detalhes o que o Estado deveria fazer para efetivar os direitos negligenciados, como fazer e o tempo certo de se fazer, tendem a gerar forte oposição política, tornando-se controversos e, assim, possuindo menos chances de se concretizarem na prática.<sup>197</sup> Evidentemente que há obstáculos para a implementação de remédios fracos, desde inefetividade pela ausência de participação dos demais poderes, até uma possível transformação deles em mecanismos fortes.<sup>198</sup> Daí, portanto, a necessidade de incorporar nesses diálogos não só os demais poderes, mas também aqueles indivíduos

---

<sup>193</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 79.

<sup>194</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 227.

<sup>195</sup> Lei nº 9.868/99 - Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

<sup>196</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*, p. 157; TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 248; GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 22.

<sup>197</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 249/250.

<sup>198</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 250 e 254.

diretamente afetados pela decisão judicial, uma vez que é a pressão social que pode ser o motor para efetividade desses tipos de decisão.

Ademais, não haveria necessidade de se utilizar mecanismos fortes em uma decisão pelo fato de não se buscar uma solução que acabe de vez com o debate político. Ela deverá servir como resposta, mas “por enquanto”, vez que o debate poderá continuar na esfera pública e na doutrina em prol de casos futuros que ela poderá influenciar. Mesmo porque, “a possibilidade de que o debate permaneça ocorrendo na sociedade, mesmo diante de uma resposta jurisdicional dada, tem importância fundamental para a legitimidade e para a eficácia do direito”.<sup>199</sup>

A utilização de instrumentos fracos de decisão e da abordagem de um constitucionalismo dialógico parece ser mais necessária ainda quando se trata da efetivação de direitos sociais. Essa perspectiva pode ser suficiente para superar os problemas de judicialização desses direitos – como já discutido anteriormente -, tendo em vista que não só compartilha de forma igualitária a capacidade e responsabilidade de realização desses direitos sociais com as Cortes, mas também possibilita a produção de decisões menos controversas e mais fáceis de serem rediscutidas e revertidas.<sup>200</sup> Dessa forma, decisões judiciais, além de serem bem fundamentadas e adequadamente enfocadas, poderão ter um impacto real.<sup>201</sup>

Na Colômbia, a Corte constitucional conseguiu encontrar uma postura que exemplifique uma virtude ativa a ser defendida, a partir da criação da doutrina do estado de coisas inconstitucional.<sup>202</sup> Trata-se de uma medida que valoriza a articulação do Tribunal com a o governo e o congresso, e faz isso em dois momentos principais: no início identificando o evento que deve merecer atenção dessas autoridades públicas (normalmente frente a uma infração a direito fundamental) e depois ao final, revisando a etapa de avaliação dos resultados da implementação da política desenhada pelo respectivo órgão governamental. Há, então, a produção de ordens complexas pelos magistrados, sem que se estabeleça quais devem ser as medidas específicas que se deve adotar, pois se mantém a consciência de que seu trabalho não consiste em formular uma política pública, mas sim integrar esse processo, com

---

<sup>199</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*, p. 217.

<sup>200</sup> DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights*, p. 410 e 418.

<sup>201</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 271.

<sup>202</sup> Esse é um dos principais instrumentos argumentativos utilizados pela Corte constitucional colombiana. Contudo, vale ressaltar que outros mecanismos presentes na democracia colombiana tendem a favorecer a deliberação, como, por exemplo, a possibilidade de um controle de constitucionalidade sobre leis que falharam em promover debate e deliberação em sua criação. Para mais sobre o assunto ver o Capítulo VI da obra de Leonardo Garcia Jaramillo - GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

decisões que impulsionem essas medidas. Por fim, realizam-se audiências para acompanhar o cumprimento das ordens expelidas, convidando à participação também a sociedade civil.<sup>203 204</sup>

Vale ressaltar aquilo já afirmado acima: que a Corte não deve se desprender do caso logo que proferir sua decisão, devendo ser periodicamente informada sobre sua efetivação. Isso ocorre porque o papel de um juiz ao se dar ordens complexas não termina no “cumpra-se”, mas sim aí inicia uma nova fase, uma vez que deve continuar supervisionando e controlando seu cumprimento.<sup>205</sup>

A atuação da Corte colombiana deixa claro que o papel dos tribunais em uma democracia deliberativa não se restringe à decisão escrita. A participação da Corte fomentando o debate não termina após essa decisão, mas sim quando o problema em questão realmente se resolver. Evidente que, ao se querer impor condutas dialógicas, sobretudo através de instrumentos fracos de decisão, há o risco de ter que se arcar com a inércia dos demais poderes em cumprir com a decisão emanada, sendo por esse motivo importante incluir a participação social daqueles diretamente atingidos pela decisão em seu processo de execução. Há a necessidade, assim, de se mobilizar uma parcela significativa de atores sociais para acompanhar a fase pós-decisional<sup>206</sup> – na Colômbia, buscou-se dirimir esses problemas sobretudo com a utilização de audiências públicas, como se verá mais adiante.

Esse tipo de conduta se justifica uma vez que, segundo Rodrigo Brandão, o Poder Judiciário possuiria apenas “primazia *prima facie*”, e não um monopólio, sobre questões de direitos fundamentais. Essa mesma ideia serviria para o Poder Legislativo quanto às questões de políticas públicas, o que possibilitaria um diálogo. Assim, o mais eficaz seria que um poder auxiliasse o outro na real efetivação desses direitos na prática, acabando-se com a visão idealizada sobre as capacidades institucionais dos respectivos poderes.<sup>207</sup>

Segundo Leonardo García, “em contextos de dissociação entre a normativa constitucional garantista e o contexto social estruturalmente desigual e deficitário na proteção de direitos os órgãos estatais tem a obrigação de melhorar as situações de igualdade social (...)”, e, para o jurista, isso poderia significar utilizar-se de um ativismo, ativismo esse em prol da fomentação dos remédios para solucionar a violação de direitos sem que se propriamente utilize-se de uma supremacia judicial (por exemplo, iniciar o debate para a implementação de uma política pública, algo que, a priori deveria ser atividade dos poderes representativos, mas

---

<sup>203</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 174.

<sup>204</sup> O Estado de coisas inconstitucional e as Audiências públicas serão melhor estudados na próxima seção (2.2).

<sup>205</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 209.

<sup>206</sup> DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights*, p. 412/413.

<sup>207</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 223.

sem que necessariamente se imponha as medidas a serem adotadas). O ativismo ganharia legitimidade, assim, na medida em que protegesse e ampliasse espaços de deliberação.<sup>208</sup>

Seguindo a mesma linha argumentativa, Carlos Alexandre de Azevedo Campos irá afirmar a possibilidade de existência de um ativismo judicial que seja legítimo, e esse seria, nas palavras dele, um “ativismo judicial dialógico”. Esse ativismo é caracterizado pelo uso de remédios estruturais emitidos sob a forma de ordens flexíveis, as quais “fixem objetivos a serem alcançados sem excluir os espaços próprios de deliberação política e técnica dos outros poderes sobre os meios”.<sup>209</sup>

Diferentemente da postura da Corte colombiana – ou de um constitucionalismo dialógico – o STF atua às margens da fomentação de um diálogo para a promoção de direitos fundamentais. Não se quer aqui afirmar que o Tribunal é totalmente alheio à garantia de direitos, mas sim ressaltar que quando os casos se demonstram mais controversos ou complicados ele se torna incapaz de prover uma resposta satisfatória, e muito se deve à ausência de diálogo com o restante da sociedade. Seu comportamento é abertamente juriscêntrico, bem como se firma na crença de que haveria uma associação direta e automática entre o teor de suas decisões e o sentido da Constituição, como se fossem mera revelação da vontade do poder constituinte, dotando-se de legitimidade incontestável.<sup>210</sup> Entretanto, não precisaria ser assim, uma vez que a Constituição Federal brasileira é tão ampla e garantista como a colombiana, sendo que o STF também pode dispor dos instrumentos necessário para tanto.

Existem uma ampla variedade de estratégias disponíveis para que o Poder Judiciário possa confrontar inconstitucionalidades sem que necessariamente promova a invalidação por completo do trabalho de outros poderes. Magistrados não precisam sempre colocar de lado os resultados do processo democrático, mas sim devem procurar adotar medidas que promovam o processo de deliberação pública sobre a questão.<sup>211</sup> Na visão de Joel Cólón-Ríos, seria esse aspecto dialógico do controle de constitucionalidade uma verdadeira forma de trazer a realização de democracia para o nível de leis e direitos fundamentais, criando condições de possibilidade para transformações democráticas através de mecanismos participatórios em

---

<sup>208</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 337/338.

<sup>209</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2015, p. 22.

<sup>210</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 178.

<sup>211</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 215.

locais antes não alcançados: a democracia não deve estar presente somente no nível de governança do dia-a-dia.<sup>212</sup>

Os diálogos institucionais no Brasil possuem um caráter muito mais normativo do que descritivo. Necessitam de projetos a serem consolidados com vias a proporcionar melhores canais para desempenho das virtudes ativas. Não obstante, ainda é possível identificar desde já a presença de alguns mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento desse diálogo,<sup>213</sup> o que se verá adiante.

## 2.2. MECANISMOS DE DIÁLOGO PARA AS VIRTUDES ATIVAS

O controle de constitucionalidade dialógico foi apontado na seção anterior como aquele mais apto para concretizar direitos fundamentais e, portanto, mais capacitado para o desempenho das virtudes ativas por uma Corte constitucional. Para que ele seja implementado na prática, diversos mecanismos podem ser utilizados, desde um design institucional que o proponha (como visto no Canadá), instrumentos processuais que o favoreçam, ou mesmo abordagens interpretativas que o enalteçam.

Em uma Corte constitucional não só as decisões às quais se chega são importantes, mas também saber identificar que vozes foram ouvidas e o modo que se fez para alcançar os resultados.<sup>214</sup> Assim, deve-se levar em consideração as estratégias e os instrumentos de decisão de um tribunal deliberativo, pois a questão de “sobre o que” ele decide pode trazer consequências práticas tanto quanto a indagação de “como” ele decide.

De uma maneira geral, apostar apenas que os juízes devem se comportar da maneira desejada (aqui já detalhada) – com vias a implementar um constitucionalismo dialógico, em prol de uma democracia deliberativa – pode significar muito mais uma esperança do que uma realidade, afinal se teria que confiar que os juízes renunciariam seus poderes; contudo, o que os incentivaria a agir assim? Ao mesmo tempo, não se quer parecer cético quanto à possibilidade dessa perspectiva dialógica ser praticada. Deve-se, pois, buscar implementar reformas institucionais destinadas a motivar essas tomadas de decisão, de forma a favorecer o

---

<sup>212</sup> COLÓN-RÍOS, Joel I. *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2120240>>. Acesso em: 06 jun 2016, p. 10.

<sup>213</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 198.

<sup>214</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 220.

diálogo genuíno e equitativo entre os poderes e entres eles e a população.<sup>215</sup> Novos arranjos institucionais, portanto, são certamente o que mais tende a alterar a postura judicial, o que não impede, no entanto, que sejam positivamente acrescidas – e até mesmo incentivadas – pelo comportamento deliberativo desses operadores do direito.

Notoriamente na prática brasileira o STF não tem desempenhado a melhor faceta deliberativa. Uma das poucas tentativas de se estabelecer um diálogo se tem quando um ministro demanda manifestação do Poder Legislativo em determinada matéria, garantindo determinados períodos para que se pronuncie. Trata-se essa abordagem de uma opção apenas teórica (e não normativa) por parte de alguns ministros, estando longe de ser configurada como regra no Tribunal.<sup>216</sup> Ela é, pois, circunstancial e depende da “boa vontade” do Ministro relator.

Realça-se, ademais, que o STF não realiza o melhor uso dos mecanismos que já possui, nem busca implementar novas técnicas visando esse resultado deliberativo. Além disso, tem-se o fato de que, via de regra, há a tendência de fortalecimento das competências monocráticas do ministro relator, afastando-se da ideia de Corte deliberativa.<sup>217</sup> A ausência de deliberação em uma Corte, levando seus magistrados a formarem sua convicção preponderantemente isolados, dificulta a compreensão por atores externos e por tribunais inferiores acerca de qual seria o entendimento efetivo dessa Corte (ou a identificação, muitas vezes, da *ratio decidendi* de uma decisão)<sup>218</sup> – não seria possível identificar, pois, uma identidade e unidade institucional fortes no STF.<sup>219</sup>

Nesta seção se buscará elucidar dois mecanismos que podem auxiliar na concretização de constitucionalismo dialogado, um cujo enfoque será na postura do aplicador do direito e outro que se coloca como um instrumento processual. Seriam, respectivamente, o estado de coisas inconstitucional e as audiências públicas em ações constitucionais. A escolha se dá, sobretudo, pelo fato de já terem sido utilizados pelo STF - ainda que não da melhor maneira possível ou esperada - e citados por autores que privilegiam a democracia deliberativa como fomentadores de diálogo.

<sup>215</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, p. 29/30.

<sup>216</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 193/194.

<sup>217</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 125.

<sup>218</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 266/267.

<sup>219</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 199.

