



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Karina Almeida Guimarães Pinhão

A mobilização político-social junto ao Supremo Tribunal Federal:

novas perspectivas acerca da legitimidade democrática do
tribunal constitucional

Social Political mobilization in the Brazilian Supreme Court:

new perspectives about democratic legitimacy of the
constitutional court.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Constitucional, sob
orientação da Professora Doutora Paula Margarida
Cabral dos Santos Veiga.

Coimbra, 2017

À Cristina Pinhão, à quem posso afirmar amar independente dos laços sanguíneos que por coincidência nos une.

Ao meu irmão, Gabriel Pinhão, cuja sensibilidade se faz ouvir e sentir pela sua música e que sempre vai me servir de inspiração.

Ao meu pai, Marcelo Pinhão, cuja teimosia compartilho e ao mesmo tempo considero que sem ela nossos diálogos não seriam tão intensos e frutíferos como sempre o são.

À República Ninho da Matulónia, à que posso chamar de Casa e de Família.

Agradecimentos

Talvez não haja um trabalho mais solitário do que o da escrita, por isso o apoio daqueles que nos rodeiam neste percurso com suas contribuições merecerem o nosso especial agradecimento.

Agradeço, assim, à minha orientadora, professora Paula Veiga pela sua paciência e atenção concedida durante este percurso, pela liberdade de pensamento que guiaram nossas reuniões e cujo incentivo tornaram possível a conclusão desta dissertação.

À todos os professores e coordenadores do curso de Mestrado Científico na Menção de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra cujos pensamentos foram importantes para o desenvolvimento desta dissertação.

Ao prof. Philippe Urfalino, meu mentor no Erasmus na École de Hautes Études en Science Sociales de Paris, cujas aulas e conversas ampliaram meu campo de visão e me deram novas ferramentas para pensar para além do Direito.

À minha família que sempre esteve ao meu lado para escutar e me questionar de modo a contribuir com uma visão externa sobre os assuntos sobre os quais me debruço.

À todas as pessoas com quem convivi na República Ninho dos Matulões durante minha estadia em Coimbra cuja visão crítica da vida me forneceram não só conversas interessantes, o seu tempo, sua atenção e carinho. De fato são 100 anos.

Aos funcionários e funcionárias da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

E, a todas as amigadas de Coimbra, vocês me transformaram para sempre, me forneceram experiências e convivências incríveis as quais eu jamais esquecerei e levarei comigo para sempre.

“Uma sociedade que queira mudar não pode ter medo de conflitos.”
(Kabengele Munanga)

Resumo

O presente trabalho busca por meio dos casos de mobilização política no Supremo Tribunal Federal oferecer novos contornos para a análise de sua legitimidade democrática. A partir, da compreensão da democracia enquanto tomada de decisão coletiva, se traçará estes contornos de forma mais detalhado através da análise dos modelos de decisão coletiva aplicados, essencialmente, na democracia representativa pela regra de votação majoritária e da democracia deliberativa pela decisão por consenso (aparente). Com isto, objetiva-se não somente um esclarecimento acerca de como os modelos se comportam na prática, assim como, averiguar quais os aspectos destes modelos condizem de forma mais adequada com a construção de uma sociedade democrática. Por fim, em decorrência destas análises que destacarão sobretudo a oposição entre a regra majoritária e o consenso por meio do qual se perspectiva o diálogo, se examinará criticamente as regras de ambos os modelos com base na pluralidade de identidades e ideologias presentes na sociedade por meio dos quais se colocarão, igualmente, esses novos contornos finalizados pelo estudo.

Palavras-Chave

Jurisdição Constitucional – Mobilização Política - Tomada de Decisão Coletiva - Consenso

Abstract

The present work aims through the cases of political mobilization in the Federal Supreme Court (Brazilian Supreme Court) to offer new outlines for the analysis of its democratic legitimacy. Starting from the understanding of democracy as a collective decision-making process, we will delineate these outlines in a deeper way through the analysis of the collective decision-making models essentially applied in representative democracy by the rule of majority voting and deliberative democracy by consensus decision (apparent). With this, it aims not only to clarify how models behave in practice, but also to ascertain which aspects of these models fit more adequately with the construction of a democratic society. Finally, as a result of these analyzes that will highlight, above all, the opposition between the majority rule and the consensus through which the dialogue is viewed, the rules of both models will be critically examined based on the plurality of identities and ideologies present in society through of which will also be placed those new outlines finalized by the study.

Keywords

Constitutional Jurisdiction – Political Mobilization – Collective Decision Making – Consensus

Lista de Siglas e Abreviaturas

STF	Supremo Tribunal Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição Direta de Preceito Fundamental
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CCB	Código Civil Brasileiro
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira
CR	Constituição da República Portuguesa de 1976
LTC	Lei do Tribunal Constitucional (Português)
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
Art.	Artigo
Nº.	número
Inc.	inciso
c/c	combinado com

Índice

1. Introdução	9
2. Democratização e Mobilização política em sede de jurisdição constitucional	16
2.1 Uma breve contextualização acerca dos debates sobre a Jurisdição Constitucional	16
2.1.1 <i>A lei como instrumento de governo e o controle de constitucionalidade: o Direito e a Política em conflito fronteiriço</i>	16
2.1.2 <i>Uma síntese dos problemas fundamentais do controle de constitucionalidade</i>	23
2.2 A judicialização política e o ativismo judicial: as peculiaridades do controle de constitucionalidade brasileiro	30
2.3 A mobilização política na Jurisdição Constitucional Brasileira pelos movimentos sociais	40
3. O paradigma democrático no processo decisório no controle de constitucionalidade à luz das teorias da tomada de decisão coletiva	46
3.1 A democracia à luz da tomada de decisão coletiva: questões em torno da participação e resultado	46
3.2 Uma análise procedimentalista da decisão coletiva: uma oposição entre os modelos de votação majoritária e consensual	63
3.2.1 <i>Decisão majoritária pelo voto</i>	63
3.2.2 <i>Decisão por consenso (aparente)</i>	70
3.3 O modelo de tomada de decisão coletiva adotado do Supremo Tribunal Federal	82
4. Pode o Supremo Tribunal Federal ser considerado um espaço público de participação político-social?	90
4.1 O paradoxo da regra majoritária no Supremo Tribunal Federal	90
4.2 Desconstrução da Racionalidade fundada na Imparcialidade para criação de um espaço público de deliberação	102
4.3 Análise de alguns casos jurídicos de grupos historicamente oprimidos e os aspectos dialógicos-comunicativos do Supremo Tribunal Federal	111

4.3.1. Recorte de Pesquisa	111
4.3.2 Três ações constitucionais de interesse de grupos historicamente oprimidos	112
4.3.3 Uma breve exposição conclusiva dos casos jurídicos analisados	126
4.4 A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal vista através da tomada de decisão coletiva por consenso aparente	128
5. Conclusão	133
6. Referências Bibliográficas	141

1. Introdução

No Brasil, hoje, ao se perguntar a qualquer um na rua quem são os juízes que compõe o Supremo Tribunal Federal dificilmente se obterá uma resposta negativa de desconhecimento sobre o assunto. Os juízes da Corte Constitucional brasileira tem se tornado cada vez mais conhecidos e há um aumento do interesse da mídia e da população brasileira sobre ele. Se se perguntar, por sua vez, a posição acerca das últimas decisões do STF, sobretudo em relação aos casos de corrupções e sobre direitos fundamentais, as respostas são variadas, mas boa parte da população terá uma opinião a favor ou contra.

Assim sendo, verifica-se como o STF tem se tornado objeto de debate e opinião pública, e como divergem os posicionamentos em relação à ele. No que concerne à mobilização político-social pela qual passam a ter que enfrentar estes tribunais, esta tem reavivado os debates acerca da legitimidade democrática do tribunal constitucional – se é que algum dia deixaram de ser intensamente vivos. Contudo, renovadas questões e perspectivas são colocadas no que se refere, especificadamente, à esta mobilização. Estas se desenvolvem, sobretudo, em torno das questões sobre o significado de democrático do Estado de Direito e, deste modo, como esta concretiza-se. Razão pela qual, o presente trabalho busca examinar os reflexos dos discurso democráticos sob a problemática da mobilização política no STF, especialmente, sobre as vertentes democráticas representativa e deliberativa, e as suas diferentes compreensões de participação e resultado junto ao procedimento de tomada de decisão coletiva.

Observa-se, dessa maneira, como a mobilização referida destaca o STF como espaço público onde os debates inegavelmente ultrapassam a esfera jurídica no sentido autónomo do Direito. Além disso, igualmente se percebe como estes estão intimamente conectados com o aumento do protagonismo deste tribunal sobre a transformação social face um poder legislativo e executivo não somente omissos mas também falho na representação democrática dos interesses da sociedade. Da conjugação destes fatores, ou seja, dos intensos debates acerca da decisão coletiva que possa ser considerada democrática e da mobilização política no STF, busca-se analisar qual o modelo próprio de tomada de decisão coletiva desse tribunal no exercício da jurisdição constitucional e sua legitimidade democrática. Propõe-se, assim, verificar se os grupos e classes socialmente

oprimidas podem enxergar no STF e no controle de constitucionalidade um instrumento democrático para lutar contra a opressão, exclusão, discriminação e destruição, por meio dos direitos presentes na Constituição.

A escolha aqui pelo contexto brasileiro, entretanto, se dá em razão da proximidade e intimidade com o funcionamento do Tribunal e das problemáticas político-sociais existentes no Brasil. O que não significa que as questões relativas a democracia e controle de constitucionalidade colocadas, sob a perspectiva da tomada de decisão coletiva, não sejam igualmente relevantes para outros contextos sociopolíticos. Afinal de contas, a demanda por uma prática democrática que venha a satisfazer todos os interesses existentes na sociedade não é exclusividade brasileira e atinge assim aos interesses de todo o globo terrestre. Por outro lado, se considera igualmente interessante trazer para o contexto português, sobre o qual se apresenta o presente trabalho, algumas peculiaridades do procedimento da jurisdição constitucional brasileira que buscam aproximar esta corte constitucional da sociedade de forma participativa e dialógica de forma crítica.

Nesta ordem de idéias, o presente estudo se fundamenta em um pensamento jurídico que se afasta do positivismo apolítico e se coloca sob uma visão crítica do que o Direito é, para que, então, se possa pensar no que ele deveria ser. Sendo assim, a análise da interpretação jurídica em sede de controle de constitucionalidade parte do pressuposto de que uma norma jurídica - positivada e também da que emana da decisão jurídica do tribunal - guarda consigo uma vontade política específica que nela se quer ver concretizada. Assim sendo, a afirmação da validade de uma norma jurídica, pelo Supremo Tribunal Federal, é compreendida como meio pelo qual se realiza prático-normativamente o poder político.

A norma jurídica é vista, dessa maneira, como produto das relações sociopolíticas e dos contextos histórico-culturais que se querem ver alcançadas e à serem concretizadas através do caso *decidendi*. Em suma, o jurídico é ferramenta pela qual se objetiva uma intenção política fundamentada em determinada vontade política que pressupõe, assim, determinados valores defendidos em sociedade. Por este motivo, não se pode afirmar que da interpretação da lei resulte uma única solução ou uma única que seja correta. Há, assim, várias soluções possíveis e igualmente válidas, e o correto está mais próximo daquilo que deve ser perseguido. A validade da decisão jaz na avaliação procedimentalista de sua

formação, a partir de critérios políticos baseados em valores de justiça, moral e juízos de valores sociais. Portanto, a decisão é aqui tratada em sua normatividade a qual não é alheia às ideologias políticas presentes na sociedade e que lhes inspiram. O Direito é, em suma, compreendido como a expressão racional da política.

Em outras palavras, parte-se de uma análise consciente de que as decisões dos juristas tem implicações (sociais) do sistema normativo e, por isso, optou-se pela análise das regras procedimentais do modelo de tomada de decisão admitidos nas instituições – sobretudo legislativa e jurídico-constitucional que serão contrapostas no estudo – sob a perspectiva dos diferentes modos pelos quais se concebe a formação da vontade política pelas teorias democráticas. A partir deste objetivo, convoca-se, então, uma metodologia pós-positivista comprometida com uma intenção política cuja finalidade se funda na emancipação social dos indivíduos e na vivência solidárias entre eles, através de uma crítica aos modelos de tomada de decisão coletiva e dos valores e juízos pelos quais se baseiam as regras procedimentais destes modelos.

Logo, se aproxima-se às teses da teoria do uso alternativo do direito especialmente sobre seu pressuposto principal em relação a natureza política da atividade judicial, consciente do caráter ideológico do direito e da sua aplicação, sem se afastar, contudo, por completo da autonomia do Direito e no seu impacto nas relações sociais. Esta aproximação metodológica, portanto, leva em consideração que o sistema jurídico é lacunoso e contraditório mas, que este mesmo tem o potencial para elaborar construções jurídicas que promovam a realização de interesses historicamente oprimidos (excluídos), dada a sua capacidade de assegurar progressivamente espaços de poder a certos sectores e a certos interesses em desvantagem pela relação de forças existente na sociedade em seu cotidiano.

Assim sendo, a interpretação constitucional perspectivada é aquela que se apresenta como concretizadora e politizadora. O que não significa que o juiz constitucional político seja ilimitado, mas encontra os limites normativos no critério político presente na constituição e no diálogo participativo entre os cidadãos que compõe a vontade política coletiva presente. Em outras palavras, não cuida de uma redução política da metodologia jurídica, mas uma alternativa política ao direito, um repensar o direito em uma sociedade cuja pluralidade demanda a comunhão de construções de diferentes identidades para a sua convivência solidária e justa para todos. Uma justiça, por sua vez, compreendida na

acepção da pluralidade de construção das personalidades pelo reconhecimento igualitário destas e na promoção de sua igual participação e inclusão na decisão coletiva.

Cumpra ressaltar, entretanto, que atenta-se para o risco de se defender uma alteridade absoluta obscurarizadora de ação, motivo pelo qual, se propõe uma análise das propostas procedimentalistas sob o aspecto discursivo-argumentativo que abra caminho para teorias morais procedimentais cuja verdade se coloca através do discurso e no ideal de justiça. Colocando-se, assim, nesse discurso a autenticidade das últimas palavras. Em resumo, a questão de justiça é considerada uma questão de procedimento de participação e deliberação nas tomadas de decisão coletiva. Motivo pelo qual, torna-se importante examinar não só a sua distribuição, mas também as condições institucionais necessárias para o desenvolvimento e exercício das capacidades individuais e comunicação coletiva e de cooperação. Ou seja, não se parte de uma noção de que as normas carregam consigo uma verdade e noção de correta *a priori* a ser desvelada pelos juízes, mas que esta só pode se revelada através da sua constituição pela decisão a qual comporta justamente a sua formação na relação ao outro e com o outro de forma solidária.

Sendo assim, no Capítulo 1 iniciar-se-á os exames através da apresentação do quadro problemático em torno dos debates sobre a legitimidade democrática do tribunal constitucional. Primeiramente se apresentará, então, como o controle de constitucionalidade se desenvolveu após os regimes ditatoriais, os problemas fundamentais destacados pela doutrina acerca do assunto e as peculiaridades do contexto brasileiro na sua implementação e as condições pela quais os movimentos sociais e organizações civis começam a atuar estrategicamente através deste controle. Objetiva-se, com isso, verificar como as condições que levam ao aumento do protagonismo dos tribunais constitucionais e, assim, do Supremo Tribunal Federal, também tem contribuído para a mobilização política e como este fator está inserido não somente nos debates acerca da judicialização política e do ativismo judicial, mas também a sua conexão com os debates em torno da democratização das instituições estatais. Além disso, aprofundando-se na questão da legitimidade democrática dos tribunais constitucionais, se adentrará nos reflexos da supremacia judicial no que se refere à crise da democracia representativa e no caminho para a construção de uma democratização baseada no aumento da noção de participação social à tomada de decisão que esta justamente no cerne das discussões que envolvem a construção de sociedade democráticas.

O capítulo 2 se centrará na relação entre os conceitos de constitucionalismo e democracia a partir da vicissitude da democratização. Busca-se, assim, através do exame desta relação, salientar os diferentes ângulos pelos quais os teóricos democráticos concebem a possibilidade de formação da tomada de decisão coletiva, tendo em vista o conflito de interesses existente na sociedade. A partir dos destes diversos ângulos de compreensão acerca da democracia na perspectiva da tomada de decisão coletiva, realça-se os diferentes modelos de tomada de decisão coletiva deles decorrentes. Focar-se-á, dessa maneira, nos modelos de votação majoritária e de consenso, uma vez que estes se destacam entre os predominantemente implementados e/ou debates na doutrina. Assim sendo, se verificará como estes costumam ser genericamente tratados, sendo esta, ademais, a razão pela qual, se torna importante uma análise mais profunda acerca de suas nuances salientadas na sua aplicabilidade e nas várias circunstâncias que influenciam suas noções respectiva sobre a participação e do resultado da tomada de decisão coletiva. Por fim, a partir do esclarecimento de como se desenvolvem tais modelos, se averiguará como estes se encaixam ou não no modelo de tomada de decisão coletiva pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, destacando-se suas peculiaridades e, como, se desenvolvem as condicionantes e limites destes modelos neste espaço jurídico institucional e o reflexo sobre a demanda de legitimação democrática.

A partir da tomada de decisão coletiva, a legitimidade democrática é colocada sob duas condições de ordem prática decorrentes de sua normatividade, quais seja: a exigência de fixação a partir da determinação do acórdão decisório e a necessidade deste ser produzido, perseguido e aceito coletivamente por todos e por cada um, em suma, de reconhecimento mútuo para sua fixação. Estas condições são consideradas importantes na medida que avaliam a percepção da participação na decisão, ou seja, como emergiram as contribuições em seu processo de formação tendo em vista uma visão democrática sob o ângulo procedimentalistas de participação comunicativa.

Por fim, o último capítulo, destacará a aparente contradição existente entre esse modelo majoritário e as aspirações deliberativas que o STF persegue. Assim sendo, se entrará na análise das argumentações que buscam justificar a regra de votação majoritária e como estas apresentam contradições com os ideias que parecem guiar o procedimento dentro do tribunal constitucional brasileiro. A partir desta análise um ponto comum se

retira de sua oposição com os procedimentos deliberativos, ou seja, a racionalidade imparcial que norteiam os seus procedimentos e fundamentos.

A imparcialidade se revela, assim, como o parâmetro por de trás de todas as construções doutrinárias que buscam estabelecer uma decisão coletiva que seja mais justa. No entanto, apesar de suas finalidades aparentemente fundadas na justiça, principalmente na noção de justiça distributiva, um exame mais profundo sobre sua aplicação prática nos tribunais revelará como ela tende a defender uma política cultural que se apoia em uma determinada ideologia. Sendo assim, a defesa deste determinada ideologia, guia-a sob uma lógica que tende mais a fomentar as exclusões sociais do que permitir que os espaços que lhes aplicam sejam mais inclusivos ou mesmo igualitários. Entretanto, a imparcialidade continua a ser considerada como fulcral para fundamentação das decisões judiciais cujos efeitos totalizantes acabam por colocar em evidência a alteridade do homem na construção de sua subjetividade, entretanto, com efeitos excludentes. Em resumo, a análise do princípio da imparcialidade tem por finalidade demonstrar como este leva à contradição no que atine às aspirações de transformação social decorrentes da mobilização social dentro do Supremo Tribunal Federal.

Para corroborar, contudo, com esta tese, se apresentam três casos jurídicos relevantes, sucedidos no Supremo Tribunal Federal cuja demanda jurídica afeta diretamente alguns grupos historicamente oprimidos, principalmente, por esta lógica comum à regra de votação majoritária e deliberativa. Este estudo crítico das decisões dos casos mencionados tem por fulcro verificar como as preferências pessoais, valores e ideologias, interação com outros atores políticos e institucionais, as possíveis consequências práticas da decisão, a preservação e a expansão do poder da corte constitucional brasileira e, por fim, a opinião pública afetam esta decisão e como isso se reflete na emancipação social finalizada por esses grupos.

Por fim, concluirá como se avalia a legitimidade democrática através da tomada de decisão coletiva do Supremo Tribunal Constitucional tendo em vista a consecução de uma espaço público que seja dialógico. Se desenvolverá, deste modo, uma compreensão da formação consensual da decisão dentro desse tribunal compreendida na condicionante dialógico-comunicativa que permita, inclusive, a superação do binarismo público *versus* privado, maioria *versus* minoria, cujas posições relacionais encontram-se respectivamente

e equivocadamente combinadas, ou seja, público-maioria, privado-minoria. Assim sendo, demonstra-se como o consenso não é uma impossibilidade face a compreensão do desacordo social fundado neste binarismo mas, sim, face uma racionalidade imparcial que necessariamente leva a tais dinâmicas de separação e, conseqüentemente, de exclusão.

Em resumo, as novas perspectivas acerca da legitimidade democrática do tribunal constitucional pelos casos de mobilização político-social se colocam no curso desta pesquisa de três formas: na participação social na tomada de decisão; no resultado consensual fundado numa dinâmica dialógico-comunicativa; e na racionalidade argumentativa inclusiva. Entretanto, não se busca trazer soluções face a tais críticas que se basearão nestas perspectivas, mas enfrentar tais questões tão controversas do debate da legitimidade democrática do tribunal constitucional sob novos olhares. Estes novos olhares, por fim, voltam-se sobretudo para as relações de poder e dominação historicamente existentes na sociedade, presentes implicitamente nas ideologias presentes nas tomadas de decisão institucionais que são, justamente, evidenciadas nas problemáticas da mobilização política aos tribunais.

2. Democratização e Mobilização política em sede de jurisdição constitucional

2.1 Uma breve contextualização acerca dos debates sobre a Jurisdição Constitucional

2.1.1 A lei como instrumento de governo e o controle de constitucionalidade: o Direito e a Política em conflito fronteiriço

Sob uma perspectiva histórica, e à luz do exercício e distribuição do poder político, o controle de constitucionalidade parte de uma percepção da necessidade de controle sobre um exercício autoritário do poder político e institucional. Assim sendo, observa-se que em vários contextos históricos-políticos a implementação do controle de constitucionalidade e suas origens históricas remete à decadência dos regimes totalitários ou ditatoriais, cujos términos deram sequência às várias medidas de implementação de Estados Democráticos. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o fim da 2ª Guerra Mundial e a queda dos regimes totalitários, com o fim das ditaduras na América Latina com a democratização dos Estados através da promulgação de Constituições – como foi o caso do Brasil em relação à Ditadura de 1964 e a promulgação da CRFB de 1988 (Morais. 2006: 30-31; Correia. 2016: 102-104), com as descolonizações tardias ocorridas sobretudo nos países do continente africano e, por fim, com as incorporação de Tratados Internacionais (Cappelletti. 1985: 5-9) pós 2ª Guerra Mundial. Em suma, marcas do fim do autoritarismo sobre os quais se fundaram novas formas de Estado, governamentalmente opostas aos antigos regimes, e sobre os quais se observará uma ampliação da adesão do controle de constitucionalidade. Formam-se, nesta sequência de eventos, Estados Democráticos, regidos por uma Constituição¹ (Urbano. 2014: 56-63), lei fundadora do Estado e hierarquicamente superior às demais leis (Costa. 2008: 167).