### 2.2.1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Imagine uma situação de massiva violação de direitos fundamentais como a seguinte: um país em que as taxas de deslocamento forçado interno de pessoas chega a quase 10% da população total.<sup>220</sup> Isso significaria um número expressivo de pessoas que acabam deixando seus lares em busca de novas condições de trabalho, moradia e dignidade de vida. Contudo, diante de uma situação dessas, o Governo permanece inerte. O que se fazer em uma situação dessas? Deve o Poder Judiciário se manifestar?

Esse caso aconteceu na Colômbia<sup>221</sup> e serviu como base para aplicar e consolidar a doutrina – criada sob base jurisprudencial – do estado de coisas inconstitucional. A Corte constitucional colombiana, após o recebimento de inúmeros processos sobre essa violação, decidiu por declarar essa situação inconstitucional e começou a emitir ordens necessárias para superar tal violação. Isso não significou, no entanto, que os juízes tenham ordenado gastos concretos ou criação de políticas públicas específicas, mas sim, iniciou o processo de sua implementação.<sup>222</sup> Evidencia-se, assim, a opção pela saída da inércia jurisdicional em prol de concretização da Constituição, denotando-se ser essa uma verdadeira virtude ativa.

Na sentença desse caso específico, ficaram definidos os fatores a serem valorados pela Corte para se determinar se existe um estado de coisas inconstitucional. Esses fatores seriam: a) vulneração de vários direitos constitucionais, os quais devem afetar um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades em cumprir suas obrigações para garantir esses direitos; c) adoção de práticas inconstitucionais como parte do procedimento para garantir o direito violado; d) falta de expedição de medidas legislativas ou administrativas necessárias para evitar tal violação; e) casos em que demandam um conjunto complexo e coordenado de ações.<sup>223</sup>

Devido à gravidade da situação e importância do caso, a Corte manteve sua competência sobre ele na fase de cumprimento da sentença, mediante distintas estratégias (o que também se viu em outros casos quando declarado esse estado especial). Principalmente se realizaram audiências públicas, nas quais se convidou diversos atores sociais e autoridades responsáveis para manifestação e auxílio na resolução do problema. E, demonstrando seu compromisso com a democracia deliberativa, criou-se em abril de 2009 uma sala especial de

---

<sup>220</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 209.

<sup>221</sup> Corte Constitucional da Colômbia – Sentença T-025/04

<sup>222</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 201.

<sup>223</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 202.

seguimento de sentença, a fim de analisar a progressiva superação do estado de coisas inconstitucional, a partir das ordens contidas na sentença proferida.<sup>224</sup>

Essa inovação jurisprudencial que é a declaração do estado de coisas inconstitucional trouxe, pois, uma possibilidade real de reformas sociais em contextos determinados pelo déficit de proteção de direitos. E, para tanto, o mínimo que a Corte exige das autoridades públicas é que se estruturarem e implementem programas para garanti-los, pois não pode mais se manter totalmente inerte, à espera de iniciativas espontâneas dos outros poderes.<sup>225</sup> Nas palavras de Leonardo García Jaramillo, a necessidade de se utilizar essa doutrina advém da “necessidade de reduzir (...) a dramática separação entre as consagrações da normatividade e a realidade social em um país tão particularmente garantista em suas normas como desigual em sua realidade”.<sup>226</sup>

As causas para sua implementação estão relacionadas à presença de problemas estruturais nas políticas públicas, que podem consistir em ações ou omissões estatais, em sua implementação ou seguimento, vulnerando direitos fundamentais.<sup>227</sup> Assim, tem-se sua direta relação ao auxílio de promoção de virtudes ativas em uma Corte.

Para que as decisões da Corte colombiana consigam atingir satisfatoriamente esses casos difíceis e os diversos atores sociais que dele fazem parte, ela se utiliza, após a declaração do estado de coisas inconstitucional, de ordens complexas (ressalta-se que essas ordens podem vir a ser utilizadas mesmo sem a declaração desse estado). Uma ordem de tutela é considerada complexa quando se remete a um “conjunto de ações ou omissões que excedem a órbita de controle exclusivo da pessoa destinatária da ordem” e que com frequência requer-se um prazo grande para seu cumprimento; enquanto as ordens simples compreenderiam somente uma decisão, dentro da órbita de controle do destinatário, a ser executada em um curto período de tempo.

Segundo César Rodríguez Garavito, elas estariam presentes no que ele denomina de “casos estruturais”, os quais afetam um grande número de pessoas que denunciam a violação de seus direitos; envolvem vários organismos e departamentos estatais, responsáveis pelas faltas em concretização de políticas públicas, contribuindo para essa violação; e envolvem a

---

<sup>224</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 202.

<sup>225</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 185 e 187.

<sup>226</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 188.

<sup>227</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 189.

tomada de ações coordenadas de diversos agentes visando proteger toda a população afetada e não somente aqueles que denunciaram a violação.<sup>228</sup>

As ordens complexas, portanto, podem depender de ações administrativas que requerem o concurso de diferentes autoridades e chegar a representar um gasto considerável de recursos.<sup>229</sup> Evidente que, ao emitir tal ordem, um magistrado deve ter em mente as medidas que sejam realmente efetivas para o caso concreto e não desconhecer as competências democráticas e administrativamente estabelecidas, envolvendo também, sempre que possível, a participação de outras pessoas afetadas e que conheçam tecnicamente a situação.<sup>230</sup>

Tratam-se de sentenças dialógicas, as quais estabelecem fins gerais e processo de execução claros, com prazos firmes e exigência de informes sobre o avanço de sua execução, ao mesmo tempo que deixam as decisões de conteúdo e os resultados mais detalhados para os órgãos administrativos. Assim, não só se promove um bom relacionamento entre os poderes, como se promove uma eficácia geral da decisão. O enfoque dialógico, ainda, é aumentado ao se fomentar mecanismos participativos, como as audiências públicas, as comissões de vigilância nomeadas pelo Tribunal e os convites para que a sociedade civil e demais interessados apresentem informações relevantes e participem de debates promovidos pelo Tribunal.<sup>231</sup>

O estado de coisas inconstitucional foi transplantado em decisão (cautelar) do STF, mas – como se verá – não se alcançou, em princípio, os contornos presentes na Colômbia, aonde o instituto foi criado. Vale ressaltar que, no Brasil, é possível observar que a implementação dessa doutrina perpassou por um avanço da noção de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista pelo constituinte, busca tornar efetiva norma constitucional, ou seja, visa precipuamente à defesa da ordem jurídica.<sup>232</sup> A inconstitucionalidade por omissão, objeto desta ação, seria a ausência de ato normativo necessário para efetividade do texto constitucional. Nesta linha, chega-se a se afirmar que

---

<sup>228</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition), Pos. 3976.

<sup>229</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 203.

<sup>230</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 206.

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, Pos. 4042 e 4045.

<sup>232</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1289/1290.

“não há dúvidas de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão buscará, em primeira linha, desencadear o processo legislativo”.<sup>233</sup>

Trata-se essa, portanto, de uma visão clássica da inconstitucionalidade por omissão, quando se afirma que ela só ocorreria quando se depara com o descumprimento de um dever de legislar veiculado expressa e concretamente em enunciados normativos específicos e não-autoaplicáveis. Esquece-se, pois, dos casos em que a falta de efetivação de uma norma constitucional pode ser decorrente da falha de coordenação entre órgãos e entidades estatais para implementá-la.<sup>234</sup> Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, tal postura doutrinária pecaria pelo excesso de formalismo, ao prestigiar a eficácia formal dos dispositivos constitucionais em detrimento da necessária efetividade dos direitos fundamentais, promover um alcance restrito de atuação da Constituição e propagar uma relação meramente adversarial (do tipo tudo ou nada) entre o STF e o Congresso (um somente atua na ausência do outro).<sup>235</sup>

Assim, somente com a ampliação da noção de inconstitucionalidade por omissão é que se poderá alcançar de maneira satisfatória outros casos também prejudiciais a concretização de direitos fundamentais<sup>236</sup> e, por conseguinte, firmar um papel relevante a ser seguido por um Tribunal constitucional – sendo que isso pode ser alcançado ao se utilizar a doutrina do estado de coisas inconstitucional.

Ao lidar com as inconstitucionalidades por omissão, por mais de quinze anos o STF se recusou a suprir por conta própria as lacunas legislativas, apenas declarando a mora e notificando o Congresso para o cumprimento dessa obrigação de legislar, o que só se alterou em 2007 quando do julgamento dos mandados de injunção que discutiam a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis,<sup>237</sup> previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal. Neste caso específico, e depois de anos de inércia legislativa, o Tribunal decidiu por aplicar a lei de greves para empregados do meio privado, como analogia, legislando, portanto, para o caso concreto.<sup>238</sup> Esse momento em que o STF atribuiu efeito constitutivo, e não meramente declaratório, a suas decisões (seja em sede de controle de

---

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 1293 e 1295.

<sup>234</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*, p. 13.

<sup>235</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*, p. 19.

<sup>236</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*, p. 14.

<sup>237</sup> Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712.

<sup>238</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*, p. 15/16.

constitucionalidade ou de mandado de injunção), criando norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão, também esteve presente em outros casos, como a concessão de indenização aos perseguidos pelo regime militar (art. 8º, §3º, do ADCT/MI 284), de imunidade de contribuição, para a seguridade social em favor de entidades beneficentes de assistência social (art. 195, §7º, da CF/MI 232) e de aposentadoria especial por trabalho em condições insalubres no serviço público (art. 40, §4º, da CF/MI 721).<sup>239240</sup>

O ativismo tido nesse caso, evidentemente, viu-se necessário para a concretização de um direito há muito tempo negado, demonstrando a importância que o Poder Judiciário possui para a efetivação da Constituição (e porque ele não deve permanecer também inerte ao possuir instrumentos para agir). Para Rodrigo Brandão, não seria este o pior emprego de uma atitude ativista, pois se estaria diante de uma lacuna do direito (e não uma lacuna da lei), somado a uma omissão legislativa que estaria a dificultar a concretização de direitos.<sup>241</sup> Contudo, não se pode negar que a questão poderia já ter sido enfrentada antes, impondo-se um diálogo de forma paulatina, para que não se precisasse chegar ao extremo de se passarem anos sem a concretização de um direito e, por conseguinte, à necessidade de uma resposta abrupta do Poder Judiciário para concretizá-lo.

Certamente é o processo de seguimento da sentença que demarca a característica deliberativa da Corte pós-decisional e garante a verdadeira efetividade da sentença. Na Colômbia, como já citado, houve a criação de um Comitê de coordenação interadministrativo, o qual deve enviar regulamente informações sobre o caso à Corte. Como resultado indireto, esse comitê fomentou a criação de organizações e coalizões da sociedade civil para participar desse processo de seguimento.<sup>242</sup> O controle de constitucionalidade dialógico demonstra-se, pois, presente e é uma ferramenta positiva, pois “ao convocar não só os funcionários, mas também uma ampla variedade de atores com conhecimento relevante (...) os tribunais dialógicos promovem a busca colaborativa de soluções ou, ao menos, uma discussão pública sobre as vias alternativas de atuação”.<sup>243</sup>

No Brasil, a doutrina do estado de coisas inconstitucional foi levantada uma vez, quando de um pedido formulado em sede de arguição de descumprimento de preceito

---

<sup>239</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 153.

<sup>240</sup> Para maiores informações sobre o mandado de injunção, ver: HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>241</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, p. 154.

<sup>242</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, Pos. 4188 e 4204.

<sup>243</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, Pos. 4404.

fundamental (ADPF 347) sobre o sistema penitenciário. A declaração de tal estado foi demandada na petição inicial pelo requerente (Partido Socialismo e Liberdade – PSOL) e acatada unanimemente pelos Ministros, ao decidir a medida cautelar,<sup>244</sup> por se concordar com a situação de flagrante violação prolongada a direitos fundamentais pela situação degradante das penitenciárias no Brasil.

Interessante notar que não há menção direta à criação dessa doutrina pela Corte Constitucional Colombiana e todos os seus pressupostos para que casos se enquadrem a essa possibilidade. A partir disso, o Ministro Relator Marco Aurélio denota ser possível a declaração do estado de coisas inconstitucional para o caso das penitenciárias brasileiras – decisão essa que foi seguida pelos demais ministros.<sup>245</sup> Ademais, houve reconhecimento da necessidade de uma abordagem deliberativa, ao se afirmar que o Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar os demais, agindo em diálogo com eles e com a sociedade; e que isso “não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias”.<sup>246</sup>

De uma maneira geral, por se tratar de uma decisão preliminar, foram instituídas somente três medidas com relação à situação inconstitucional. A primeira para que fosse realizadas audiências de custódia em até noventa dias. A segunda foi uma determinação para a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado e proibindo-se novos contingenciamentos. Por fim, foi instituída uma outra medida de ofício pelo Tribunal para que a União e os Estados encaminhassem para o STF informações sobre a situação prisional, no prazo de um ano.

Assim, observa-se que já se teve um início da implementação da doutrina do estado de coisas inconstitucional, mas pouco foi efetivamente feito, isso porque as medidas propostas, até então, atacam de maneira débil as violações a direitos presentes no caso. Dessa forma, por mais que se assinalem algumas mudanças e estudos positivos sobre o caso, fato é que se eximiu de realmente resolver a situação e, ao mesmo tempo, perdeu-se a oportunidade de se colocar em prática de forma eficaz o instituto.

---

<sup>244</sup> A ação, até o presente momento, ainda não possui decisão final, nem parecer da Procuradoria Geral da República., conforme consulta ao site do STF em 15 out. 2016.