¹ Estamos, assim, a referir-nos ao constitucionalismo “monista” de raiz “democrática” que está na origem no modelo surgido após a Revolução Francesa e das suas expressões constitucionais, prevalecente nos países europeus, mas cuja justiça constitucional só veio a consagrar-se tempos depois conforme apontado por José Manuel M. Cardoso da Costa (“Constituição e Justiça Constitucional”. in: *ARS Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Dias, Jorge de Figueiredo; Canotilho, José J.

Estes Estados Democráticos Constitucionais nascem também sob uma constante incerteza da política futura, sobretudo de cunho autoritário, que venham a restabelecer medidas ou levar a decisões que podem advir exclusivamente da vontade de uma maioria ou de uma minoria opressora e dar azo a opressão à setores menos favorecidos da sociedade. É por este motivo que é estabelecida uma lei fundamental e hierarquicamente superior às demais, o que permite garantir a estabilidade democrática. Nesta ordem de idéias, para além de símbolos histórico-políticos, as Constituições representam, os instrumentos pelos quais se garante a contemplação dos interesses de toda a sociedade, inclusive contra possíveis alterações por novas conjunturas políticas futuras, principalmente de cunho autoritário. Tais documentos jurídicos representam, desta forma, não somente um reflexo da vontade política majoritária, mas de toda a sociedade.

Apesar das diferenças de contextos² em que são formadas, as Constituições são maioritariamente compreendidas como símbolo da vontade popular, ainda que a mesma esteja encorada a um determinado período do passado, ou seja, ao seu momento constituinte. Representam assim, o exercício da soberania popular e dos interesses da sociedade, isto é, da vontade geral soberana, e não somente da vontade majoritária. Motivo pelo qual, ela é tida por lei super-majoritária, restringindo, assim, a adoção de instituições indesejadas e englobando na sua proteção os interesses das minorias através do processo democrático pela qual foi confeccionada (Blount. et al, 2012: 36) . Elas guardam consigo, portanto, um sentido contra-majoritário e, conseqüentemente, um instrumento de equilíbrio contra as políticas majoritárias decorrentes da própria estrutura democrática fundada na representação pelo sufrágio.

Por outro lado, dada essa sua relevância histórico política, a ela foi reservada uma rigidez que decorre sobretudo do receio de que reformas futuras de cunho autoritário se venham a se restabelecer, face a um possível mudança de conjuntura política. A rigidez das Constituições são estabelecidas, deste modo, sendo justificadas por consequência, tendo em vista, o constante risco em que se encontram as instituições democráticas, justificando-se assim por consequência. Este risco acompanha consigo uma visão infantilizada da sociedade, da qual se temem as possíveis escolhas. Segundo este raciocínio, a sociedade pode ser facilmente lubrificada pela retórica

Gomes; Costa, José de Faria (Orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. Volume III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito, p. 167).

² Não se olvida, contudo, dos diferentes modelos de formação das Constituições nos Estados Modernos. Para tanto, ver: Blount, Justin; Elkins, Zachary; Ginsburg, Tom. “Does the Process of Constitution-Making Matter?”. in: *Comparative constitutional design*. Ginsburg, Tom (Org.). New York: Cambridge University Press, 2012: 37.

política e, assim, enveredar por decisões antidemocráticas. Pensamento este que, no entanto, é por si mesmo de cunho populista e de viés antidemocrático³. Assim sendo, ao mesmo tempo que a escolha da sociedade no que se refere aos interesses protegidos constitucionalmente é um dos motivos pelo qual justifica-se a proteção da Constituição de forma prioritária, é também a fonte de medo sobre as escolhas futuras da sociedade e de risco democrático. A autodeterminação dos indivíduos é, de forma paradoxal, fator de autoridade e legitimação democrática e, simultaneamente, objeto de proteção exterior a ela.

O controle de constitucionalidade surge, assim, como instrumento destinado à proteção da Constituição que poderia vir a ser alterada, desautorizadas e/ou não-efetivada pelos Poder Legislativo e Executivo tendo em vista a volatilidade das conjunturas políticas. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade vem não só para proteção do texto constitucional, mas para torná-lo vinculativo, ou seja, instituído de força normativa em efetivação da própria vontade política da sociedade à que se destina. O controle de constitucionalidade guarda, portanto, este dispositivo normativo através do qual se prevê instrumentos que impedem a concentração de poder pelos demais poderes executivo e legislativo, através do juízo de conformidade de suas atividades para com os valores dispostos constitucionalmente. Sendo assim, o Tribunal Constitucional acaba por enfrentar não só os conflitos decorrentes das relações de poder existentes, como os conflitos entre a vontade política originária do legislador constituinte e a vontade política formada pela conjuntura política presente. Em suma, o controle de constitucionalidade tem por finalidade assegurar os valores constitucionais de uma determinada sociedade através do anúncio da lei constitucional ou inconstitucional (Siegal e Post. 2004: 1038). Além disso, buscará ainda, através da interpretação constitucional, adaptá-la às novas problemáticas colocadas socialmente para que também não recaia no desuso, tão comum quando da não adaptação das leis à realidade.

Pelos motivos aqui colocados, observa-se que é inseparável a implementação da jurisdição constitucional, e assim, do controle de constitucionalidade, com a ideia de implementação de Democracias Constitucionais. Isto porque, salvaguardando as Constituições, a jurisdição constitucional garante as formas de governo e o Estado Democrático de Direito lá assegurado. Para além disso, a jurisdição constitucional também tem de encarar os conflitos que podem decorrer entre a expressão da vontade política passado com a formada no presente na sua

³ Considera-se antidemocrático o pensamento citado na medida que retira o poder de decisão dos indivíduos para tomar a decisão por eles, o que contradiz a própria noção de democracia.

função de implementação de um projeto constitucional destinado ao futuro. E, assim, com a adaptação real do texto que, entretanto, encontra seu limite na soberania popular. Logo, apesar dos diferentes desenvolvimentos contextuais sociopolíticos apresentados na implementação e no desenvolvimento da jurisdição constitucional em cada país, uma finalidade comum (e genérica) pode ser vislumbrada sob este ponto de vista, qual seja: o seu funcionamento como garantia do texto constitucional sob o pressuposto da implementação e preservação da Democracia. Do que se conclui que toda a idéia que advém da defesa ou da crítica ao controle de constitucionalidade está intimamente relacionada com a implementação de teorias da Democracia e com o conflito entre o passado (vontade política constituinte) e o presente (vontade política presente).

Entretanto, a projeção da “soberania popular” pelo texto constitucional não é fator decisivo que tenha levado a ampla adesão ao controle de constitucionalidade, sendo-lhe importante destacar outros fatores que levaram a esta compreensão. Sob este aspecto, destacam-se mais dois fatores de transição, um de cunho político doutrinário acerca da própria expressão “soberania popular” e outro relacionado com a natureza e função da lei. Deste último, cumpre ainda destacar os seus reflexos no exercício da política pelos Estados, ou seja, a forma de governação (Costa, 2008: 167-169).

A soberania significa a autoridade sobre o poder político, este último, de titularidade única exclusiva do povo⁴ nos Estados Democráticos de Direito. É, então, a condição da legitimidade democrática de suas instituições. Isto significa que as instituições estatais que se formarão somente são dotadas de legitimidade e autoridade se assim forem reconhecidas pelo seu povo. Em contrapartida, há um entendimento comum na doutrina jurídica acerca da impossibilidade do exercício direto da soberania pelo povo, dada amplitude numérica das sociedades (Bellamy e Parau, 2013: 255-256), contrariando assim a tese rousseauiana (Roussaeau, 1996: 108-109). Logo, apesar do povo possuir titularidade sobre a soberania, o seu exercício é delegado por meio de representação realizada através do sufrágio universal, ou seja, é realizada pelo seus representantes eleitos pelo povo. Assim sendo, não são os cidadãos a exercerem diretamente a democracia, mas sim os representantes. Isto faz com que o Parlamento passe a ser a principal instituição de governação nestes Estados, o que faz com que

⁴ É o que se depreende destas respectivas Constituições, a título de exemplo: (1) Titre III, article 1 da Constituição Francesa de 1791; (2) art. 1 da Constituição Italiana de 1947, pós 2ª Guerra Mundial; (3) art. 1, 2 e 3 da CRFB de 1988, pós-ditadura de 1964. O mesmo se pode observar, ainda, da Constituição Portuguesa de 1976, promulgada após o regime salazarista nos seus artigos 2 e 3; no artigo 2 da Lei Constitucional de 1975 de Angola, após processo de descolonização e no art. 2 e 3 da Constituição de Angola de 2010.

a sua legitimidade seja poucas vezes questionada, num primeiro momento, dada a sua considerada proximidade com a sociedade.

Por outras palavras, uma vez que o povo escolhe os representantes de suas vontades e interesses, o Parlamento é então órgão de sua expressão máxima. Opostamente, o Poder Judiciário é visto inicialmente como órgão técnico cuja atividade se restringe, no que atine ao controle de constitucionalidade, única e exclusivamente, em comparar o texto legal com o da Constituição e, assim, controlar o poder legislativo que venha a exceder em suas funções ao agir contrariamente à vontade do povo. Neste momento, portanto, as atividades decisórias na jurisdição constitucional são expressão do pensamento jurídico positivista e formalista⁵, o qual enxerga a atividade judicial de forma extremamente restritiva, sob um exercício subsuntivo de aplicação da norma jurídica.

Assim sendo, se nos Estados absolutistas e, posteriormente, nos Estados Liberais – guardadas as suas devidas diferenças – a forma de exercício do poder político se concentrava no Poder Executivo, nos Estados Democráticos Constitucionais, passa-se a atuar de forma mais intensa sob à atividade legislativa e conseqüentemente o Legislativo se torna mais forte e atuante. Sob este aspecto, a lei ganhará novo sentido e função, passando a ser instrumento de governo, ou seja, a expressão da vontade condicionada pela e funcionalizada à prossecução num processo político pluralista e concorrencial (Costa, 2008: 167-169). Ou seja, instrumento de realização de uma política pública que se quer ver concretizada.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao analisar o ordenamento jurídico e as Constituições nos Estados pós-liberais, afirma que há uma verdadeira mudança na compreensão pela doutrina do pensamento jurídico no que atine ao Direito, o qual percorre no sentido de um plano estrutural para um plano funcional. De acordo com o autor, se outrora a legislação compreendia normas repressivas e protetivas, de forma exclusiva, nos Estados pós-liberais é possível verificar, ainda, normas à que classifica como promocionais. Sendo assim, se antes as regras tinham por finalidade reprimir os comportamentos socialmente indesejados, protegendo a sociedade deles; na atualidade são adicionadas regras que pretendem promover comportamentos socialmente desejados através de técnicas de encorajamento de sua prática (2007: 1-21).

⁵ Sobre este pensamento jurídico, ver: ainda: Neves, A. Castanheira: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V. 2. 1. ed., reimpr. Lisboa: Almedina, 2010; *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. (Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra) e Bronze, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Desse modo, o próprio aumento do sufrágio universal o qual obedece à regra majoritária do voto causa uma estrutura concorrencial e competitiva no que atine ao exercício do poder nestes Estados. Tal leva à um exercício político que por vezes não se dirige à persecução da vontade do povo, ou seja, da vontade geral no sentido rousseaneano (Rousseau, 1996: 41), mas da vontade majoritária a qual não contempla a pluralidade de interesses existentes na sociedade. Motivo pelo qual passa-se à estabelecer uma emergência da justiça constitucional cujo núcleo central é o controle judicial da constitucionalidade das leis, a qual inclui não somente a vontade majoritária, mas igualmente a proteção e promoção da vontade do povo. Nesta ordem de idéias, a Constituição não é somente documento indicativo de um ideal político-social, nem de uma mera descrição político-organizatória do Estado, mas contém verdadeira função jurídico normativo e de garantia da vontade do povo (Costa, 2008: 172).

Conseqüentemente, a sua aplicação e garantia através do controle de constitucionalidade não suporta uma compreensão meramente técnica como colocado pelo formalismo/positivismo jurídico. Dessa maneira, mais que proteger a Constituição, a justiça constitucional cumprirá a sua concretização, a qual envolve não somente a aplicação de regras, mas também de seus princípios, cuja estrutura diferenciadora para com as regras exigirá exercícios de ponderação (Ibidem: 173) e maior atividade criativa de sua interpretação.

Por outro lado, isto também vem a reforçar a idéia de que o Direito, e assim, como a Constituição, contém não somente regras no sentido repressivo-protetivo mas de um plano ideológico-político. Assim sendo, inevitável se torna os conflitos emergidos entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário e de sua legitimidade, aquele primeiro querendo fazer valer suas políticas públicas e este buscando, sempre que chamado para tanto, proteger o texto constitucional e uma suposta ideologia política originária de expressão da vontade do povo. Tal revela ainda a incidência política nas questões constitucionais que envolvem os julgamentos em sede de controle de constitucionalidade (Costa, 2008: 174). Em última instância, é sempre possível existir, nesse quadro, um conflito entre os planos políticos atuantes pela via legislativa dos governos eleitos e o plano político afirmado nas Constituições. Por esta razão, a atividade do controle constitucional é sempre intensa e envolve um série de dilemas que envolvem sobretudo os limites entre o Direito e a Política.

Sob esta perspectiva, explica José Manuel M. Cardoso da Costa que o controle de constitucionalidade se dá no controle do desenvolvimento do processo político, o qual

compreende a formação e determinação da vontade política e à tomada das consequentes “decisões políticas” (2007: 98). Sendo assim, é papel do Tribunal Constitucional, na defesa da Constituição, assegurar que o processo legislativo seja fiel ao texto constitucional e aos seus objetivos programáticos. Por conseguinte, segundo este autor, uma vez que os resultados do processo político, ou seja, das decisões políticas, concretizam e exprimem normas jurídicas e, sendo estas últimas, objeto deste controle, o Tribunal Constitucional impacta diretamente neste processo contribuindo, dentro de sua competência, para a formação da vontade política do Estado e participando na direção superior deste (2007: 99-103). Tal, torna-se evidente na constante preocupação política na composição do tribunal constitucional, especificadamente, na nomeação dos juízes⁶. Procedimento que faz parte do próprio processo político, conforme podemos verificar nos casos supramencionados e que decorre deste impacto político das decisões dos Tribunais Constitucionais.

Cumprir recordar que, além do já mencionado, as atividades destes Tribunais, não se concentram na declaração de inconstitucionalidade e consequente expurgação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Desta forma, devem mencionar-se mais duas tarefas destes tribunais que atinem à tutela privilegiada dos direitos fundamentais e da resolução das divergências ou conflitos entre órgãos e entidades. Sumariamente, no que se refere sobretudo aos direitos fundamentais, estes, demandarão dos juízes constitucionais a concretização, desenvolvimento e aprofundamento dos seus conteúdos, principalmente aqueles previstos sob cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Esta última tarefa fará com que a atividade política dos tribunais constitucionais fique mais evidente especialmente nos casos em que tem de decidir sobre omissões legislativas e controle preventivos de constitucionalidade em relação aos conteúdos destes direitos.

2.1.2 Uma síntese dos problemas fundamentais do controle de constitucionalidade

⁶ Refere-se aqui, por suposto, aos casos em que os juízes não são eleitos, como ocorre no Brasil.

Verifica-se, constantemente que a prática constitucional intensifica a transferência do poder político em direção às Cortes Constitucionais e que tal tem consequência a interpretação constitucional. Esta transferência junto com a ampla adesão ao controle de constitucionalidade, levará, ademais, a um crescente protagonismo do Poder Judiciário. Por outras palavras, a subordinação das leis ordinárias emanadas pelo Poder Legislativo e das atividades da administração pública, ou seja, do Poder Executivo, à fiscalização constitucional face à soberania e supremacia da Constituição leva a um aumento do Poder Judiciário. Aumento intensificado pelas omissões legislativas e por parte da administração pública, sobretudo na prestação social, desencadeando o que a doutrina jurídica passou a identificar como a judicialização da política e ativismo judicial. A expansão global do Poder Judiciário significa não somente a globalização da jurisdição constitucional, mas também como a judicialização da política se revela na produção de políticas públicas e normas que antes eram do Poder Legislativo e Executivo, fazendo com que o judiciário venha a tomar atividade que deveria ser da administração pública na prestação social (Vianna, 1996.).

Os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial tão debatidos na doutrina refletem-se, assim, na prática judicial e no deslocamento da jurisprudência constitucional. Este deslocamento perfaz uma mudança dentro do pensamento jurídico em observância às decisões dentro do controle de constitucional através do papel do juiz. Nesse sentido, as modificações pelas quais perpassam os tribunais constitucionais são reflexo da própria mudança no pensamento jurídico, o qual confere diferentes papéis aos juízes. Sobre esta questão, François Ost (2007) faz uma interessante comparação entre a modificações dos papéis conferidos aos juízes com as diferentes figuras do imaginário mitológico greco-romano. O autor destaca três figuras de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes. Segundo ele, Júpiter é o juiz compreendido como “homem da lei”, já o Hércules é “engenheiro social” (Ost, 2007: 110), e Hermes, por sua vez, é o juiz comunicante, intermediador, o personagem modesto cujo serviço é de representação e de “porta-voz” (Ibidem: 115).

Observa-se, assim, como cada uma destas figuras acompanha a própria modificação acerca da compreensão da atividade interpretativa do juiz face a Constituição. Assim sendo, enquanto Júpiter tem que encarar um conjunto de regras que se encontram no centro do sistema jurídico, cujo trabalho interpretativo é enxergado de maneira extremamente restritivo sob uma atividade reduzida a um tecnicismo, Hércules é o juiz que busca compatibilizar estas regras a realidade social. Logo, suas decisões estão no centro do sistema e são o pressuposto do qual

deriva a regra, e não o contrário (Ibidem: 111). Portanto, Hércules é aquele juiz pragmático que busca criar uma interlocução e a regulação dos interesses rivais (Ibidem: 113-114). Hermes, em contrapartida, é aquele que se afasta do absolutismo binário (permissão vs. proibição; válido vs. não-válido) o qual é substituído pelo relativismo e gradualismo, ou seja, é aquele que abandona o determinismo jurídico e abraça o discurso jurídicos radicalmente hermenêutico (Ibidem: 114-115). Hermes, é o juiz que abandona a monofonia pela polifonia, porém, sem recair na cacofonia, ou seja, no discurso sem sentido (Ibidem: 116). Em suma, Júpiter representa a convenção, Hércules a invenção e Hermes a reflexão.

Com o objetivo de não alargar demasiado uma contextualização que se pretende sintética neste capítulo, procurar-se-á a expor, sumariamente os principais debates acerca do assunto, destacando-se os seus problemas fundamentais a partir da argumentação apresentada por José Joaquim Gomes Canotilho. Este autor destaca seis os pontos fundamentais desse debate, a saber: (1) a externalização e internalização da justiça constitucional; (2) justiça constitucional ou justiça constitucionais; (3) justiça de normas ou justiça de valores; (4) “superlegisladores” e “superjurisdição”; (5) redução de competências e crescimento de conflito; (6) interpretação e ponderação⁷, entre a atribuição de um significado normativo e a tomada de decisão razoável (1996: 872).

O primeiro ponto tem por pano de fundo a discussão acerca da fiscalização da atividade política e se esta deve ter lugar dentro dos órgãos políticos (internalização), ou fora nos tribunais constitucionais (externalização). O segundo ponto diz respeito a implementação de um controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Ou seja, se a interpretação constitucional, pela via abstrata, deve ater-se apenas aos órgãos constitucionais e estatais, via a que J. J. Gomes Canotilho chama de “introversão” da legitimidade processual; ou se, pelo contrário, o mesmo deve ser distribuído por outras entidades para além do Judiciário à que o autor chama de “extroversão” da legitimidade constitucional processual (1996: 873).

Estes dois primeiro pontos destacam-se com o alargamento dos tribunais constitucionais mencionado no início deste capítulo ao longo momentos históricos marcados, quais sejam: (a) o pós 2ª Guerra Mundial; (b) o fim das ditaduras da América Latina; (c) as descolonizações tardias, e; (d) a adesão à tratados internacionais. Estes acontecimentos históricos, que permeiam a fixação de Estados Democráticos de Direito, evidenciam a necessidade de estabelecer canais

⁷ Cf. Alexy, Robert. 2005. “Balancing, Constitutional Review, and Representation”. *International Journal of Constitutional Law* 3 (4): 572–81. doi:10.1093/icon/moi040.

comunicativos discursivos entre a política e o direito (Canotilho, 1996: 877). Acentuam, assim, os debates na doutrina acerca dos limites entre o Direito e a Política, os quais permeiam a questão acerca de como limitar a competência da jurisdição constitucional de modo que esta não invada a competência legislativa em ofensa à separação dos poderes (Canotilho, 1996: 878). Assim sendo, os dois primeiros pontos levam à reflexão acerca dos limites da interpretação da norma jurídica pelos juízes constitucionais e na intervenção sobre a competência legislativa, a qual perpassa uma viragem interpretativa que, seguindo Canotilho, implica três planos do discurso jurídico: o plano democrático, o plano metodológico, e o plano paradigmático (Id. 1996: 878).

Em função disto, o terceiro ponto discorre sobre a interpretação da norma jurídica cuja compreensão varia de acordo com o pensamento jurídico adotado e, especialmente, da norma constitucional e de seus reflexos na própria compreensão da natureza e finalidade do Direito. De acordo com o mesmo autor, há uma mudança significativa na compreensão acerca da Constituição em sua função normativa, enquanto um sistema de normas para uma ordem de valores. Nesse sentido, a interpretação constitucional não é mera aplicação subsuntiva de regras, mas compreende a concretização de valores contidos na Constituição. É acrescida, portanto, às atividades em sede de jurisdição constitucional, toda uma retórica argumentativa em um discurso moral realizador-concretizador de valores os quais terminam por desencadear compreensões paternalistas e moralizantes desta jurisdição (Id., 1996: 879). Estas compreensões, por conseguinte, estão inseridas no próprio caráter contra-majoritário desta jurisdição. Barry Friedman⁸ (1998: 431), ao realizar um longo estudo histórico acerca do dilema contra-majoritário através dos casos polêmicos que se sucederam na Suprema Cortes dos EUA, sintetiza em quatro fatores este dilema: (1) na proporção em que a corte interfere na vontade do povo; (2) a extensão pela qual favorecer os interesses públicos são uma forma de democracia direta; (3) até que ponto há um certo ceticismo na fixação do sentido constitucional e, por fim, (4) a aceitação da supremacia judicial.