<sup>245</sup> Voto do Ministro Relator Marco Aurélio – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 06 jul. 2016, p. 11-13.

<sup>246</sup> Voto do Ministro Relator Marco Aurélio - ADPF 347 MC/DF, p. 18.

### 2.2.2. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS

As audiências públicas são mais uma forma de cristalização dos diálogos em sede de jurisdição constitucional. Elas, juntamente aos *amici curiae*,<sup>247</sup> são uma forma de viabilizar abertura no debate sobre o significado constitucionais a diversos setores da sociedade civil, sendo, cada vez mais, utilizados como legitimadores das decisões judiciais.<sup>248</sup> Segundo Ricardo Lorenzetti, as audiências públicas de transcendência possuem como finalidade escutar os argumentos daqueles interessados no caso (sejam partes, *amicus curiae*, ou terceiros). Sua importância está, sobretudo, na ampliação de um acesso à justiça e na fomentação de um verdadeiro debate para além das paredes dos tribunais, ao se ter uma diversidade de participações e argumentos. Assim, essas audiências tendem a promover um valor educativo social, ao proporcionar o interesse na participação das decisões públicas e possibilita a efetivação de um governo aberto.<sup>249</sup>

A Colômbia, como visto anteriormente, trouxe uma nova e eficaz forma de se utilizar as audiências públicas (para além de sua tradicional utilização), cristalizando uma das melhores formas de uma Corte constitucional atuar deliberativamente. Isso seria pela sua utilização como parte da concretização de suas sentenças (fase pós-decisional). No caso do deslocamento forçado, em sete anos seguintes, foram realizadas vinte e uma audiências públicas de seguimento da decisão, nas quais participaram uma grande variedade de atores governamentais e não-governamentais.<sup>250</sup>

As audiências públicas em ações constitucionais também são um instrumento processual previsto no ordenamento brasileiro, contudo, elas são utilizadas integralmente durante a realização do processo e, infelizmente possuem déficit de deliberação. É possível encontrar sua previsão normativa na Lei n. 9.868/99<sup>251</sup> e no Regimento Interno do STF<sup>252</sup>. De

<sup>247</sup> Os *amici curiae* também cumprem grande suporte empírico ao processo, proporcionando muitas vezes a incorporação de ideias antes omitidas ou esquecidas pelo proponente. Contudo, as audiências públicas trazem o debate para um patamar mais elevado, por proporcionar uma participação muito mais ampla – inclusive daqueles que não se enquadrariam como *amicus curiae* – e ter o diálogo como objetivo principal.

<sup>248</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo*, p. 61.

<sup>249</sup> LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition), Pos. 6502, 6513, 6523, 6536 e 6540.

<sup>250</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, Pos. 4357.

<sup>251</sup> Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

início é relevante destacar que a convocação de uma audiência pública é prerrogativa do relator da ação e essa primazia irá se revelar também em como os trabalhos se desenvolverão. De certa forma isso significaria reconhecer que eventuais constrições a formação de uma decisão judicial (e, por conseguinte, de seu grau deliberativo) podem ser ocultadas pelo argumento da discricionariedade do relator.<sup>253</sup>

A primeira audiência pública realizada pelo STF foi convocada pelo então Ministro Ayres Britto no dia 20 de abril de 2007 – quase oito anos depois da criação de sua previsão legal – em sede da ADI 3510, a qual versava sobre o uso terapêutico de células tronco embrionárias. Essa primeira experiência foi marcada pela delimitação bem restrita do rito pelo ministro relator. As exposições deviam ter cunho técnico, vedando comentários de conteúdo moral ou político e, até mesmo, argumentos jurídicos. Embates entre opositores também não eram permitidos. Seu objetivo, pois, demonstrou-se ser meramente informativo, do que propriamente de criação de um cenário deliberativo.<sup>254</sup> Tal situação já se alterou em boa parte na realização da próxima audiência – presente na ADPF 101 sobre importação de pneus.

Até o presente momento foram realizadas no total dezenove audiências públicas – sendo que nem todos os casos foram julgados até o final.<sup>255</sup> No tocante aos casos já julgados que obtiveram audiências públicas, Miguel Gualano de Godoy realizou uma pesquisa, a qual demonstrou serem os ministros do STF de certa forma permeáveis à participação de pessoas e instituições no processo, isso porque elas influenciam suas decisões, haja vista que se valem, de maneira expressa ou não, das razões por elas expostas.<sup>256</sup>

Não obstante sua importância argumentativa, as audiências públicas, no geral, não têm demonstrado todo seu potencial deliberativo, uma vez que têm se reduzido somente à exposição de diferentes opiniões e não a uma troca e debate de informações e argumentos – tendo até mesmo sido negada expressamente o rebote de argumentos por certos ministros relatores. Ou seja, “as audiências públicas têm funcionado muito mais como um espaço de complementação informativa dos ministros do que como um ambiente destinado a um debate

---

O mesmo para a ADC no art. 20, §1º.

<sup>252</sup> Arts. 154 e 155.

<sup>253</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo*, p. 62.

<sup>254</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo*, p. 67-69.

<sup>255</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiências Públicas – Realizadas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em 15 jul 2016.

<sup>256</sup> GODOY, Miguel Gualano de. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015, p. 149/150.

público robusto, em que as diferentes razões e argumentos podem ser destrinchados, desafiados, ratificados ou superados”.<sup>257</sup>

As audiências públicas, então, devem ir além da sua abordagem preceitual de acúmulo de conhecimentos técnicos para enfrentar a matéria, para servir também como mecanismo dialógico. Por exemplo, a partir delas é possível mapear o dissenso sobre os assuntos em questão, sem que seja necessário realizar de antemão uma separação entre “opositores” e “favoráveis” ao pedido do proponente, pressupondo um conhecimento prévio de toda a argumentação possível.<sup>258</sup>

Trata-se de uma forma de privilegiar a deliberação externa, trazendo novas perspectivas que, muitas vezes, fogem à lógica argumentativa do processo. Disso não decorreria, necessariamente, um dever da Corte se vincular ou se subordinar aos argumentos trazidos em sede de audiência, mas certamente ao menos o compromisso de se considerar essas contribuições, seja para incorporá-las ou descartá-las. É dizer, para que as audiências públicas sejam reconhecidas como práticas dialógicas, importante seria que as decisões da Corte refletissem “a consideração dessa prática em seu razoamento – sem o que a audiência pública se afigura como evento simbólico”.<sup>259</sup> Sem essa reflexão, perde-se o sentido de uma abertura dialógica, transformando um desejável diálogo em mera retórica.<sup>260</sup>

Contudo, infelizmente, é possível ressaltar déficit da utilização das audiências públicas nas três fases da deliberação – pré-decisional, decional e pós-decisional. Na fase pré-decisional, observa-se que os participantes das audiências não são instigados a engajarem em um verdadeiro debate, perdendo-se as vantagens que poderiam advir da deliberação. No caso da fase decisional, tem-se o problema da ausência de manuseio colegiado pelos ministros das informações e argumentos colhidos; assim, por mais que eles utilizem seus conteúdos quando querem, não há uma troca sincera de opiniões e avaliações do que se decorreu nas audiências. Por fim, na fase pós-decisional, há carência de uma decisão escrita que respeite e deixe expressamente evidenciado os pressupostos deliberativos anteriores – somando-se a ausência de audiências para seguimento das decisões,<sup>261</sup> como presente na Colômbia.

---

<sup>257</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal?*, p. 151.

<sup>258</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo*, p. 116/117.

<sup>259</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo*, p. 120/121.

<sup>260</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal?*, p. 155.

<sup>261</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal?*, p. 155.

Esse quadro negativo, no entanto, não deve ser visto como um desincentivo para promover o real diálogo através desse instrumento. No fundo, mudanças são possíveis, e a primeira – e talvez uma das mais importantes – delas seria trazer maior colegialidade as decisões da Corte (não só as finais). Isso significaria, por conseguinte, na diminuição de dependência total da figura do relator do processo para promoção do debate público. Atualmente, cabe primordialmente a ele selecionar que vozes serão ouvidas e como será sua oitiva – o que pode impossibilitar ou restringir o debate.<sup>262</sup> O problema da ausência de colegialidade, na verdade, perpassa a atuação do STF como um todo, abarcando as virtudes ativas e passivas, como se verá adiante.

No geral, ao se analisar a utilização de mecanismos de promoção de virtudes ativas pelo STF é possível se chegar à conclusão de que a Corte não é em si dialógica, mas sim, que puramente se vale de instrumentos dialógicos – o que já pode ser considerado um começo para uma mudança mais significativa.

---

<sup>262</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal?*, p. 150.

### CAPÍTULO 3 – VIRTUDES PASSIVAS: A IMPORTÂNCIA DA “NÃO-ATUAÇÃO” DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Cortes constitucionais não apenas exercem influência quando atuam em determinado caso concreto, mas também quando escolhem deixar de atuar. Há quem afirme diretamente que o “sucesso” uma Corte constitucional, ou seja, a habilidade que ela possui de ter suas decisões cumpridas, sua legitimidade respeitada e sua relevância política garantida, dependeria da possibilidade de poder escolher não decidir certos casos.<sup>263</sup> Dessa forma, se é importante elucidar os momentos em que elas estão praticando suas virtudes ativas – sobretudo a principal delas, que é a proteção de direitos fundamentais -, não se deve ignorar, por outro lado, a presença das virtudes passivas. Investigar não só o que os juízes não falam, mas também como eles fazem e quando é igualmente importante e pode lançar um novo olhar para o debate constitucional.<sup>264</sup> Assim como os momentos de atuação, os momentos de não-atuação (deliberada) melhor seriam empregados no cotidiano das Cortes se de forma a facilitar o diálogo interno e externo dessas instituições de forma a efetivar uma democracia deliberativa. Essa possibilidade será explorada nesse capítulo.

Pensar que não-decisões por parte do Poder Judiciário podem, de certa forma, auxiliar a democracia advém, de início, da ideia de que sua atuação, sobretudo no controle de constitucionalidade, deve estar em consonância com o processo democrático e que, por isso esse Poder deveria se eximir de estender demasiadamente suas ações e prerrogativas. Segundo Alexander Bickel, isso seria necessário haja vista ser o controle de constitucionalidade, de certa forma, uma pressuposição de desconfiança no Poder Legislativo. Sua manutenção, portanto, em elevada escala, tenderia a enfraquecer o processo democrático.<sup>265</sup>

Virtudes passivas, portanto, podem ser vistas como uma porta para o diálogo, isso porque as não-atuações das Cortes podem ser o espaço necessário que demais Poderes ou a população necessitam para se manifestarem; ou mesmo para que a própria Corte consiga estabelecer ou depreender um momento mais legítimo para sua atuação, evitando-se, assim, desentendimentos políticos excessivos.<sup>266</sup> Caberia aos juízes o papel de fomentar as discussões constitucionais na sociedade, reconhecendo que diferentes ramos do governo

---

<sup>263</sup> FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 625.

<sup>264</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 5.

<sup>265</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 21 e 27.

<sup>266</sup> FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts, p. 624.

podem contribuir de diferentes formas, e cada agente social pode aprender com os aportes trazidos pelos demais.<sup>267</sup>

Deve-se estar atento, por outro lado, para o fato de que se instigar a utilização de instrumentos de não-decisão, não só tende a aumentar uma maior atuação estratégica na escolha de momentos e questões relevantes para se interferir e promover um diálogo; como, se manuseado fora dos fins democráticos propostos, pode facilitar o tipo de ativismo judicial que só tende a fomentar a supremacia judicial, ou seja, aquele que aumenta desmesuradamente o poder à favor do Poder Judiciário. Nesse sentido, pensar em como os instrumentos para possibilitar essa não-atuação são concebidos e utilizados torna-se relevante para sustentar – ou não – essa prática como uma “virtude”.

### 3.1. AS VIRTUDES PASSIVAS E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Às Cortes Constitucionais também se atrela um tipo de agir político, por mais que não se assemelhe ao dos Poder Legislativo e Executivo, não podendo, portanto, serem insensíveis aos acontecimentos advindos do governo e da sociedade.<sup>268</sup> Nas palavras de Gustavo Zagrebelsky, “a função do Tribunal (Constitucional) é política, mas ao mesmo tempo não pertence à política”.<sup>269</sup> Para o jurista, uma Corte constitucional estaria inclusa na política se por política se entende a atividade dirigida para convivência social; em contrapartida, deveria ela ser apolítica quando se define política como competição entre as partes para assunção e gestão do poder.<sup>270</sup>

Faria parte das atividade dessas Cortes, nesse sentido, segundo Cass Sunstein, permitir um espaço contínuo para que outras esferas sociais, como o Congresso por exemplo, pudessem contribuir ao desenvolvimento da democracia. Isso seria possível de ser realizado através de uma postura minimalista por parte dos juízes, mais uma vez aqui exaltada.<sup>271</sup>

Juízes minimalistas se diferenciariam daqueles originalistas, que se apegam à interpretação estritamente histórica do texto constitucional; dos majoritaristas, que tendem a ratificar todas as decisões tomadas por órgãos representativos majoritários e dos maximalistas

<sup>267</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade, p. 198.

<sup>268</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 24/25.

<sup>269</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: El tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Minima Trotta, 2008, p. 11 - Tradução livre.

<sup>270</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*, p. 40/41.

<sup>271</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. ix/x.

ou perfeccionistas, que visam retirar pela interpretação do texto constitucional o melhor resultado moral possível, utilizando, muitas vezes, justificações ambiciosas e regras amplas.<sup>272</sup> Isso porque ao juiz minimalista se confere a tarefa de se deixar certas coisas não decididas – em uma das formas de se decidir não decidir -, evitando-se aplicações de regras gerais, muito amplas, ou de decisões finais sacramentadas.<sup>273</sup>

Para Sunstein, seria esse um fenômeno de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado e deixar, o máximo possível, coisas não decididas;<sup>274</sup> pois, agindo dessa forma, haveria maiores chances dos juízes alcançarem um consenso – visto que não necessariamente precisariam se debruçar de antemão em assuntos tidos como polêmicos -, bem como menores chances de se incorrer em erros - uma vez que o alcance dessas decisões almejariam pretensões menores.<sup>275</sup> Nesse sentido, o jurista acaba afirmando que, muitas vezes, argumentos que pedem um agir minimalistas seriam os mesmos que demandariam uma postura de recusa a se pronunciar sobre um caso<sup>276</sup> – ou seja, o uso de virtudes passivas.

Apoiar virtudes passivas, no entanto, não significa que Cortes devam perpetuar injustiças ao permanecer inerte,<sup>277</sup> mas sim reconhecer o papel importante que elas devem desempenhar em uma democracia deliberativa. As Cortes devem se apropriar de um agir estratégico e perceber quando seriam os melhores momentos para atuarem e quando deveriam permanecer inertes para que o assunto se desenvolva democraticamente.<sup>278</sup> Para tanto, elas devem saber empregar bem as virtudes passivas e justificar seu uso.

### 3.1.1. A ORIGEM DA DOCTRINA DAS VIRTUDES PASSIVAS

A ideia de virtudes passivas surgiu da observação de que uma Corte constitucional atua dentre suas prerrogativas de três formas possíveis: ratificando uma legislação, afastando uma legislação, ou simplesmente se abstendo de fazer qualquer uma das duas posturas anteriores; nesta última possibilidade, deixa-se a questão da constitucionalidade sem

<sup>272</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes*, 2005, p. xii/xiii.

<sup>273</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. ix.

<sup>274</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 3.

<sup>275</sup> FONTANA, David. *Docket control and the success of constitutional courts*, p. 625; SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 4.

<sup>276</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 40.

<sup>277</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 40.

<sup>278</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 200.

decisão<sup>279</sup> (ao menos por parte do Poder Judiciário). Isso porque, muitas vezes, não fazer nada já significa fazer alguma coisa.<sup>280</sup>

As virtudes passivas, portanto, estariam ligadas à ideia de “uso construtivo do silêncio”. Juízes podem se utilizar do silêncio porque não estão totalmente seguros de que estejam corretos, porque possuem receio da reação pública advinda da decisão ou porque acreditam que a situação ainda precisa ser melhor amadurecida para uma decisão mais profunda.<sup>281</sup> Talvez seja prematuro que o Poder Judiciário participe em determinada controvérsia, talvez Cortes precisem receber mais informações antes de decidirem, ou talvez elas acreditem que a população é que possui o direito de decidir determinada matéria. De uma forma geral, todas essas razões levariam a crer ser mais prudente esperar um melhor momento para manifestação.<sup>282</sup> É certo, portanto, que existem vários possíveis motivos para a aplicação dessas virtudes – ainda que o objetivo maior tenha que ser o democrático, como será demonstrado – e que Cortes fazem seu uso. Para Sunstein, o melhor momento para sua utilização seria em casos constitucionais de alta complexidade, sobre os quais há diversas opiniões contrastantes e que, por isso, divide-se a sociedade, por motivos morais, ou outros.<sup>283</sup>

Existem diversas formas com as quais seria possível se esquivar de proferir uma decisão. Segundo Conrado Mendes, elas poderiam ser bem aplicadas na fase pré-decisional de uma deliberação da Corte, seja através da discricionariedade na seleção dos casos que vão ter acesso à jurisdição da Corte, seja através do poder de agenda. A prerrogativa de se poder decidir quais e quantos casos serão aceitos pode auxiliar a Corte em selecionar casos que considere relevantes e oportunos para o momento, bem como garantir maior autonomia quanto à duração de cada caso (apesar dessas vantagens, o autor reconhece que é comum que a definição da jurisdição da Corte não seja de forma discricionária para se evitar atitudes tendenciosas). Soma-se a ela a possibilidade de definir a agenda de julgamentos, relacionada diretamente com o momento da decisão. Nestes casos a Corte pode dosar o ritmo e intensidade com que a decisão será tomada, favorecendo a montagem de pauta com casos que possam ser mais urgentes na esfera pública.<sup>284</sup> Trata-se, essa, de uma prerrogativa amplamente utilizada por Cortes constitucionais (ou Supremas cortes) de uma forma geral,

---

<sup>279</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 69 e 72.

<sup>280</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 200.

<sup>281</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 5 e 23.

<sup>282</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 39.

<sup>283</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 5.

<sup>284</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 160/161.

sendo aquilo que verdadeiramente as permitem, de certa forma, garantir a qualidade de suas decisões, sob a quantidade.<sup>285</sup>

Na definição originária de virtudes passivas de Alexander Bickel, o jurista se referia diretamente à prerrogativa da Suprema Corte dos Estados Unidos - que ela mesma se autoconferiu - de declinar sua jurisdição em determinados casos. Para tanto, doutrinas de justiciabilidade foram sendo adaptadas com vias de sustentar esse posicionamento da Corte.<sup>286</sup> A questão central estaria no fato de que muitas vezes poderia ser mais sábio não tentar resolver grandes impasses, mas sim aguardar até que as instituições políticas consigam desenvolvê-los.<sup>287</sup>

O desenvolvimento primário das doutrinas de justiciabilidade foi designado para limitar as ocasiões para interferência judicial em processos políticos. A partir delas, juízes só podem interferir em determinados momentos e a interesse de determinadas pessoas. Percebe-se, assim, que essas doutrinas foram criadas sob o esforço de diminuir a presença judicial na vida pública.<sup>288</sup>

No entanto, mesmo sob a ausência de previsão normativa para tanto, essas doutrinas começaram a ser usadas com o objetivo específico de eximir a Suprema Corte estadunidense de decidir o mérito de determinado caso. Essa mudança, por si só, segundo Bickel, não lhes retirou sua legitimidade em prol do desenvolvimento das virtudes passivas, o que deveria ser uma vontade a ser expressada pela maioria da Corte.<sup>289</sup> Dentre essas doutrinas tem-se as de “*case and controversy*”, de “*ripeness*”, de “*political question*” e de “*standing*”. Como forma exemplificativa, será analisada a doutrina de *standing* e como ela contribui na instituição das virtudes passivas.

A *standing doctrine* - juntamente com as outras – faz parte da teoria de *Justiciability* do direito estadunidense, a qual serve, como citado, para regular o acesso ao Poder Judiciário Federal e a extensão de suas prerrogativas, a partir de interpretação do Artigo III da Constituição dos EUA,<sup>290</sup> sobre as competências do Poder Judiciário. Tal doutrina vem sendo

<sup>285</sup> FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts, p. 626/627.

<sup>286</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 118 e 122.

<sup>287</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 146.

<sup>288</sup> SUNSTEIN, Cass R.. One case at a time, p. 39.

<sup>289</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 142.

<sup>290</sup> U.S. Constitution – Article III, Section 2: The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;— between a State and Citizens of another State,—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

utilizada, como visto, de forma a propiciar a não-atuação da Suprema Corte dos EUA, algo que, ao mesmo tempo que possui apoiadores como Bickel, também é alvo de críticas por outra parte da doutrina estadunidense, a qual acreditaria que ela não possuiria um propósito específico, sendo maleável e subjetiva, não se passando, pois, de uma aparente constrição dos poderes das Cortes.<sup>291</sup>

A atual interpretação do Artigo III impondo requisitos de *standing* é tida, por alguns, como algo não natural, bem como não seria uma evolução inevitável da jurisprudência. Na verdade, na origem dos poderes jurisdicionais nos EUA não havia limitações à atuação da Justiça Federal baseada nas noções de *standing*. Para que pleiteantes acessassem a justiça bastaria que articulassem a existência de um direito legalmente previsto e argumentar uma causa de ação viável.<sup>292</sup>

De acordo com a doutrina atual de *standing* postulantes a um processo frente a uma Corte federal devem demonstrar que sofreram um prejuízo em um interesse legalmente reconhecido e que ele tenha sido causado por ações da parte opositora desse processo. Os requisitos, portanto, são de demonstrar que (i) se sofreu um prejuízo de fato a um direito legalmente reconhecido; (ii) que esse prejuízo é diretamente ligado a uma ação do réu do processo; (iii) que o pedido pleiteado seja suficiente para sanear esse prejuízo causado.<sup>293</sup>

Durante todo esse período em que veio sendo aplicada, a doutrina de *standing* foi sendo justificada por várias teorias. No geral, elas visam, de certa forma, criar constrições procedimentais ao exercício do poder dos tribunais federais, contudo, muitas vezes, a proteção ao excesso da atuação judicial que tal doutrina deveria prover não se passa de algo ilusório.<sup>294</sup>

A teoria aqui mais relevante estaria baseada no fato de que a doutrina de *standing* serviria para auxiliar nas práticas das virtudes passivas. Desviar de certos casos permite que a Suprema Corte evite dilemas na escolha entre anular ações que seriam inconstitucionais, porém populares ou realmente legitimá-las. Assim, talvez a proposta vital dessa doutrina seria de dar aos tribunais mecanismos para que eles consigam evitar casos difíceis. Contudo, tal afirmação se contrasta com a noção de que doutrinas como a de *standing* são supostamente obrigatórias e, por isso, não seriam perfeitamente recomendáveis para o propósito de garantir

---

<sup>291</sup> SIEGEL, Jonathan R.. *A Theory of Justiciability*. Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/jsiegel/publications/justiciability.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2015, p. 75.

<sup>292</sup> SUNDQUIST, Christian B.. *The First Principles of Standing: Privilege, System Justification, and the Predictable Incoherence of Article III*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1732224](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1732224)>. Acesso em: 03 ago. 2015, p. 123.

<sup>293</sup> SUNDQUIST, Christian B.. *The First Principles of Standing*, p. 124/125.

<sup>294</sup> SIEGEL, Jonathan R.. *A Theory of Justiciability*, p. 85.

às cortes discricção para não decidir certos casos. Ainda, muitas vezes, essas doutrinas no máximo pospõem tais decisões controversas e nem mesmo por muito tempo; portanto, no final das contas há quem acredite que seu uso pelas Cortes pode, na verdade, vir a produzir mais danos do que benefícios ao próprio desenvolvimento da doutrina.<sup>295</sup>

A maioria das doutrinas de justiciabilidade aqui citadas são mandatórias, o que significa que não deveria haver grandes possibilidades delas serem demasiadamente manipuladas pelos juízes. Evidente que retardar algumas decisões para um outro momento pode ser exatamente o ponto que se invoca ao falar dos propósitos dessa teoria como mecanismo para evitar decisões e possibilitar as virtudes passivas, sendo que isso não significaria, necessariamente, evitar para sempre.

Mesmo assim, essa postura pode ter uma influência significativa mínima, correndo o risco, ainda, de piorar a utilidade da doutrina ao torna-la excessivamente maleável. Isso ocorre porque seu uso discricionário como mecanismo para evitar decisões pode vir a envolver sua manipulação e distorção. O resultado acaba sendo uma incerteza cada vez maior da doutrina do *standing* e uma suscetibilidade menor em sua aplicação de forma mandatória. Possível concluir, assim, que, caso se queira que as cortes desempenhem um papel em evitar certas decisões em casos socialmente difíceis, melhor seria que isso fosse previsto expressamente. Mas, permitir que eles atinjam tal resultado de maneira a manipular o uso das doutrinas como a de *standing* impõe um alto preço a elas, ao mesmo tempo que as danifica pelos abusos reiterados.<sup>296</sup>

O fato de Cortes constitucionais se depararem com questões que muitas vezes surgem através de uma postura evasiva dos demais poderes políticos não deveria acarretar por si só uma tomada de decisão automaticamente por parte do Poder Judiciário, mesmo porque isso poderia incentivar um tipo de comportamento não responsivo à Constituição pelos demais poderes.<sup>297</sup>

Assim, é importante que o Poder Judiciário tenha ciência de que sua abstenção pode vir a encaminhar uma decisão através de um processo político (sentido amplo).<sup>298</sup> “Os argumentos de uma Corte não precisam ser compulsórios para serem convincentes”, sem contar que ao escolher não agir ela não estaria abandonando sua posição institucional no

---

<sup>295</sup> SIEGEL, Jonathan R.. *A Theory of Justiciability*, p. 108/109.

<sup>296</sup> SIEGEL, Jonathan R.. *A Theory of Justiciability*, p. 109-112.

<sup>297</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 81.

<sup>298</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 147.

Estado; pelo contrário, estaria ratificando seu papel educacional na promoção do processo democrático,<sup>299</sup> o qual será melhor explorado a seguir.