O dilema contra-majoritário perfaz ainda os três planos do discurso jurídico sobre a jurisdição constitucional, supramencionado, proposto por José Joaquim Gomes Canotilho (1996), especificadamente ao plano democrático. Sob esta perspectiva, o debate de fundo, acerca deste dilema, gira em torno da crise da democracia representativa, ou seja, da capacidade

⁸ Cf. Friedman, 1998, p. 333–433.

representativa da vontade popular pelos órgãos públicos e entidades estatais. O que também se reflete no ponto acerca da introversão e extroversão no que atine à legitimidade ativa para a propositura das ações de constitucionalidade/inconstitucionalidade.

Verifica-se que uma crescente insatisfação face às políticas neoliberais e à negligência para com a prestação social por parte da administração pública, somados ao discurso moralizador-concretizador de valores da Constituição, intensificam o recurso aos tribunais, ampliando assim o seu protagonismo. Isto porque, com o objetivo de se anularem políticas que entram em conflito com os interesses da sociedade, sobretudo no que atine aos direitos sociais, a sociedade tem procurado através das ações judiciais de controle de constitucionalidade um meio eficaz para eliminá-las, ou, no sentido inverso, face às omissões características na concretização do conteúdo constitucional, sublinharem a legitimidade de certas políticas mais contestadas publicamente. O recurso ao judiciário se revela, deste modo, o desenvolvimento de uma frustração para com os poderes legislativo e executivo no cumprimento da representação da vontade popular e no distanciamento destes órgãos no que atine à participação popular junto a eles.

Esta mesma extroversão a que se refere Canotilho (1996: 880-881) é igualmente apontada por Peter Häberle, na sua obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição* (2002). No entanto, este autor, analisa a viragem na interpretação constitucional sob outro ângulo. Se antes a interpretação constitucional se restringia a um círculo limitado e fechado, composto pelos juízes constitucionais e por procedimentos formalizados, novos fatores sociopolíticos nos levam a verificar que a realidade constitucional é bem mais ampla do que este círculo. Em outras palavras, se antes a atividade interpretativa e o conteúdo constitucional se atinha a debates técnicos-jurídicos, hoje, a Constituição e o seu significado é debatido por diversos campos acadêmicos, como as ciências sociais, e não acadêmicos, como certos grupos políticos, movimentos sociais, e, de forma mais generalizada, pela população como um todo. Häberle argumenta então que estes são atores de forças produtivas de interpretação que não devem ser excluídos do processo interpretativo tendo em vista uma sociedade democrática. Desta forma, defende o autor que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática, o que significa que todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive esse contexto é, direta ou indiretamente, um intérprete da norma. Ou seja, uma vez que a interpretação tem impacto na própria realidade sociopolítica, ela tem efeitos sobre todos os que se encontram neste contexto e que, por esta mesma razão, irão opinar sobre seu

conteúdo e desejarão dispor sobre ele. Por consequência,, defende-se, ao vivermos em sociedades democráticas formadas, não somente por instituições políticas, mas também jurídicas, estas últimas, em sede de juízo de constitucionalidade, também devem abrir seus campos para a participação social (Häberle, 2002). Logo, não vive-se mais uma sociedade fechada, mas numa sociedade aberta aos intérpretes constitucionais, o que, na expressão do Professor Canotilho, se traduz numa “extroversão ou difusão na legitimidade processual do juízo de constitucionalidade”. De tudo isto, deve notar-se que o processo democratizante das instituições estatais, alcança também o poder judiciário e gera transformações profundas acerca da compreensão do seu papel e legitimidade.

Essa justificação da ampliação participativa na interpretação constitucional também repercute no protagonismo dos tribunais constitucionais e no seu impacto sobre a “vontade política” do Estado e na sua participação direta e superior nesta (Canotilho, 2003: 103). Porém, a grande problemática apresentada pelos tribunais, conforme inicialmente exposto, cuida em como estabelecer limites que façam com que este não extrapole em suas atividade em substituição do próprio legislador. Isto porque, por maiores expectativas que se coloque nos tribunais face à insatisfação para com os demais poderes, a sua atuação super legislativa se revela tão prejudicial quanto a sua atuação excessivamente jurisdicional.

Neste sentido, o quarto ponto fundamental sobre o controle de constitucionalidade apontado por Canotilho (1996: 882), diz respeito à busca por um justo equilíbrio entre um tribunal excessivamente jurisdicional e um tribunal excessivamente político. Expõe este autor que um tribunal excessivamente jurisdicional se encontra na esteira do ideal kelseniano do juiz constitucional como mero “legislador negativo”, criticado sobretudo devido ao seu formalismo/positivismo jurídico, que agravou o afastamento do Estado da sociedade (Soares, 2008: 34). Além disso, este sistema este que impedia a eficácia horizontal da Constituição e, assim, da sua aplicação às relações privadas e, portanto, de uma maior proteção da sociedade pela concretização dos valores constitucionais. Por outro lado, o tribunal excessivamente legislador leva em conta a sensibilidade das questões jurídico políticas, porém corre-se o risco de sentenças manipulativas desprovidas de racionalidade jurídica e, assim, arbitrárias, nas quais se aplicam os interesses pessoais dos juízes em detrimento dos da sociedade.

Sendo assim, em que medida deve-se restringir o ativismo judicial e a judicialização excessiva da política? Se se reduz sua competência, há o risco de retorno à aplicação formalista

do direito que não comporta mesmo a viragem interpretativa acerca da Constituição a qual preconiza sua função normativo-jurídica. Contudo, a não limitação destas atividades apresenta o risco de decisões arbitrárias e, através delas, a intensificação dos conflitos entre as instituições, e destas para com a opinião pública. Cumpre, ainda, atentar que a opinião pública também possui uma importante atividade neste debate. Ela é capaz de exercer fortes pressões sobre as decisões tomadas pelo juízo constitucional sobretudo em relação à legitimidade democrática deste. Sendo assim, é possível afirmar que a independência das cortes constitucionais só existe, em certa medida, com a tolerância pública, ou seja, com o aval público. Em outras palavras, a sua legitimação e a validade de suas decisões, decorrem também da aceitação social destas. Nesse sentido, recordar-se a dificuldade com que a corte constitucional norte-americana teve que encarar nos casos destacados neste capítulo na aplicação dos interesses contra-majoritários, apesar da afirmação desta ser sua finalidade precípua (Cf. Dorf, 2010).

Sob esta perspectiva e considerando o quinto ponto destacado por José Joaquim Gomes Canotilho, e tomando ainda em consideração o afirmado por Jack M. Balkin (2005: 35-36), a indagação acerca da representação majoritária e minoritária colocada agora de forma mais enfática sobre o poder judiciário, já se realizava e continua a realizar-se no mesmo sentido em relação ao poder legislativo. Expõe ainda este autor que quando os tribunais constitucionais buscam reforçar valores minoritários elitizados, é o momento no qual mais sofrem críticas e represálias populistas que questionam a sua legitimidade, principalmente no que atine à última palavra sobre o conteúdo constitucional enquanto reflexo da vontade popular. Isto porque são vistos como apoiadores das elites políticas e usurpadores da democracia.

O último problema fundamental do controle de constitucionalidade é o da interpretação constitucional no qual se inclui a questão acerca da compreensão valorativa da Constituição e seu impacto sobre o plano discursivo metodológico. Estes referem-se ao problema metodológico da aplicação dos princípios, das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados, ou seja, sobre a ponderação de bens e o balanceamento de interesses (Canotilho, 1996: 885). Refere-se, portanto, ao conteúdo destes tipos normativos sobretudo no momento da tomada de uma decisão judicial razoável⁹. De acordo com Barry Friedman, a supremacia judicial está intimamente relacionada com o dilema contra-majoritário, como se pode concluir a partir da sintética

⁹ Especificadamente sobre a tomada de decisão, não se desenvolverá o tema neste momento uma vez que toda sua análise será abordada no capítulo seguinte.

exposição de seus problemas fundamentais. Por conseguinte, quando não há supremacia, as decisões são ignoradas e ninguém questiona a vontade popular (Friedman, 1998: 431).

Por outro lado, viu-se também que a defesa do Estado Democrático é o fundamento da atuação da Corte Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade. Porém, assim como diversos instrumentos jurídicos, o controle de constitucionalidade previsto de forma abstrata, sofreu muitas modificações decorrentes de sua aplicação no dia-a-dia dos tribunais constitucionais e das mudanças das organizações políticas dos Estados – Estados Liberais, Sociais e Neoliberais – fugindo de sua previsão inicial de acordo com um modelo kelseniano do ideal do juiz constitucional, intervindo cada vez mais na atividade legislativa. Esta ampliação das atividades das cortes constitucionais, e não só, é decorrência, contudo e como visto, das mudanças do pensamento jurídico e das metodologias da interpretação jurídica, mas decorreu igualmente da mudança dos planos políticos e da visão da opinião pública frente ao Judiciário. Neste último caso, o fato da própria concretização do controle de constitucionalidade girar em torno da Democracia, um conceito vago, muitas vezes banalizado pelo uso excessivo, faz com que suas problemáticas sejam amplas e constantes e, por fim, que o tema da política esteja cada vez mais presente na atuação deste tribunais, cabendo, contudo, fazer-se as devidas limitações que não permitam arbitrariedades e uma conseqüente ditadura dos tribunais. Em suma, é sobre esta difícil problemática que se foca o presente estudo, procurando tratar de forma mais específica as motivações e conseqüências da crescente visão dos tribunais como últimos espaços de salvaguarda dos direitos e interesses da sociedade pelos movimentos sociais, visão esta que se verifica através no aumento do número de casos por estes perpetrados com esta finalidade.

2.2 A Judicialização Política e Ativismo Judicial: as peculiaridades do controle de constitucionalidade brasileiro

A judicialização da política e o ativismo judicial decorrem, assim, de condições políticas e institucionais que também são possíveis de serem identificadas no cenário brasileiro. Antes de adentrar nestas peculiaridades do contexto brasileiro, ressalva-se que judicialização política e o ativismo judicial apesar de primos, não se confundem. Enquanto o primeiro decorre da própria visão sobre o Direito e sua religação com a Política, o segundo, de forma mais específica, revela-se na efetivação dos direitos e de políticas públicas através das decisões judiciais e, assim, em suas motivações e fundamentações. Aponta-se como principais condições políticas da judicialização da política: a estabilização da democracia e o pluralismo político; o federalismo e a separação dos poderes, e a ineficiência e perda da confiança do povo nos políticos, com consequências para a confiança, nas instituições majoritárias, terminado por depositar as esperanças no Judiciário.