### 3.1.2. NÃO-DECISÕES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIALÓGICO

Se às Cortes constitucionais também caberia o uso prudente e consciente de não-decisões nas suas práticas, necessário identificar que momento seria o mais adequado e sob quais condições estariam essas não-decisões para que pudessem estar aptas a produzir seu melhor resultado. Certamente, abraçando a tendência aqui desenvolvida de se buscar a prática de um melhor constitucionalismo, aquele que busque a promoção do diálogo como premissa de uma democracia deliberativa, resta evidente que devem ser essas premissas a serem observadas – e os mesmos objetivos buscados – ao se utilizar as virtudes passivas.

Possível dizer, então, que se compartilha da ideia de Cass Sunstein, a qual identifica que as virtudes passivas são analisadas de forma mais produtiva se observadas como parte da noção de minimalismo judicial e de um esforço para se melhorar o espaço democrático de escolhas e reduzir os custos de uma decisão e de possíveis erros.<sup>300</sup>

Uma boa instituição deliberativa, segundo Conrado Mendes, seria aquela que responde no tempo adequado, ou seja, nem muito antes, nem tarde demais. E, para isso, as virtudes passivas poderiam ser úteis. Elas podem influenciar o momento de uma decisão, o que é relacionado ao poder de agenda da Corte e à duração de um processo. Dessa forma, uma Corte pode controlar melhor quando uma deliberação pode começar e quando ela deve terminar. Virtudes passivas também possuem influência direta na cooperação entre os Poderes, haja vista que é através da combinação entre decisões e não-decisões que as Cortes conseguem dialogar melhor com outras instituições e com a população – determinando melhor quando e porque devem se manifestar-, o que, ao final, auxilia no grau de aceitabilidade e efetividade de suas decisões.<sup>301</sup>

Por sua vez, um controle de constitucionalidade dialógico deve permitir que haja um diálogo significativo entre os Poderes, o que, por exemplo, pode ser observado com a possibilidade de espaço para desenvolvimento de uma resposta pelo Poder Legislativo que

---

<sup>299</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 188.

<sup>300</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 40.

<sup>301</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 199/200 e 206.

possa a vir a rejeitar ou, ao menos, resistir a interpretações judiciais anteriores.<sup>302</sup> Algo que as Cortes podem prover a partir do uso de não-decisões.

De forma alguma se esquece que mecanismos de não-decisão – assim como quaisquer outros instrumentos – podem ser manipulados para outros fins, que não os desejados; contudo, isso não evita que Sunstein afirme poder haver um relacionamento entre minimalismo (ou decidir por não decidir certas coisas) e democracia deliberativa. Isso acontece, principalmente, porque na lógica de aplicação de uma agir minimalista estaria a ciência de não se tentar acabar com futuras discussões,<sup>303</sup> ou seja, a consciência de que o debate não se extingue necessariamente com a decisão judicial proferida.

Pode parecer incompatível com a ideia de promoção da democracia o “nada fazer”, porém tal postura tende a refletir a consciência que os juízes devem ter de seu papel limitado (ainda que importante) no plano constitucional completo, economizando-se, assim, desacordos morais evitando-se o estabelecimento de comprometimentos morais profundos quando desnecessários para proferir uma decisão. Nesse sentido, Sunstein irá afirmar que essa postura é do tipo que promove a democracia (*democracy-promoting*), pois se utilizaria estímulos capazes de provocar e melhorar o processo democrático; é dizer, ela seria capaz de promover os ideais constitucionais sem arriscar uma intervenção judicial excessiva no domínio político, possibilitando um período para que o processo democrático possa se adaptar a novos desenvolvimentos e adicionar novas perspectivas e informações para questões legais.<sup>304</sup> Minimalismo (e conseqüentemente as virtudes passivas), portanto, estaria conectado à democracia, pois proporcionaria ao processo democrático certo espaço para manobra.<sup>305</sup>

Não obstante essa defesa das virtudes passivas, o próprio Cass Sunstein admite que existem momentos específicos em que o minimalismo pode ser abandonado para dar lugar a uma decisão mais ampla e/ou profunda. Isso aconteceria quando (i) os juízes possuem confiança considerável nos méritos da solução; (ii) a solução pode reduzir os custos da imprevisibilidade para outros tribunais e futuros litigantes; (iii) o planejamento avançado é importante e (iv) uma postura maximalista tenda a promover objetivos democráticos, seja criando pré-condições para a democracia, seja impondo incentivos aos representantes eleitos, incentivos que eles provavelmente observariam. Assim, contrariamente aos momentos citados, para casos de incerteza e em que as condições prévias para a democracia não estejam

---

<sup>302</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, p. 44.

<sup>303</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 4.

<sup>304</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 26-28 e 53.

<sup>305</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 54.

em jogo melhor seria a postura minimalista.<sup>306</sup> É possível afirmar, pois, que “minimalismo nem sempre é o melhor caminho para se proceder. Porém, ele oferece utilidades próprias para o Direito constitucional, através das quais juízes, bem conscientes de suas limitações, reconhecem que, às vezes, a melhor decisão é deixar as coisas não-decidas”.<sup>307</sup>

Segundo Bickel, as Cortes também devem estar preocupadas com o alcance e efetividade de suas decisões, o que poderia acarretar a utilização de virtudes passivas. Importante seria ter sabedoria de agir em conjunto ao restante do Estado e em observância ao momento em que se encontra a sociedade, sem a necessidade demasiada de impor uma decisão final de maneira repentina ou atropelada. Trata-se de reconhecer que uma Corte não trabalha isolada da esfera social que a abriga, de forma que só deveria decidir quando acreditasse que um julgamento não conseguiria ser evitado e estivesse ciente, ao menos em certa parte, das reações que poderiam se derivar dele.<sup>308</sup>

A habilidade de conseguir de forma sábia e frutífera proferir decisões baseadas em princípios também se encontra na capacidade institucional da Corte de poder decidir se e quando uma decisão deve ser realizada.<sup>309</sup> Não só nisso, mas também na humildade dos juízes de perceberem que muitas vezes a situação apresentada não é a melhor para se decidir, ou que eles simplesmente não sabem a melhor resposta para o caso. Ou seja, a escolha do agir prudente possibilitado pelas virtudes passivas viria da auto-compreensão de suas limitações motivacionais ou cognitivas.<sup>310</sup>

Em certos momentos, mesmo que uma decisão judicial esteja correta, ela pode acarretar consequências ruins, isso porque ela pode não promover a reforma social almejada. Pode ser que consequências imprevistas aconteçam, ou que se provoque reações sociais opostas a ela e desmobilizar os atores sociais a ela favoráveis. Ou mesmo que se evite a deliberação social, aprendizagem, acordos e evoluções morais com o passar do tempo. Dessa forma, uma postura mais cautelosa tende a não prejudicar todo esse processo,<sup>311</sup> devendo ela, então, ser parte legítima da atuação das Cortes constitucionais.

Para a adjudicação em uma sociedade pluralista melhor seria a presunção de uma certa modéstia teórica do que propriamente a utilização de termos abstratos e amplos para invalidar uma legislação em sede de controle de constitucionalidade.<sup>312</sup> Uma Corte

---

<sup>306</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 57.

<sup>307</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 263 – Tradução livre.

<sup>308</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 239/240.

<sup>309</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 205.

<sup>310</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 47.

<sup>311</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 59.

<sup>312</sup> SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time*, p. 258.

deliberativa deve, então, buscar o equilíbrio entre ser consciente e sincera quanto a sua falibilidade, mas ao mesmo tempo audaciosa o suficiente para impulsionar questões constitucionais difíceis e, quando conveniente, para combater uma possível inércia e inatividade argumentativa do sistema político.<sup>313</sup>

Trata-se de uma forma de reconhecer o papel político desempenhado pelo Poder Judiciário, sem que para isso ele tenha que se valer das prerrogativas dos demais agentes sociais – seja os demais poderes, seja a sociedade em si. Isso porque em certas circunstâncias não seria possível tomar uma decisão rígida sem trazer resultados democráticos negativos, uma vez que não haveria amadurecimento dessas ideias na sociedade<sup>314</sup> - mesmo porque, não é pelo fato dos tribunais decidirem que a população terá essa decisão como legítima. Essa também é uma realidade que se encontra na jurisdição brasileira, através de suas peculiaridades, o que será exposto na próxima seção.

### **3.2. A PRÁTICA DESVIRTUANTE: VIRTUDES PASSIVAS E SEU EXERCÍCIO NO BRASIL**

Independentemente dos atributos positivos que as virtudes passivas podem proporcionar, como demonstrado, há de se ter consciência que elas são virtudes relativas. Isso significa dizer que nem sempre deixar de decidir seja a melhor solução do que proferir uma decisão (como visto), ou mesmo, que elas possam vir a ser mal aplicadas.<sup>315</sup> A má aplicação (ou aplicação exacerbada) foi observada nos Estados Unidos da América, mas também pode ser encontrada no Brasil, como se procurará demonstrar.

Diferentemente da prática da Suprema Corte estadunidense, o Supremo Tribunal Federal no Brasil dificilmente declina pura e simplesmente sua jurisdição. Um dos motivos poderia estar relacionado à presença do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, CF.<sup>316</sup> Evidente que a imposição, cada vez maior, de requisitos para os processos chegarem a sua instância dificulta o trâmite dos processos, como o requisito de “repercussão geral” para os recursos extraordinários,<sup>317</sup> que, por mais que

<sup>313</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 222.

<sup>314</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue - Deliberative Separation of Powers II*, p. 5.

<sup>315</sup> BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch*, p. 207.

<sup>316</sup> Constituição Federal, Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>317</sup> Constituição Federal, Art. 102, §3º.

possam ser uma abertura para certa discricionariedade, por si só não qualifica como declinação de jurisdição do tipo praticada jurisprudencialmente nos EUA.

Talvez o instituto que mais se aproxime dessa prática seja a criação jurisprudencial do requisito da “pertinência temática” para certos legitimados das ações de controle de constitucionalidade.<sup>318</sup> Tal exigência não é prevista legalmente e tende a dificultar o acesso à Corte. De qualquer forma, os parâmetros para a observância da pertinência temática já se encontram bem estabelecidos na doutrina e jurisprudência (por mais que nada impeça que sejam alterados a qualquer momento), fazendo com que esse requisito dificilmente seja utilizado como uma esQUIVA desmotivada de jurisdição – sem contar que ele não possui uma abrangência ampla.

Por mais que não se observe caracterizadamente a declinação de jurisdição no Brasil, é possível afirmar que o STF faz uso de não-decisões em seu cotidiano. Tratam-se de outros instrumentos que, assim como as doutrinas de justiciabilidade, são empregados de forma distorcida e evitam com que juízes tenham que tomar uma decisão final sobre o caso em questão naquele momento específico. Entretanto, diferentemente dessas doutrinas estadunidenses, os instrumentos do STF não são aplicados de maneira coletiva; ou seja, para que sejam desenvolvidas táticas de não-decisão no Brasil não se necessita do aval da maioria dos juízes, de uma decisão institucional. E é neste ponto que se encontra um dos maiores problemas da presença das virtudes passivas no Brasil, a ponto de se questionar se verdadeiramente se tratariam de virtudes.

### *3.2.1. NÃO-DECISÕES NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

A premissa que permeia o presente trabalho é de que Cortes constitucionais, como instituições importantes do Estado, também atuam de forma política e influenciam diretamente o cenário político-social de seus países. Esse só poderia ser também o caso, também, do Supremo Tribunal Federal. O STF pode ser definido, então, como mais um ator com poder de veto – na definição de George Tsebelis -, uma vez que desempenha papel como

---

<sup>318</sup> ADI 1157 – “O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato - foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa "ad causam" para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.” (ADI 1157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-94, Plenário, DJ de 17-11-06).

agente determinante para alteração do *status quo*, o qual, por sua vez, depende de uma decisão unânime de todos os atores com poder de veto para ser alterado.<sup>319</sup>

Sabe-se que, para ser um ator com poder de veto, não basta a intenção de se imiscuir nos assuntos políticos do Estado, mas também, deve-se ter um desenho institucional potencializador para tanto.<sup>320</sup> De uma maneira geral, Tsebelis não classifica o Poder Judiciário como um ator com poder de veto. Em um primeiro momento, o autor acredita que as interpretações estatutárias dos tribunais podem ser legislativamente sobrestadas.<sup>321</sup> Posteriormente, ao tratar de Tribunais Constitucionais, ele irá manter essa opinião, levando em consideração que a maioria das interpretações constitucionais seriam absorvidas pelos atores políticos com poder de veto existente.<sup>322</sup>

De início, não haveria motivos para evitar a aplicação dessas afirmações na realidade brasileira. Contudo, o desenho institucional brasileiro tende a apontar o STF como mais um ator com poder de veto, sobretudo ao desempenhar seu controle de constitucionalidade. Seus ministros, por exemplo, detém prerrogativas que possibilitam a suspensão de tramitação de um processo unilateralmente (como o pedido de vistas), bem como podem realizar o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, instrumento precipuamente utilizado para sobrestar suas decisões.

Assim como nem sempre é fácil para o Poder Judiciário sobrestar uma legislação – pois pode apresentar desgaste no relacionamento com o Poder Legislativo –,<sup>323</sup> também pode ser custoso para o Poder Legislativo sobrestar uma interpretação feita pelos tribunais, visto que pode demandar esforços como apresentar um projeto de lei ou emenda, formar coalizão para apoiá-lo e eliminar opositores.<sup>324</sup> Como, no entanto, já há uma tendência ao protagonismo dos tribunais no Brasil, esses custos para o Legislativo tendem somente a ratificar essa supremacia judicial.

Tal comportamento pode levar a um desequilíbrio, uma vez que, na ausência de uma instância superior controladora, é atribuído ao STF autoridade para, em teoria, emitir a última palavra sobre temas constitucionais, diminuindo as chances de tal ideia ser rebatida pelo

---

<sup>319</sup> TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*: como funcionam as instituições políticas. Tradução de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 16 e 41.

<sup>320</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Empirical Legal Research*: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. In: VESTANA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas*: debates práticos. v.2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 102.

<sup>321</sup> TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*, p. 311.

<sup>322</sup> TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*, p. 319.

<sup>323</sup> TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*, p. 311.

<sup>324</sup> TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*, p. 314.

Congresso Nacional,<sup>325</sup> ou mesmo pela própria reação popular.<sup>326</sup> Cria-se, assim, o risco de se ver o tribunal se transformar no xerife de suas próprias decisões.<sup>327</sup>

O STF como ator político com poder de veto tende a influenciar a política nacional não só com suas decisões, mas também com suas não-decisões. Essas últimas podem ser reconhecidas pela utilização de alguns mecanismos processuais previstos seja pelo regimento interno da Corte, seja por lei. Eles são o pedido de vistas, as liminares em ações de controle de constitucionalidade e a prerrogativa de montagem da pauta das sessões de julgamento. Como um ator com poder de veto, ele detém poder de agenda,<sup>328</sup> utilizando muitas vezes esses instrumentos para controlar aquilo que deve ser destacado no cenário político e o que não deve, a depender do momento e das circunstâncias.

Importante, pois, não só enumerar os instrumentos utilizados, mas também explicar como eles são aplicados na prática, uma vez que ela influencia diretamente na postura que a Corte adota, sobretudo se ela irá se alinhar ou não com as premissas de um controle de constitucionalidade dialógico em uma democracia deliberativa. O primeiro mecanismo a ser analisado será o “pedido de vistas” ao processo.

Os pedidos de vistas, presentes nas ações de julgamento colegiado, estão previstos no regimento interno do STF<sup>329</sup> e em resolução interna do tribunal (Resolução 278/2003). Em sua forma pura, esse instrumento possui como objetivo evitar que algum juiz seja obrigado a julgar um caso sem que acredite que esteja verdadeiramente preparado. Assim, quando um juiz acredita que precisa estudar melhor o processo, pode pedir tempo extra para tanto, em qualquer momento. Nesses casos, o julgamento será interrompido, sendo retomado quando esse juiz terminar seu estudo do caso e devolver o processo, acompanhado com seu voto.<sup>330</sup>

Contudo, é possível identificar que na prática cotidiana do STF esse mecanismo é aplicado de forma distinta de sua previsão normativa; isso porque, por mais que ele possua

---

<sup>325</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-463, jul – dez 2008, p. 447.

<sup>326</sup> Não se pode negar que ao mesmo tempo que o Poder Judiciário se imiscui em temas que, muitas vezes, extrapolam sua competência, o Poder Legislativo também possui os seus momentos de contraposição às suas decisões, oferecendo respostas a temas sobretudo políticos. Esse foi o caso, por exemplo, da “PEC dos Vereadores” (nº 333/04), que resultou na EC 58/09, responsável por aumentar o número de vereadores, mesmo depois de haver decisão do STF – e resolução do TSE - que diminuía tal quantidade de cargos – PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina. *STF disciplinando o número de vereadores*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-08/stf-papel-disciplinador-numero-vereadores>>. Acesso em: 13 ago 2014.

<sup>327</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, p. 450.

<sup>328</sup> TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*, p. 17.

<sup>329</sup> Art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.

<sup>330</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 89.

um prazo específico para durar, não há sua observância, transformando-se em um mecanismo sem limitações. Normativamente há a previsão de um prazo de 10 dias para os pedidos de vistas, o qual pode ser prorrogado automaticamente por mais 10 dias, sendo possível, ainda, por fim, que o ministro peça a renovação do prazo mais uma vez, totalizando no máximo 30 dias, de acordo com a Resolução 278/2003 do STF, que regulamenta o seu regimento interno.

Se, mesmo depois de findo esse lapso temporal, o ministro que realizou o pedido não tenha devolvido o processo para julgamento, caberia ao ministro presidente requerer os autos do processo em questão e reabrir julgamento<sup>331</sup>. Essa regra, no entanto, nunca chegou a ser efetivamente aplicada pela Corte, fazendo com que sua redação fosse alterada. Suprimiu-se a possibilidade de requisição do processo para julgamento, bem como se diminuiu a possibilidade de renovação do prazo estabelecido para somente uma vez (totalizando um prazo máximo de 20 dias para o pedido de vistas) – o qual continua não sendo respeitado.<sup>332</sup>

É possível, de uma maneira geral, reconhecer os atributos que tal flexibilidade pode trazer, “uma vez que os membros do Supremo não poderiam cumprir sua função decisória de maneira responsável se não tivessem o devido conhecimento e compreensão dos processos que julgam”.<sup>333</sup> Entretanto, não se pode negar, igualmente, que esse instrumento tem sido utilizado de forma irresponsável e imprevisível, não só pelo descumprimento dos prazos, mas também pela possibilidade de se poder pleitear o pedido mais de uma vez no mesmo processo.

Tal distorção é facilmente observada ao se analisar os pedidos de vista nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Entre 1988 e 2013, os pedidos de vista em ADI eram em média de 1,2 anos (429 dias) e aqueles que ainda estavam em aberto já duravam em média 3,7 anos (1.342 dias), sendo que ainda haviam 31 pedidos em aberto.<sup>334</sup> Assim, por mais que se acredite ser legítima a utilização de instrumentos de não-decisão pelas Cortes, excessos não deveriam ser tolerados.

---

<sup>331</sup> Resolução 322/2006 do STF - Art. 1º O Ministro que pedir vista dos autos devesse devolvê-los no prazo de 10 (dez) dias, contados da data que os receber em seu Gabinete. O julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir a devolução, independentemente da publicação em nova pauta.

§ 1º Não devolvidos os autos no termo fixado no caput, fica o pedido de vista prorrogado automaticamente por 10 (dez) dias, findos os quais o Presidente do Tribunal ou da Turma consultará, na sessão seguinte, o Ministro, que poderá, justificadamente, renovar o pedido de vista.

§ 2º Esgotado o prazo da prorrogação, o Presidente do Tribunal ou da Turma requisitará os autos e reabrirá o julgamento do feito na segunda sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.

<sup>332</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 91.

<sup>333</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 90.

<sup>334</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 94.

Da mesma forma, a mensagem que esses pedidos passam para a imagem deliberativa da Corte não é positiva. Em geral, quando um ministro requer a interrupção do processo – e possui o poder de exercer essa prerrogativa por tempo indeterminado – está admitindo que seus colegas ministros não podem contribuir para sua reflexão do caso, ou mesmo para o destino que esse caso deveria tomar. Em outras palavras, demonstra-se que a predisposição de se atuar como um grupo está completamente ausente.<sup>335</sup>

Outro mecanismo que vem sendo utilizado como forma de não-decisão pelo STF são os pedidos de liminar nas ações de controle de constitucionalidade. A medida cautelar também é possível de ser empregada nas ações de controle de constitucionalidade a partir de dispositivo contido na Lei nº 9.868/99.<sup>336</sup> Desde então é possível assegurar a suspensão da lei potencialmente inconstitucional diante da presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, enquanto não se determina a decisão final do processo.

Contudo, na prática o que se observa é que o instrumento que deveria servir como uma garantia acaba oferecendo forte insegurança ao se prolongar durante longos períodos de vigência, o que pode tornar a decisão final de mérito prejudicada ou inútil. Nos casos de controle de constitucionalidade concentrado, ainda, a situação é agravada pelo fato da liminar não influenciar somente uma situação jurídica intra-partes, mas sim o direito brasileiro como um todo, em sua forma abstrata.<sup>337</sup>

Em média, o tempo para se julgar uma liminar e, depois, o lapso temporal em que elas permanecem vigentes é bastante alto - e se acentua mais ainda nos casos do controle de constitucionalidade concentrado. Segundo pesquisa desenvolvida pela FGV entre os anos de 1988 e 2013, nos casos de controle concentrado, tem-se a média de 158 dias para se julgar as liminares de ADIs, 161 para ADPFs e 249 para ADCs. Nas ADIs a média de vigência da liminar é de 6,1 anos; caso se considerem somente as liminares ainda vigentes no período da

<sup>335</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *J•CON*, v. 11, n. 3, pp. 557–584, 2013, p.572.

<sup>336</sup> Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. (...)

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

<sup>337</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 29/30.

pesquisa, tem-se uma média de 13,5 anos.<sup>338</sup> Ademais, vale ressaltar que dentre as liminares que tiveram maior duração no STF e as que ainda estavam vigentes com maior duração, a grande maioria estão ligadas a ADIs.<sup>339</sup> Observa-se, pois, mais um instrumento, cuja prática foi subvertida para configurar como forma de não-decisão (ao menos definitiva), mas que ainda assim contém os mesmos vícios dos pedidos de vistas, quais sejam, o uso abusivo e unilateral por parte dos ministros.

Por fim, o último mecanismo aqui destacado que pode se caracterizar como uma forma de não-decisão do STF é a prerrogativa de colocação em pauta do processo pelo relator (“poder de agenda”). Seguindo os trâmites processuais usuais, os processos no STF, após a parte ter realizado algum pedido ou manifestação, ou mesmo, após já estarem reunidos todos os documentos ou provas necessários para que o juiz tome sua decisão, seguem para a etapa de “concluso ao relator”. Trata-se de uma fase cujo andamento do processo fica dependente inteiramente da responsabilidade do ministro relator.<sup>340</sup>

É aproveitando essa ampla prerrogativa que muitos ministros relatores conseguem manipular diante de que momento e circunstâncias um processo será colocado a disposição para julgamento. Nesses casos, também é possível se observar uma tendência de extrapolação de prerrogativas no que tange os procedimentos nas ações de controle de constitucionalidade concentrado. Tratam-se das ações com uma grande média de duração em situação de concluso ao relator. As ADIs ficam em média 150 dias aguardando resposta do relator, já as ADPFs, 98 dias. Nos casos extremos, constata-se a presença de ações que já ultrapassaram 10 anos com os autos conclusos com o relator do processo.<sup>341</sup>

A priori, não haveria motivos para criticar essa prática, uma vez que ela revela em si os objetivos da aplicação de virtudes passivas – os quais seriam a possibilidade de estabelecer o melhor momento para se julgar determinado caso. Porém, não se pode deixar de salientar que essa postura deixa a desejar em níveis deliberativos, uma vez que é realizada de forma unilateral, por um só ministro, tolhendo, assim, sua possível legitimidade institucional.

O déficit deliberativo causado pelos ministros relatores também se encontra na inércia de concretização de diálogo e debates que seu voto poderia desencadear. Normalmente

---

<sup>338</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 33 e 40/41.

<sup>339</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 50.

<sup>340</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 101/102.

<sup>341</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, p. 104 e 110.

a opinião do ministro relator deveria ser a base para iniciar a deliberação do caso, o que, evidentemente, não acontece no STF, visto que seu voto não é distribuído aos demais ministros antes da sessão plenária, impossibilitando que eles se prepararem melhor para o (possível e desejável) debate. Ademais, não se deve esquecer da tradição de leitura de votos cultivada no plenário do STF, que só tende a sustentar esse tipo de postura individualizada por parte do ministro relator.<sup>342</sup> Fato é que, em pesquisa realizada com os ministros do STF, muitos deles manifestaram receio quanto à divulgação prévia do voto pelo ministro relator (por mais que concordassem que poderia facilitar seus trabalhos) pelo risco que se poderia correr com a possibilidade de os demais ministros elaborarem contra-argumentos mais robustos. Evidente que esse tipo de mentalidade “soa impregnado de vaidade e individualismo”,<sup>343</sup> posturas que não deveriam estar presentes em uma corte deliberativa.

A insatisfação quanto à utilização ilimitada dos instrumentos aqui citados é demonstrada diante dos projetos que visam, de alguma forma, discipliná-los. A proposta de Emenda Constitucional n. 53/2015 é um possível exemplo. Ela objetiva regular o uso, ao menos, de um desses instrumentos, que é o pedido de vistas. A ideia dessa PEC seria acrescentar um inciso ao art. 93 da Constituição, o qual conteria a possibilidade de sobrestar processos pautados para julgamento do respectivo colegiado (salvo Mandado de Segurança e Habeas Corpus), quando se esgotar o prazo do pedido, até que seja retomado o exame do processo suspenso por ele.<sup>344</sup> Ao mesmo tempo, sob essa mesma temática, o CNJ regulamentou na Resolução nº 202/2015 os pedidos de vistas, prevendo que, caso o prazo para esse pedido expire e o autor ainda não se sinta habilitado a votar, o presidente do colegiado deve convocar substituto para proferir voto.<sup>345</sup>

---

<sup>342</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, p. 570.

<sup>343</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. In: *Revista Estudos Institucionais*, vol. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015, p. 193/194.

<sup>344</sup> Redação da PEC 53/2015: Art. 1º O art. 93 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XVI:

“Art. 93. (...)