O pluralismo político decorre da própria redemocratização do país (Brandão, 2013: 201) através da qual se observa uma pluralidade de partidos político identificado como um reflexo da positividade de: um sistema presidencialista, um sistema eleitoral proporcional com uma lista aberta, do federalismo e do multipartidarismo. Segundo Tom Ginsburg (2003, p. 21-33) este fator contribui para a fragmentação do poder político e, que se refletirá, igualmente, no aumento do controle de constitucionalidade pelo seguinte motivo:

As institutional structure changes, parties are even less certain that their power will remain intact. In sum, changes in the party system and institutional structure characterize transitional environments, so that outcomes are more uncertain. (...) Other things being equal, uncertainty increases demand for the political insurance that judicial review provides. Under conditions of high uncertainty, it may be especially useful for politicians to adopt a system of judicial review to entrench the constitutional bargain and protect it from the possibility of reversal after future electoral change. Because rational politicians believe they may not remain in power under the terms of the constitution, they choose to set up independent courts to protect their bargain from repeal. Judicial review in such circumstances provides insurance for the past against the future. In short, the presence of elections – the sine qua non of democracy – increases uncertainty and thus the demand for judicial review. The expansion of judicial power around the globe reflects democratization and is not antidemocratic as suggested by some analysts. Judicial review may be countermajoritarian but is not counterdemocratic. (2003, pp. 30-31)

Sob esta perspectiva, o controle de constitucionalidade funciona como uma espécie de seguro eleitoral, ou seja, um espaço onde se é capaz de reverter as decisões tomadas no poder legislativo¹⁰. O autor demonstra, assim, como a ampliação do controle de constitucionalidade está associada à luta pelo poder político na instância parlamentar principalmente daqueles partidos ou políticos perdedores nesta instância legislativa¹¹, ou seja, nos que constituem a oposição. Neste sentido, é possível observar um aumento dos números de casos de controle de constitucionalidade decorrentes de perdas políticas ocorridas na arena parlamentar, ou seja, no jogo político concorrencial no qual se aplica a regra majoritária pelo voto. Tendo isto em vista, o aumento de partidos políticos, ou seja, do pluralismo político, decorrente da estabilização das democracias acaba por gerar uma maior fragmentação do poder político que, apesar de benéfica, leva a um aumento dos conflitos políticos e, assim, à judicialização política. A estes fatores somam-se condições da prática política peculiares do sistema político brasileiro, como o presidencialismo de coligação, os quais aumentam a incerteza eleitoral que vai recair justamente no uso do STF como seguro eleitoral dos que não vêem suas agendas aprovadas através do Congresso Nacional (Ibidem, 2013: 201-204) e, portanto, à judicialização da política no Brasil.

Sobre o federalismo e a separação dos poderes aponta-se um crescimento de conflitos entre os diversos níveis da federação, entre o poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário, respectivamente. O modelo federalista e de separação de poderes, portanto, sempre tendem a apresentarem conflitos decorrentes da própria tendência à invasão da competência um dos outros. Por consequência, fazem com que seja necessário haver um mecanismo de equilíbrio e coordenação da interação institucional entre os vários níveis da federação, assim como um sistema de freios e contrapesos contra a tendência centralizadora de poder (legislativo, executivo e judiciário). Estes mecanismos costumam ser destinados aos tribunais judiciais compreendidos como instâncias de imparcialidade e de racionalidade. Parte-se, assim, do pressuposto de que sendo o Judiciário imparcial e da necessidade de motivação de suas decisões através de uma retórica argumentativa racional, ele estaria mais apto a resolver estes conflitos uma vez que afastado, através destas características, das parcialidades próprias do jogo político. É por este

¹⁰ De forma similar, Carlos Blanco Morais (*Justiça constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 487) defende que o sistema de controle abstrato serve de equilíbrio de poder entre governo e oposição na forma pela qual é estruturado em alguns países como: Alemanha, Áustria, Espanha, Portugal e Brasil.

¹¹ Consoante com este pensamento, a doutrina portuguesa destaca que o tribunal constitucional português representa uma arena de luta política onde, comparativamente, a fiscalização preventiva apresenta uma taxa de politicidade de suas decisões menores do que a apresentada pela fiscalização abstrata sucessiva. Cf. Morais, 2006: 482)

motivo que esses conflitos viriam a fortalecer o protagonismo e atividade do Poder Judiciário (Ibidem, 2013: 190-191).

Estas características acrescentam, aos tribunais, um caráter contra-majoritários, conforme apontado por parte da doutrina constitucional e visto no item anterior. Neste sentido, possuem legitimidade para resolução desses conflitos uma vez que devem decidir imparcialmente e através de uma racionalidade jurídica, as quais supostamente os afastam de decisões arbitrárias, ou seja, decorrentes da imposição de sua vontade ou de interesses pessoais. Por conseguinte, seriam contra-majoritários, uma vez que a racionalidade sobre a qual devem fundamentar suas decisões, por este motivo, não necessariamente concordam com a posições majoritárias, mas estariam vinculadas à decisão correta. E, motivo pelo qual, seriam uma solução para a ditadura da maioria, na visão liberal acerca da Democracia, segunda a qual o parlamento é instância que por responder à vontade majoritária vencida pelo voto poderia levar à opressão de interesses minoritários.

No contexto brasileiro, esta mobilização política no STF pode ser também depreendida de dois fatores: (1) da previsão constitucional que atribui a este tribunal a competência para requisitar a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no casos de coação exercida contra o Poder Judiciário de acordo com as condicionantes depreendidas do art. 34, inc. IV c/c art. 36, inc. I e II da CRFB/88, e, (2) na sua competência para dar provimento à intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal com representação do Procurador Geral da República nos casos previstos no art. 34, VII c/c art. 36, III da CRFB de 1988. Ao STF compete, igualmente, julgar as causas e conflitos entre União de Estados e Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, alínea *f* da CRFB/88), na garantia do sistema federalista e da separação dos poderes, assim como, as reclamações para a preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, alínea *l*, da CRFB/88)¹².

Para além destas, alude-se às condições de cunho institucional (Ginsburg, 2003: 34-66), ou seja, que jazem da própria estrutura institucional do controle de constitucional e das instituições responsáveis pelo seu julgamento. Em relação às condições institucionais a doutrina

¹² Refere-se, aqui, à ação direta interventiva que é um mecanismo excepcional de limitação da autonomia do Estado-membro, visando, com isso, a proteção da soberania nacional, do pacto federativo e dos princípios constitucionais e a qual só pode ser proposta pelo Procurador Geral da República (Cf. Barroso, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, 280).

elencando sumariamente: o amplo catálogo de direitos e a consequente cultura política de direito, as características do processo de controle de constitucionalidade - o acesso ao controle, ou seja, o rol de legitimados ativos, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade (efeitos objetivos, subjetivos e temporais) -, assim como o rol de competência da corte constitucional, a constitucionalização abrangente e dimensão dada à reforma constitucional (Brandão, 2013: 192-197). Estes elementos institucionais da jurisdição constitucional têm ainda mais relevância dadas as peculiaridades do modelo brasileiro como se verificará a seguir.

Nesse sentido, cumpre mencionar que diferentemente de muitos modelos estrangeiros de jurisdição constitucional, nos quais se construiu uma corte especializada cuja única atividade é o controle de constitucionalidade, o STF para além de Corte Constitucional tem por atribuição julgar recursos como última instância e receber ações ordinárias¹³ de sua competência. Sendo assim, enquanto nos demais países como por exemplo, nos Estados-Unidos ou em Portugal, em que a Corte Constitucional apresenta uma única classe processual, o STF apresenta 52 classes processuais passíveis de ajuizamento¹⁴, o que já se revela impactante no que atine ao número de casos em que os juízes membros deste tribunal acumulam para serem julgados¹⁵. Este elevado número de casos para julgamento acaba por influenciar em muito a presença de um ativismo judicial ou na opção por autocontenção¹⁶ pelo STF.

Entretanto, o controle de constitucionalidade no Brasil não é atividade exclusiva do Poder Judiciário, podendo ser exercido pelo Poder Legislativo e Executivo em determinadas situações¹⁷. A regra geral, contudo, é de que o controle de constitucionalidade é exercido

¹³ Neste sentido, dispõe o art. 102 da CRFB de 1988.

¹⁴ Cf. Falcão, Joaquim; Cerdeira, Pablo de Camargo; Arguelhes, Diogo Werneck. “I Relatório do Supremo em Números: o múltiplo Supremo.”. in: *I. Novas Idéias em Direito: Resultados de Pesquisa*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: Direito Rio. 2011: 17-18. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>. Acesso em 11/03/2016.

¹⁵ Por exemplo, somente entre os anos de 1988-2008, o STF teve 6199 processos ajuizados. (Cf. Falcão et al, op. Cit., 21).

¹⁶ De acordo com Maria Benedita Urbano, a autocontenção “Significa sim, em termos gerais, que essa aplicação mais criativa se deve manter nos limites do razoável e aceitável, ou seja, ela não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos (basicamente, dos poderes legislativo e executivo, que cabem, respectivamente, ao parlamento e ao governo).” (*Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2014: 102).

¹⁷ Aponta-se como mecanismos de controle de constitucionalidade exercidos pelo Poder Legislativo, em relação à um projeto de lei: (a) o pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça em relação à constitucionalidade (art. 58 da CRFB/88); (b) a rejeição pelo veto do Chefe do Executivo (art. 66, §4º da CRFB/88); e ainda, (e) a sustação de ato normativo do Executivo pelo Congresso Nacional (art.49, V da CRFB/88); (f) a rejeição liminar de uma medida provisória (art. 62, §1º da CRFB/88, disciplinado pela Resolução nº.1 de 8 de maio de 2002); (g) a aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo STF (art. 60, parágrafos da CRFB/88). O Poder Executivo, por sua vez, realiza o controle de constitucionalidade através: (a) do poder de veto (art. 66, §1º da

judicialmente, porém também pode ocorrer excepcionalmente pelo poder executivo e legislativo¹⁸. O controle judicial de constitucionalidade, por seu turno, é misto; compreendendo tanto o controle por via incidental, “por via de exceção” ou difuso, exercido por todos os juízes e tribunais; ou por via principal, também classificado como “por via de ação” (Bonavides, 2011) ou concentrado, por ser de competência centrada no Supremo Tribunal Federal (Barroso, 2007: 64). Este modelo misto combina o modelo norte-americano de controle incidental e difuso, com o modelo austríaco concentrado e abstrato, significando, assim, uma ampliação dos casos possíveis de ajuizamento em sede de controle de constitucionalidade, enquanto que a maioria dos países estrangeiros escolhe um modelo ou outro de implementação.

Sob este aspecto, cumpre mencionar ainda que diversos são o rol de ações pelas quais se pode impugnar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo no controle abstrato face ao STF. Neste sentido, está previsto: (a) a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) (art. 102, I, *a*, da CRFB/88 e Lei nº. 9868/99); (b) ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, *a*, da CRFB/88 e Lei nº. 9.868/99); (c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 103, §2º da CRFB/88 e Lei nº. 12.063/09); (d) ação direta interventiva (art. 36, III da CRFB/88 e Lei nº. 12.562/11); e, (e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, §1º da CRFB/88 e Lei nº. 9.882/99)¹⁹²⁰. Por outro lado, no que se

CRFB/88); e, (b) pela possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional. (Cf- Barroso, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, 67-76).

¹⁸ Uma vez que o presente objeto desta pesquisa se debruça sobre a questão do controle de constitucionalidade judicial, não se adentrará sobre o controle realizado pelo poder executivo e legislativo.

¹⁹ Em suma, a ADI é a mais conhecida, através da qual se faz a checagem de constitucionalidade de um ato normativo primário (federal ou estadual, no caso do Brasil). A ADC é a ação pela qual se avalia a compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional federal e a Constituição quando da existência de uma controvérsia jurisprudencial relevante nesse sentido. A sua criação teve por objetivo afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea sobre o assunto (Barroso, 2007: 202-203). A ADO é ação que se dirige à uma lacuna de lei cuja regulamentação é demandada (expressamente ou não) pela Constituição, ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente (Ibidem, 202). As decisões decorrentes desta ação costumam configurar em mora o poder competente pela edição da norma o que pode ainda ser objeto de eventual pedido de reparação de danos (art. 103, §2º da CRFB/88). A ADPF, por sua vez, é ação que visa reparar ou evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (art. 1º da Lei 9882/99).

²⁰ Diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, em Portugal há um rol menor de instrumentos de controle de constitucionalidade no qual se desconhece a ADPF, sendo este último até mesmo objeto de divergência na doutrina portuguesa. Neste sentido, enquanto parte da doutrina portuguesa aponta para ausência de uma ação constitucional em Portugal para a defesa dos direitos fundamentais, como o é a ADPF no Brasil (dentre outros instrumentos existentes para tanto), Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005: 812-813) entendem que isto evita com que, neste país, haja consequências que consideram drásticas como as que ocorrem no Brasil no que atine ao ativismo judicial. Neste sentido, Fernando Alves Correia (2016: 109-112), inclusive citando diretamente exemplos decorrentes no Brasil, aponta que o ativismo judicial representa a violação à separação dos poderes cuja atuação com base em critérios, motivações ou raciocínios políticos significam um desrespeito às opções políticas que foram estabelecidas pelos órgãos políticos

refere ao controle incidental poucas são as restrições significativas (Brandão, 2013: 207-208). O que resulta junto às demais circunstâncias, em uma ampliação de atos possíveis de serem impugnáveis ao STF, aumentando, uma vez mais, o seu protagonismo e a tendência à judicialização da política.

Com exceção da ação interventiva, a qual somente pode ser proposta pelo Procurador Geral da República, as demais ações podem ser propostas por um rol relativamente amplo de legitimados ativos, sendo eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); o partido político com representação no Congresso Nacional; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CRFB/88). Este amplo rol de legitimados ativos, é também reflexo da democratização do país após a Ditadura de 64, cuja peculiaridade se destaca no sentido de apresentar não só órgãos ou autoridade federais (nomeadamente o Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador Geral da República) como legitimados, mas também, órgãos e autoridades estaduais (Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa Distrital e governador de Estado ou Distrito Federal) e atos da sociedade civil (Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe no âmbito nacional). Este fator contribui igualmente para o número de ações em controle de constitucionalidade, sobretudo, das ações diretas de inconstitucionalidade²¹, para a judicialização da política na medida em que autoriza que grupos políticos de oposição, como é o caso dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, venham buscar à solucionar no STF a solução para as suas divergências políticas, ou, mais provavelmente, suas perdas nas instituições tradicionalmente políticas, como o Congresso

democraticamente legitimados. Está é razão pela qual o autor, inclusive, rechaça a idéia de concretização dos anseios constitucionais através do tribunal constitucional (id). Além disso, estes autores apontam que em Portugal existe outros mecanismos, que não através do tribunal constitucional, pelos quais é realizada esta garantia aos direitos fundamentais (Miranda et. al., 2005: 813-814).

²¹ Apesar de antigos, uma pesquisa realizada por Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, nos fornece alguns dados que corroboram com essa tese. De acordo com os resultados da pesquisa, de 1988 à 2005, foram propostas 3.648 ações diretas de inconstitucionalidade. Ha um pico de ações entre os anos 1989-1990 decorrente da adequação das Constituições Estaduais à CRFB de 1988, mas após este período essas ações crescem de forma continua. Em relação ao autores, ou legitimados ativos para esta ação, os autores apresentam que, neste lapso temporal analisado, os que mais ajuizaram ADI foram os governadores (26,0%), seguidos das Associações (24,9%), os Procuradores (22,2%), Partidos (19,8%), OAB (3,8%) e outros (3,6%) (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, 2007: 39-85).

Nacional (Ginsburg, 2003: 36-40), assim como, para a redução do interesse sobre o controle incidental (Morais, 2006: 286).

Assim sendo, a elevada quantidade de classes processuais de sua competência e o relativamente amplo rol de legitimados ativos para ações diretas de inconstitucionalidade, contribuem, portanto, para o elevado número de casos à ser decididos pelo STF. Este, por sua vez, buscará restringir o número de possibilidade de acesso à ele, não só numa busca por uma autocontenção, mas também com o objetivo de solucionar o problema de excesso de demandas judiciais que o atinge. Além das restrições apontadas anteriormente nas quais se declara incompetente para julgar, esse tribunal ainda desenvolveu jurisprudencialmente uma diferenciação entre os legitimados ativos que igualmente colabora para uma atitude de autocontenção do STF²². De acordo com esta diferenciação entre legitimados ativos (universais e especiais), passa-se a ter um dever extra de apresentação da pertinência temática com a ação em controle de constitucionalidade proposta. Cumpre enfatizar que esta restrição é estabelecida por jurisprudência²³ do próprio tribunal e não se encontra prevista na lei, nem na Constituição. Ressalva-se, por fim, que os partidos políticos a que se refere no rol dos legitimados universais são somente aqueles com representação no Congresso Nacional.

Outras condições institucionais que apontam para a judicialização política no STF são os efeitos subjetivos (*erga omnes* ou *inter partes*) e temporais (*ex tunc* ou *ex nunc*) do controle de constitucionalidade (Ginsburg, 2003: 40-42). Uma vez que o efeito (subjetivo) *erga omnes* é o mais amplo pelo qual se atinge a todos os destinatários da norma, costuma ser de maior interesse do que as ações que tenham efeitos *inter partes* (limitados às partes ou grupo pequenos atingidos diretamente e, não, difusamente pela decisão). No Brasil, o efeito *erga omnes* é tipicamente do controle abstrato, no entanto, têm-se ampliado os seus efeitos para atingir também os órgãos da administração direta ou indireta (federais, estaduais e municipais) e judiciais responsáveis pela aplicação da norma em questão que não o próprio STF. Além disso, os efeitos *inter partes*

²² Segundo o STF estes estão divididos em dois grupos, classificados em: universais e os especiais. Os universais são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese, sendo eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais são órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica e de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada, sendo eles: a Mesa de Assembléia, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (Barroso, 2007: 141).

²³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 913, Julgamento 1990.

tipicamente do controle difuso e incidental, tem sofrido notável ampliação, transcendendo as partes do processo, através de Súmulas Vinculantes²⁴ e da condição de Repercussão Geral²⁵, fazendo com que um número maior de pessoas sejam atingidas pelas decisões do STF, fortalecendo o controle de constitucionalidade.

Os efeitos temporais, por sua vez, dizem respeito aos efeitos de invalidade no tempo, que podem ser retroativos desde o seu nascedouro (*ex tunc*), ou prospectivos (*ex nunc*). Neste último caso, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade só se dão para após da decisão. Além disso, vem sendo crescente o uso da modulação de efeitos no Brasil que permite que com base no critério do Tribunal se decida quais os efeitos que se aplicam aos casos de controle de constitucionalidade. Este é tema, portanto, de política judiciária, favorável a judicialização, já que oferece um grande poder político ao Judiciário para tomar decisão neste sentido de forma casuística. Apesar de tal modulação temporal - principalmente quando para o futuro - permitir com que o Judiciário se exima de dar a última palavra sobre a questão constitucional e a dialogar com outras instituições, verdade é que tal decisão se baseia em casuística e, assim, apresenta elevado risco (Brandão, 2013: 198-199). No Brasil, a modulação dos efeitos temporais é reconhecida pelo art. 11 da Lei 9.882/1999²⁶, mas observa-se que o STF faz pouco uso desta prerrogativa, aplicando muito mais a regra geral de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade (Ibidem, 210).

Para além destas condições institucionais, também favorecem a judicialização da política: a constitucionalização abrangente e a dificuldade de processo da reforma

²⁴ A Súmula Vinculante é ato através do qual o STF sedimenta entendimento reiterado sobre determinado matéria constitucional, positivando interpretação realizada em sede de controle de constitucionalidade difuso e concreto, ampliando os efeitos deste controle por tornar-se vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A Súmula Vinculante foi instituída pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, a qual incluiu o art. 103-A à CRFB de 1988 e, encontra-se regulamentado pela Lei nº. 11.417/2006, a qual disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11/03/2017). De acordo com Carlos Blanco Morais (2006: 285-286) ela é uma garantia absoluta do primado da orientação jurisprudencial da Justiça Constitucional por meio de um instrumento que considera “para-normativo”, no sentido de que encontra-se entre o precedente aplicado no sistema jurídico norte-americano e a “doutrina” corretiva adotada na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol.

²⁵ A Repercussão Geral é igualmente um exemplo da ampliação dos efeitos das decisões do STF, e também instituída com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, a qual incluiu §3º ao art. 102, que prevê que é competência do STF: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11/03/2017).

²⁶ Art. 11 da Lei nº. 9.882/1999.

constitucional, os quais decorrem precisamente da mesma CRFB de 1988. Pela leitura do texto constitucional brasileiro, é possível verificar o amplo rol de direitos nelas abrangidos e a sua própria extensão que marcam uma ampla constitucionalização de matérias. A positivação de direitos programáticos na CRFB de 1988 demandam não somente uma ação negativa por parte do Estado, mas igualmente positiva no sentido de garantia, proteção e concretização. O que faz com que os conflitos para cumprir com suas finalidade de competência do STF, aumentem a judicialização deste tribunal. Como se não fosse o bastante, a Constituição apresenta, ainda, conceitos indeterminados e cláusulas abertas que dificultam a atividade do STF e potenciam a tendência à judicialização de questões políticas²⁷ (Ibidem, 210-211). Todas estas características da constitucionalização fazem, portanto, com que o parâmetro de constitucionalidade, sobretudo no Brasil, seja amplo, assim como, os meios pelos quais se pode impugnar uma lei ordinária ou ato normativo em sua constitucionalidade tendo em vista este parâmetro. Tudo isto se vê agravado pela facilidade de reforma constitucional, o qual se verifica pelo elevado número de emendas que a CRFB de 1988 já sofreu até ao momento.

Por fim, cumpre destacar outras peculiaridades do modelo constitucional brasileiro, que não tratam tanto de condições para a judicialização da política e do ativismo judicial do STF, mas que são marcas do aumento do poder político apresentado por este tribunal e que se encontram, igualmente, enraizados na sua estrutural institucional. Faz-se referência assim à implementação do *amicus curiae* (art. 7, §2º da Lei nº. 9.868/99 e art. 6º, §§1º e 2º da Lei nº. 9.882/99), da possibilidade de realização de Audiências Públicas (art. 9, §1º da Lei nº. 9.868/99, art. 6, §1º da Lei nº. 9.882/99 e arts. 13, XVII, 21, XVII, 154, parágrafo único do RISTF) e do elevado nível de publicização dos julgamentos do STF através da TV Justiça. As duas primeiras peculiaridades se referem à ampliação da participação social nos casos de controle de constitucionalidade e a última à publicização das audiências de julgamento, parte do processo de redemocratização do país.