XVI - aos integrantes dos Tribunais é facultado pedir vista dos autos de processo judicial em curso, devendo devolvê-los no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, contados da data em que os recebeu em seu Gabinete, para que se dê prosseguimento ao julgamento; transcorrido este prazo sem que tenham sido devolvidos os autos, todos os processos, pautados ou apresentados em mesa para julgamento no respectivo Colegiado, com exceção de mandados de segurança e habeas corpus ficarão sobrestados até que seja retomado o exame do processo suspenso pelo pedido de vista”. (NR) – CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Leis e outras proposições – PEC 53/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1297519>>. Acesso em: 21 out. 2016.

<sup>345</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Aprovada resolução que regulamenta pedido de vista no Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80781-aprovada-resolucao-que-regulamenta-pedido-de-vista-no-judiciario>>. Acesso em: 27 out. 2015.

Se essas respostas serão satisfatórias para conter o abuso dos ministros do STF, impossível dizer de antemão – sobretudo se for considerada a ideia de que essa instituição vive momentos de protagonismo sem freios. Fato é que frente a este cenário, não é impensável que muitos acreditem ser as virtudes passivas um distúrbio na adjudicação de uma Corte. Contudo, vale a pena lembrar, nesse caso, que elas tem o potencial de auxiliar no diálogo das Cortes com os demais agentes políticos, como demonstrado.

Infelizmente esse potencial não foi alcançado ainda pelo STF, e muito se deve ao fato dele não buscar direcionar suas práticas em uma postura condizente a uma corte deliberativa. O poder de se escolher não decidir um caso é dotado, em grande parte, de um julgamento político, de forma que deve ser bem empregado pela Corte para que não seja desvirtuado<sup>346</sup> – algo que pode acontecer ao se garantir tal prerrogativa tão importante a somente um ministro, como se dá no pedido de vista ou da ausência de pedido de pauta pelo relator.

O individualismo extremo, marcante nas atitudes dos ministros do Supremo, de uma forma geral, apaga as potencialidades dos instrumentos de virtudes passivas, pois, quando se busca defender esse tipo de postura de uma Corte, espera-se que ela seja fruto de uma coerência e prática institucional, algo que não acontece – e não vai acontecer -, a não ser que se adote essa postura democrática-deliberativa. Caso contrário, tais práticas se transformam em mais um dispositivo para a ratificação da supremacia judicial.

### *3.2.2. A “SUPERCONTRAMAJORITARIEDADE” NO STF: O INDIVIDUALISMO EXTREMO*

Analisando as práticas de não-atuação utilizadas pelo STF, foi possível observar que elas – e igualmente algumas ligadas às virtudes ativas, como visto - não se enquadram verdadeiramente como uma “virtude” desenvolvida pela Corte. Isso se deve, sobretudo, pelo fato dos ministros atuarem de forma acentuadamente individualizada, não caracterizando uma postura institucional e deixando a deliberação interna a desejar.

A deliberação interna se impõe como um requisito importante para o comportamento de juízes de Cortes ou tribunais (ou seja, órgão colegiados), pois, a princípio, ela aumentaria o a qualidade do debate e, por conseguinte, elevaria a legitimidade das decisões dele advindas. É dizer, essa deliberação serviria principalmente para compensar a falta de legitimidade

---

<sup>346</sup> FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts, p. 634.

democrática que as instituições judiciais possuiriam ao exercer um controle de constitucionalidade; a qualidade argumentativa das Cortes, ao menos em parte, legitimaria essa prática. Não se busca, evidentemente, rejeitar que sua legitimidade também possa advir de outros fatores, como a proteção de direitos das minorias.<sup>347</sup>

Segundo Virgílio Afonso da Silva, existiriam algumas condições a serem empregadas dentro das Cortes constitucionais que as tornariam – provavelmente – mais deliberativas. A primeira delas seria a prática da colegialidade, a qual compreenderia mais do que a simples definição de se votar em grupo. Em uma perspectiva da democracia deliberativa, colegialidade implicaria (i) na disposição de se trabalhar como uma equipe; (ii) na ausência de hierarquia entre os argumentos dos juízes; (iii) na propensão de se escutar os argumentos dos demais; (iv) na cooperação para se alcançar um resultado; (v) no respeito mútuo entre os juízes e (vi) na disposição para se falar, sempre que possível, não como um somatório de indivíduos, mas como uma instituição.<sup>348</sup>

Na visão de Gustavo Zagrebelsky, a melhor postura possível de uma Corte constitucional seria não precisar recorrer à votação como procedimento principal; ou seja, mais importante seria deliberar, convertendo-se o voto em uma mera formalidade – se necessário. Evidente que isto demandaria maior empenho e discussões, mas seria este o ideal para se evitar tomar decisões precipitadas. Estipular um objetivo realista de se chegar a uma solução que suscita maior acordo – e não unanimidade, já seria suficiente, se ao menos ao final as contribuições pessoais se dissolvessem em um produto novo cujo o autor seja a própria Corte.<sup>349</sup>

A ausência de colegialidade no STF é exemplificada pela prática de decisão através da leitura de votos pré-elaborados e individualizados - o que posteriormente dificulta também a identificação da *ratio decidendi*.<sup>350</sup> Trata-se essa de uma postura que, em contrapartida, não foi a regra nos primeiros anos de vigência da Constituição Federal. Segundo Virgílio Afonso da Silva, os motivos que podem justificar tal comportamento atual pode ser o aumento da complexidade dos casos e de seu impacto moral e social, o que poderia exigir uma preparação prévia mais intensa, ou mesmo os efeitos de se ter a sessão de julgamento televisionada.<sup>351</sup>

Junto à colegialidade, outro fator importante para qualidade deliberativa das Cortes seria o objetivo almejado pela deliberação e a forma como ele é buscado. Cortes, assim como

---

<sup>347</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, p. 557-559.

<sup>348</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, p. 562/563.

<sup>349</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*, p. 43/44.

<sup>350</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, p. 575.

<sup>351</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?”, p. 191.

Parlamentos, deliberam. Contudo, diferente desses, os juízes nas Cortes não devem possuir como objetivo principal convencer a sociedade de que seus argumentos são melhores que os dos demais. Zagrebelsky, ainda, ressalta que a polarização entre maiorias e minorias em uma Corte constitucional, advindas da submissão de questões constitucionais à votação, só tendem a enfatizar uma politização desmedida da justiça constitucional, desfocando-a de seus objetivos principais.<sup>352</sup>

Assim, a lógica de “vencer” um debate não deveria estar presente dentro de uma Corte constitucional, uma vez que seus membros estão lá para encontrar a melhor resposta possível para um determinado caso, para chegar o mais próximo de um consenso. Esse tipo de postura se aproxima muito mais, também, da prática de um advogado. Porém, juízes não deveriam querer “advogar” de maneira intransigente por uma determinada tese ou solução para o caso, pois isso só tende a bloquear a fluidez dos debates, uma vez que, evidentemente eles não estariam predispostos a mudar de opinião em prol de um possível consenso, ou ainda, poderiam incluir outras práticas que minam a construção de um debate amplo e rico, como o não compartilhamento de informações previamente ou que seriam contrárias à tese defendida. Assim, a questão a ser ressaltada em uma Corte não seria de se ter o melhor ou pior argumento ou retórica, mas sim de se trabalhar de forma colegiada para se alcançar o melhor resultado desejado. A busca pelo consenso deve se sobrepor, pois, a eventuais posturas diversas.<sup>353</sup>

Exemplos não faltam para ilustrar o extremo individualismo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e como esta Corte possui um grande déficit de deliberação interna. Uma situação que consegue explicitar bem a má utilização das virtudes passivas por esse Tribunal em conjunto com a sua “supercontramajoritariedade” é o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. A escolha pela análise desse controle de constitucionalidade em específico vai além da (não menos importante) indagação de se o Poder Judiciário poderia se imiscuir nessa prática, focando-se na influência negativa que a postura individualista da Corte exerce sobre instrumentos tão relevantes para o constitucionalismo e a democracia que são as emendas constitucionais.

A começar, é possível observar que o número de casos de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais é bastante expressivo – levando-se em consideração que essa deveria ser uma prática não muito corriqueira, haja vista não estar o Poder Judiciário ligado diretamente ao procedimento de reforma constitucional. São ao todo

---

<sup>352</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*, p. 36.

<sup>353</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*, p. 564/565 e 576/577.

89 casos, tendo sido objeto de controle 27 emendas, das 99 existentes (contando com as emendas de revisão).<sup>354</sup> Importante ressaltar que, uma vez que não se há um prazo para a propositura de ações de controle de constitucionalidade, o número de emendas a serem revisadas ainda pode ser alterado, sem a necessidade de que novas emendas sejam criadas.

Grande parte desses casos foram extintos sem um julgamento de mérito (35%) e somente 25% dos casos já obtiveram uma decisão final de mérito, enquanto o restante, totalizando a maioria dos casos, continua sem uma decisão final (40%). Infelizmente os casos ainda pendentes de decisão não possuem previsão para serem julgados, uma vez que, diante de todos os mecanismos de não-decisão aqui citados, é possível que os ministros – sobretudo o ministro relator – imponham um ritmo próprio para resolução (ou não) dos casos. Por exemplo, o caso mais antigo, que seria da ADI 1805 contestando a Emenda constitucional n. 16/1997 (sobre reeleição), está pendente desde 1998 (totalizando mais de 18 anos).<sup>355</sup>

Importante, pois, salientar que a duração desses casos de controle de constitucionalidade variam muito. Em média, levam-se 2,8 anos para que se tenha tido uma decisão de mérito – seja ela procedente ou improcedente. Contudo, ainda é possível identificar casos que só tenham durado 6 meses (ADI 3128 contra a EC 41/2003 sobre previdência social)<sup>356</sup>, ou até mesmo 13 dias (ADI 3685 contra a EC 52/2006, que trata de coalizões partidárias)<sup>357</sup>. Em contraste, existem mais de 15 casos com duração maior de 10 anos. Resta evidente, portanto, que o STF utiliza os mecanismos de não-decisão aqui mencionados com vias de interferir diretamente na sequência e progressão de casos importantes no cenário nacional.

Um dos casos mais emblemáticos que podem ser citados dentro dessa temática das emendas é a ADI 5017, cujo objeto é a Emenda constitucional n. 73/2013. A emenda em questão dispõe sobre a criação de quatro novos Tribunais Federais Regionais, sob a justificativa de adaptar a estrutura judicial do país para o aumento das demandas jurídicas. A reivindicação contra esta emenda possui diversos argumentos, contudo, em sua maioria, eles

---

<sup>354</sup> Dados refletem a realidade do momento de elaboração desse trabalho. Todos os dados sobre as emendas foram coletados no site oficial do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 21 out. 2016.

<sup>355</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1805 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1700204> >. Acesso em: 21 out. 2016.

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3128 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2199698>>. Acesso em: 21 out. 2016.

<sup>357</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3685 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2367564>>. Acesso em: 21 out. 2016.

não estão ligados diretamente aos limites materiais de reforma previstos na Constituição Federal (art. 60, §4º), e o único que se encontra (argumento de suposta violação da separação de poderes) possui embasamento frágil, visto que alega violação da iniciativa legislativa do Poder Judiciário em criar e alterar sua própria estrutura administrativa (art. 96, II, c, d, CF), sendo que não existe previsão constitucional para iniciativa de emendas por parte desse Poder.

Não obstante a fragilidade dos argumentos, o ministro presidente do STF (Min. Joaquim Barbosa) admitiu a petição inicial, bem como o pedido de liminar, suspendendo os efeitos da emenda em questão, por tempo indeterminado, haja vista que, como demonstrado, não há tempo máximo para que uma decisão liminar perdure. Ademais, ainda falta a ratificação dessa decisão precária pelo plenário do STF, medida essa prevista em norma do regimento interno do tribunal,<sup>358</sup> o que ainda não aconteceu (não há quaisquer decisões substanciais por mais de três anos).<sup>359</sup>

Dessa forma, o que se pode observar é o mau emprego dos mecanismos ligados às virtudes passivas no STF, bem como a caracterização do individualismo extremo que marca a postura de seus ministros. No caso relatado, ainda, há o agravante de se ter instrumentos jurídicos de extrema importância, como são as Emendas constitucionais, frutos de um processo qualificado de aprovação pelos representantes eleitos, sendo suspensas a partir da conduta de somente um magistrado.<sup>360</sup> Cabe ressaltar que nem a Presidência da República, detentora de forte legitimidade democrática, poderia fazer isso, uma vez que não há previsão de vetos no processo de reforma constitucional.

Resta evidente que os ministros do STF não possuem como uma de suas prioridades no momento de decidir a ideia de empregar esforços coletivos. Como afirmado por Virgílio Afonso da Silva, o Supremo Tribunal Federal é “uma Corte extremamente não-cooperativa e individualista”.<sup>361</sup> Essa postura, visivelmente, não coaduna com a prática de uma Corte deliberativa. Uma das justificativas que se impõe pela ausência da busca de diálogo seria o grande volume de processos com os quais o Tribunal tem que lidar. Entretanto, os ministros continuam escrevendo e publicando votos extensos em separado, provando que esse motivo

---

<sup>358</sup> Art. 10, Lei n. 9868/99; Art. 8, I, Art. 21, IV and V, Art. 170, §1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>359</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5017 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4437805>>. Acesso em: 21 out. 2016.

<sup>360</sup> Para mais informações sobre o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil, ver: SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle riforme costituzionali in Brasile: modello attuale e la Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, pp. 91-107, jul./set. 2016.

<sup>361</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*, p. 578 - Tradução livre.

pode ser relevante, mas não é o que verdadeiramente impede a busca pelo diálogo, uma vez que poderia ser bem mais prático, nesse sentido, redigir uma opinião consensual (ou no máximo mais uma opinião demonstrando o dissenso, caso haja).<sup>362</sup>

Virgílio Afonso da Silva irá apontar também como outro fator possível para o déficit deliberativo do STF a sua extrema publicidade, que pode ser condensada pela transmissão televisiva das sessões plenárias. Isso aconteceria, porque ler os votos em público dessa maneira faz com que os ministros declarem um comprometimento público com determinada posição, o que influencia diretamente na sua suscetibilidade de aceitar contra-argumentos ou mudar de opinião. Soma-se a isso a possibilidade de certos argumentos nem chegarem a ser abordados nas sessões pelo fato de, talvez, não possuírem a solidez desejada, diminuindo, dessa forma, também, a matéria fruto de debate.<sup>363</sup>

De uma maneira geral, portanto, é possível observar que o STF infelizmente não atua como deveria atuar uma Corte constitucional em uma democracia deliberativa e, pelos mesmos motivos, não poderia fazer uso das “virtudes” passivas como tem feito. Uma Corte que privilegia a deliberação deve prezar, sobretudo, a colegialidade, que poderia ser refletida na inexistência de votos particulares entre os juízes e, por conseguinte, na existência de somente uma posição para um caso, qual seja, a da própria Corte. Buscar uma voz institucional não só é sinônimo de deliberação interna na fase decisional, mas também facilita a aceitação das decisões por parte do público, em uma fase pós-decisional, pela maior clareza dos argumentos e informações que visa se transmitir. Isso sem contar que, a divisão entre os juízes só tende a projetar suas preferências pessoais e opções, que nem sempre coadunam com a Constituição, em seus posicionamentos individuais.<sup>364</sup>

Para aperfeiçoamento do diálogo (com demais instituições públicas e com a população) como ferramenta de uma Corte constitucional é irrefutável que a postura deliberativa deva fazer parte dos seus processos internos. Alterações regimentais já poderiam ser o suficiente para implementar essas características no caso brasileiro; mas, sem dúvidas, é necessário que haja mudanças também “na compreensão institucional da Corte por parte de seus ministros, que precisam aceitar a contraproduzitividade dos monólogos institucionais”.<sup>365</sup> Só assim será possível desenvolver critérios institucionais para prática de virtudes passivas e desenvolvimento do diálogo.

---

<sup>362</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*, p. 578/579.

<sup>363</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*, p. 581/582.

<sup>364</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*, p. 45-47.

<sup>365</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade*, p. 199.

## CONCLUSÃO

Se a busca por um equilíbrio entre a atuação dos poderes é desejada, a democracia deliberativa deve ser implementada. A primazia do diálogo e da integração do maior número de atores sociais possíveis para se alcançar uma decisão legítima são as marcas principais dessa democracia, que pode ser traduzida, no tocante ao comportamento das Cortes constitucionais, em um controle de constitucionalidade dialógico.

Esse tipo de controle, por sua vez, consegue ser melhor desempenhado a partir da colaboração entre as virtudes ativas (atuação) e passivas (não atuação) de uma Corte. Significa dizer que, quando essas virtudes são bem aplicadas elas se transformam em instrumentos pelos quais uma Corte constitucional consegue provocar o diálogo com os demais poderes, porém, sem substituí-los em suas competências – ou seja, sem se utilizar de uma supremacia judicial. O bom uso conjunto de virtudes ativas e passivas, portanto, tendem a adequar uma Corte para uma perspectiva dialógica.

Como visto, as virtudes ativas são enaltecidas, sobretudo, quando há a corroboração de direitos fundamentais por parte da Corte. Em uma perspectiva dialógica, em específico, elas tendem a ser requisitadas e bem aplicadas ao se tratar de direitos sociais. Por sua vez, as virtudes passivas se relacionam com a necessidade de prudência na atuação das Cortes e os reflexos de suas posturas institucionais no cenário democrático.

Em geral, observou-se que o Supremo Tribunal Federal possui dificuldades em empregar de forma satisfatória a concretização de direitos sociais, uma vez que dificilmente adota posturas deliberativas nessa seara. Há, pois, um perfil eminentemente juriscêntrico, que tende a moldar suas decisões exclusivamente em seu papel enquanto guardião da Constituição, apontando, muitas vezes, a inércia dos demais poderes, mas sem, efetivamente, fomentar um diálogo com eles.

Um dos objetivos das virtudes ativas é justamente evidenciar aquilo que tem sido negligenciado, porém, ao mesmo tempo, sem deixar de encontrar uma solução equilibrada entre os poderes. Para tanto, ela pode se utilizar de remédios mais fracos no momento da adjudicação, fomentando possíveis diálogos. Entre eles tem-se a doutrina do estado de coisas inconstitucional e as audiências públicas.

No caso da primeira, houve transposição ao direito interno dessa doutrina colombiana pelo STF, contudo, sem que se observasse todas as etapas nela previstas, as quais fomentam a deliberação, não somente na fase decisional, mas também em um período pós-decisional, garantindo-se a eficácia da decisão. Já no caso das audiências públicas, por mais

que se verifique sua prática, ela deveria ir além da simples complementação de argumentos dos ministros, podendo ser utilizada – ou seus resultados - tanto no momento pré-decisional (de colheita de argumentos), quanto nos decisional (com a referência direta de todos os argumentos levados pelos ministros em sua deliberação) e pós-decisional (como instrumento de acompanhamento da decisão e citação direta dos resultados na decisão escrita).

Quando se trata das virtudes passivas o foco também se encontra em fortalecer os diálogos; contudo, nesses casos, de maneira a deixar que certas questões consigam amadurecer e se desenvolverem no meio social antes de (ou ao invés de) um pronunciamento judicial com caráter definitivo. Isso porque casos complexos podem demandar maior reflexão e debate de todos, devendo-se levar em consideração, portanto, que o foco nem sempre deve estar no protagonismo atuante do Poder Judiciário.

Essas virtudes também não são desempenhadas da melhor forma possível pelo STF, o que leva a indagar, inclusive, se realmente poderiam ser chamadas de virtudes ao se tratar do caso brasileiro em específico. Instrumentos que passam a ser utilizados como forma de se evitar uma decisão pelo Tribunal acabam sendo exercidos de uma forma abusiva e individualizada, descaracterizando quaisquer possíveis benefícios que uma virtude passiva poderia trazer, uma vez que esse tipo comportamento não só não é traduzido como fruto de uma vontade institucional (da Corte como um todo), como paralisa processos importantes por tempo indeterminado e sem que outrem consiga dar seguimento que não o relator do caso (como nos casos de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais).

A partir, então, da análise da postura de Cortes constitucionais em uma democracia deliberativa – a fim de se garantir um bom equilíbrio e diálogo entre os poderes – e da prática efetiva do STF no cenário brasileiro atual, deve-se afirmar que a utilização das virtudes ativas e passivas por esse Tribunal não se dá (ainda) de forma satisfatória, e muito se deve ao individualismo exacerbado, que o caracteriza de forma isolada, como ilhas: seja com relação aos demais poderes, seja na relação de seus ministros entre si. Os ministros não dialogam entre si (formalmente) para proferir seus votos; não buscam analisar os argumentos das audiências públicas em conjunto; como existem vários votos, há uma maior dificuldade de se concretizar decisões complexas, úteis para efetivação de direitos sociais e a prevalência dos poderes do ministro relator tende a afastar as possibilidades da Corte conseguir manifestar na prática um desejo conjunto institucional de não se pronunciar em determinado caso.

Conclui-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal não é, em si, deliberativo, mas sim se vale de instrumentos que podem fomentar o diálogo. Muitas das vezes, eles não são bem aplicados; contudo, sua previsão e a consciência de sua existência já podem ser considerados

o pontapé inicial para se repensar e melhorar sua efetivação – sem detrimento da possibilidade de se criarem ou adicionarem novos instrumentos para tanto. Acredita-se, assim, que iniciar aos poucos mudanças que promovam o fim do individualismo interno na Corte – como, por exemplo, talvez, a montagem conjunta da pauta e a realização de somente uma decisão que representasse a Corte, sem detrimento de possíveis votos dissidentes - já pode começar a trazer mudanças nos aportes dados por ela nas virtudes ativas e passivas e, por conseguinte, na democracia deliberativa brasileira.

Como afirma Carlos Santiago Nino, “não há, infelizmente, uma ciência exata disponível para resolver as tensões entre direitos, democracia e a lei. O desafio para todos aqueles comprometidos com o ideal do constitucionalismo é equilibrar esses três elementos quando eles entram em conflito”.<sup>366</sup>

---

<sup>366</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 222/223 – Tradução livre.

## REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. *Constitutional Handcuffs*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1476308](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476308)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BACHARACH, Peter; BARATZ, Morton S. Decisions and Nondecisions: An Analytical Framework. In: *The American Political Science Review*, vol. 57, n. 3 (Sep., 1963), p. 632-642. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1952568?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21106504421223>>. Acesso em: 13 mar 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 13 jun 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. In: *Direito.UnB*, v. 01, n. 01, pp. 221-244, jan.- jun. 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 201, pp. 71-95, jan./mar. 2014.

BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.708, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1157 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1602015>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1805 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1700204>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3128 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2199698>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3685 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2367564>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 12 jun 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5017 – Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4437805>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiências Públicas – Realizadas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em: 15 jul 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução 322 de 23/05/2006*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/atoNormativo/verAtoNormativo.asp?documento=1074>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Leis e outras proposições – PEC 53/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1297519>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Lei e outras proposições* – PL 6583/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 11 jul 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

COLÓN-RÍOS, Joel I. *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2120240>>. Acesso em: 06 jun 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Aprovada resolução que regulamenta pedido de vista no Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80781-aprovada-resolucao-que-regulamenta-pedido-de-vista-no-judiciario>>. Acesso em: 27 out. 2015.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. In: *I•CON*, v. 5, n. 3, pp. 391–418, 2007.

DWORKIN, R. M.. *Justice in Robes*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. In: *Perfiles Latinoamericanos*, Distrito Federal, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, n. 028, pp. 9-32, julio/diciembre 2006.

GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: \_\_\_\_\_ (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

GARGARELLA, Roberto. Full representation, deliberation and impartiality. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. As Audiências Públicas e os Amici Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1989.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

JOHNSON, James. Arguing for deliberation: some skeptical considerations. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável como direito fundamental pela Justiça Constitucional. In: *Direito.UnB*, v. 01, n. 01, pp. 245-279, jan.- jun. 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *A ingovernabilidade do STF*. Disponível em: <<http://jota.info/materias19-a-ingovernabilidade-do-stf#.VBwzjTb8f4U.facebook>> Acesso em: 02 maio 2016.

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

MENDES, Conrado Hübner. *Is it all about the last word? Deliberative Separation of Powers I*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911822](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911822)>. Acesso em: 06 maio 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Neither dialogue nor last word – Deliberative Separation of Powers III*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911852](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911852)>. Acesso em: 02 maio 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers II*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911835](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835)>. Acesso em: 02 maio 2016.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina. *STF disciplinando o número de vereadores*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-08/stf-papel-disciplinador-numero-vereadores>>. Acesso em: 13 ago 2014.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Democratic Constitutionalism*. Disponível em: <[http://www.constitution2020.org/chapters/3\\_Democratic%20Constitutionalism.pdf](http://www.constitution2020.org/chapters/3_Democratic%20Constitutionalism.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

POST, Robert. C.; SIEGEL, Reva B.. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=990968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968)>. Acesso em: 23 jun. 2015.

PRZEWORSKI, Adam. Deliberation and Ideological Domination. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALGADO, Eneida Desiree; CHAGAS, Carolina Alves das. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle riforme costituzionali in Brasile: modello attuale e la Proposta di Emendamento n. 33 alla Costituzione. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, pp. 91-107, jul./set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SIEGEL, Jonathan R.. *A Theory of Justiciability*. Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/jsiegel/publications/justiciability.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *I•CON*, v. 11, n. 3, pp. 557–584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator. In: *Revista Estudos Institucionais*, vol. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015.

STOKES, Susan C.. Pathologies of Deliberation. In: ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. O caso da ADPF 132: defender o texto da Constituição é uma attitude positivista (ou “originalista”)? In: *Direito.UnB*, v. 01, n. 01, pp. 280-304, jan.- jun. 2014.

SUNDQUIST, Christian B.. *The First Principles of Standing: Privilege, System Justification, and the Predictable Incoherence of Article III*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1732224](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1732224)>. Acesso em: 03 ago. 2015.

SUNSTEIN, Cass R.. *If People Would Be Outrage by Their Rulings, should Judges Care?*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=965581>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

SUNSTEIN, Cass R.. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R.. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF*. In: VESTANA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito e experiências jurídicas: debates práticos*. v.2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. Tradução de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (Kindle Edition).

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999 (Kindle Edition).

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

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-463, jul – dez 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *The Yale Law Journal*, pp. 1346 – 1406. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: El tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Minima Trotta, 2008.