De forma sintética, o *amicus curiae* estabelecido no Brasil é figura análoga àquela contida no direito norte americano (Barroso, 2007: 149) e possibilitou que determinados órgãos ou entidades se manifestassem acerca de matéria levada a julgamento, em caso de relevância da

²⁷ Conforme visto no item anterior ao mencionar como um dos fatores, para tanto, a viragem interpretativa do texto constitucional.

discussão e representatividade do postulante²⁸. O *amicus curiae* deve ser sempre uma entidade representativa e apresenta relevância constitucional com a temática *in iuris*, aumentando, por conseguinte, a participação social no controle de constitucionalidade e a legitimidade democrática do STF. A admissão da entidade como *amicus curiae* em sede de jurisdição constitucional, no entanto, é dada através de ato discricionário do STF.

A audiência pública, por sua vez, é instrumento de que pode fazer uso o juiz- relator²⁹ da ação em sede de controle de constitucionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal (STF), para a requisição de informações adicionais, através da convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria sobre a qual sinta necessidade de esclarecimento(s) ou sobre alguma circunstância de fato, ou de notória insuficiência de informações existentes nos autos³⁰. Assim sendo, após a manifestação dos legitimados ativos e passivos no âmbito do controle de constitucionalidade³¹ o relator pode requisitar a realização de audiência pública antes do seu julgamento. O *amicus curiae* e as audiências públicas têm, portanto, em suma, duas finalidades: apontar mais informações técnicas para casos mais complexos e reforçar legitimidade democrática da decisão do tribunal. Tais instrumentos, por estas características, contribuem para a politização do tribunal ao mesmo tempo que são reflexos da judicialização da política.

Por fim, o último fator que cumpre mencionar de peculiar da realidade brasileira é a publicização que se dá de seus julgamentos, uma vez que os mesmos são televisionados³², através de um canal reservado junto aos serviços de TV a cabo. A TV Justiça foi criada não só com fulcro na maior publicização das decisões do STF, mas também buscando apresentar uma maior transparência nas atividades deste tribunal, na procura e uma aproximação deste órgãos com a sociedade brasileira. Assim sendo, apesar das muitas críticas que fazem acerca do televisionamento dos julgamentos do STF, estes são decorrências históricas da democratização do país que, conforme visto ao longo deste item, irão confluir para a judicialização da política e do ativismo judicial no país.

²⁸ Para maiores informações sobre como a figura do *amicus curiae* é regulado pelo direito brasileiro, ver: Lei nº. 9868/99 (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 11/03/2017)

²⁹ Art. 21, XVII do RISTF.

³⁰ Art. 9º, §1º e art. 20, §1º da Lei nº. 9868/99.

³¹ Conforme disposto no art. 6, 7 e 8 da Lei nº. 9868/99.

³² Em breve pesquisa realizada junto à internet somente foi encontrado um precedente sobre o uso televisivo para divulgação/publicização dos julgamentos de um tribunal no exercício da jurisdição constitucional, no México (Disponível em: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/canaljudicial/>. Acesso em 13/12/2016). No Brasil, os julgamentos do STF são realizados junto ao canal “TV Justiça”, administrado pelo próprio tribunal, através de serviço de TV à cabo. O canal dedicado esta previsto no art. 32, IV da Lei nº. 12.485/2011.

2.3 A mobilização política na Jurisdição Constitucional Brasileira pelos movimentos sociais

Somadas a estas condições políticas de ampliação do Judiciário, cumpre ainda atentar, como já antes foi referido, para a ineficiência e a perda da confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e as fortes esperanças depositadas no Judiciário. Esta condição sociopolítica pode ser verificada na própria dificuldade dos demais poderes, legislativo e executivo, em ver o plano político traçado constitucionalmente concretizado face, sobretudo, às mudanças conjunturais econômicas pelas quais estes poderes costumam se vincular para a administração de suas atividades. Assim sendo, são negligenciados ou postergadas prestações sociais por parte do legislativo, na concretização de leis, ou no caso do poder executivo, na efetivações das normas previstas constitucionalmente e das leis ordinárias delas decorrentes, contrários aos interesses da sociedade, a qual passa a enxergar no processo judicial, sobretudo, no controle de constitucionalidade, o último recurso para as ver efetivadas. Isto faz com que haja, portanto, uma transferência para as cortes judiciais destes temas tradicionalmente políticos que colaboram assim para o aumento do protagonismo do judiciário e para uma crescente judicialização da política.

O Poder Judiciário torna-se, deste modo, cada vez mais forte e protagonista na solução dos conflitos presentes em sociedade (Vianna, 1996: 263). Atuante, não somente para vir a fortalecer e garantir as soluções encontradas na prática social, mas para se tornar, em última instância cada vez mais recorrente, o verdadeiro protagonistas destas soluções. Porém, este protagonismo não foi por ele buscado, e não trata de uma prerrogativa que tenha vindo a captar para si, não há uma tomada de poder por esta instituição. Pela análise da doutrina constitucional anteriormente feita ao longo desse primeiro capítulo, verifica-se que o seu aumento decorre de condições políticas e institucionais que lhe foram externamente impostas e que impactaram simultaneamente a própria visão do Direito e da Política e do papel dos juízes na interpretação da norma jurídica constitucional. Na esteira deste pensamento, afirma Luiz Werneck Vianna (1996, p. 264):

A sociabilidade moderna, filha do processo de globalização, além de levar ao desgaste as bases particularistas do Estado-nação, ator por excelência, desde Hobbes, do direito positivo, bem longe de trazer consigo a superação do direito, parece designá-lo como o lugar da praxis por onde se pode ter acesso ao terreno da utopia. (1996: 264)

Como visto no início deste capítulo, a Constituição ganha a força normativo-jurídica que, progressivamente, no decurso da História, a vai afastar de uma visão meramente simbólica de irrelevância social (Ibidem, 265). Nesse sentido, as finalidades políticas nela contida não cuidam apenas de utopias políticas, mas devem extrapolar o texto normativo para ganhar efeitos concretos na realidade social.

Tendo em vista, em suma, o contexto histórico político que envolve a promulgação da CRFB de 1988 anteriormente mencionado, o juiz, especialmente aqueles que exerce num tribunal constitucional, ver-se-á no dever inafastável de as implementar. Atividade esta, contudo, que não se aplicará mais para o tempo passado, mas para o tempo futuro, e que demandará que o judiciário saia de sua zona de neutralidade (Ibidem: 265). Como consequência, a força normativa destas Constituições cujas normas e princípios não jazem mais no terreno da prestação negativa do Estado, mas se colocam na sua prestação positiva, alterará a própria forma em que a sua proteção é compreendida. Esta proteção, portanto, não é mais permeada pela violação de suas normas e princípios e na definição do certo e do errado, mas sobretudo, na realização dos objetivos contidos nas normas e princípios, ou seja, no exercício discricionário com vista à concretização dos resultados nelas objetivados (Cittadino, 2004: 109).

A desneutralização do Judiciário é, portanto, fruto das próprias transformações da relação entre o Estado e a sociedade civil no capitalismo contemporâneo e na reação ao positivismo e à sua incapacidade valorativa para com a dignidade da pessoa humana reveladas através dos regimes totalitários europeus na 2ª Guerra Mundial, assim como, das ditaduras militares na América Latina (Cf. Vianna, 1996: 265 e Cittadino, 2004: 106). Sendo assim, ao passo que as Constituições passam a conter normas e princípios com cláusulas abertas e a contemplar conceitos indeterminados, as legislações ordinárias passam por um processo de especialização de seu conteúdo, aumentando o número de leis aprovadas, formando-se verdadeiros estados legislativos.

Estes efeitos serão sentidos nos tribunais, sobretudo, aqueles que cumprem realizar o

controle de constitucionalidade entre o parâmetro constitucional cada vez mais amplo – parâmetro que diminui a possibilidade de neutralidade do juiz e que demandará maior interpretação criativa deste - e a lei ordinária, cujo número é cada vez maior. A indeterminação legal da Constituição de normas e princípios programáticos, ou seja, de realização futura, autorizará uma maior intervenção dos demais poderes, Legislativo e Executivo, fundando o que a doutrina chama de Estado legislativo (Vianna, 1996: 266) e, conseqüentemente, as demandas em sede de controle de constitucionalidade. Somados a isto, estas características da Constituição, impedirão à própria a sua antiga compreensão da interpretação da norma (constitucional) de forma subsuntiva. Ou seja, não bastará que o juiz diga qual norma se aplicará, qual é a certa ou a errada, mas cumprir-lhe-á identificar a promoção social visada na norma direcionado, assim, para o tempo futuro.

Por outro lado, o Estado, neste processo de intervenção através da lei ordinária, processo ainda conhecido por “descodificação” (Vianna, 1996, 274), apresenta regulamentações cada vez mais particulares e cada vez mais variadas, de acordo com a mudança de conjuntura econômica social. O que se dá através de um Executivo cada vez mais preocupado com a satisfação de exigências do sistema e de maximização da *rationale econômica* (Vianna, 1996: 267). Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos aponta que:

Apesar da diversidade internacional neste domínio, é possível dizer, muito em geral, que o novo protagonismo dos tribunais está relacionado com o desmantelamento do Estado intervencionista, quer do Estado desenvolvimentista de muitos países da periferia e semiperiferia do sistema mundial, quer do Estado-providência, o Estado de bem-estar relativamente avançado, que tem vigorado em muitos países da Europa, caracterizado por políticas sociais muito fortes, o chamado Modelo Social Europeu (altos níveis de competitividade combinados com altos níveis de proteção social). (...) O protagonismo dos tribunais emerge desta mudança política por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. (2011: 13)

Sendo assim, outro fator de aumento dos tribunais, é o próprio descontentamento não só com um Estado incapaz de concretizar as promessas políticas constitucionais, mas igualmente à própria contrariedade com que o Poder Executivo e, posteriormente, o Poder Legislativo agem

em relação à vontade majoritária. O que se faz mais sentir sobre as prestações sociais, como, por exemplo, no caso do acesso a medicamentos (Cf. Santos, 2011: 15). Isto decorre, conforme visto, não só na busca pela primazia da concretização da estabilidade econômica, mas também com a associação entre o crescente número de casos de corrupção (Ibidem, 16-17) e o cumprimento dos interesses dos grupos econômicos responsáveis pelos financiamentos das campanhas eleitorais junto da opinião pública³³.

De modo que se antes, no Estado Liberal positivista, o Legislativo era o lugar de excelência da representação democrática, este lugar é cada vez mais questionado e vem sendo substituído pelo poder Judiciário. Neste sentido, aponta-se para uma verdadeira crise da democracia representativa e, conseqüente, crescente procura dos Tribunais como espaços de salvação social (Santos, 2011: 18-19), o que faz com que:

O Judiciário, quer como ator coletivo, quer por meio da ação heróica e compadecida do juiz individual, abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estados em seus partidos e no seu sistema de representação.” (Vianna, 1996: 275).

Assim sendo, face a um Legislativo regido mais pela barganha, incapaz de contemplar a pluralidade existente na sociedade e que, para se perpetuar no poder realiza coalizões com as elites, a opinião pública confere cada vez menos legitimidade democrática para com este poder e as instituições, a qual é transferida para o Judiciário (Bellamy e Parau, 2013: 258-260). Verifica-se, igualmente, uma verdadeira delegação do Poder Legislativo para o Poder Judiciário de matérias controversas de alto custo eleitoral e político (Vianna, 1996: 270). Neste sentido, os

³³ Uma interessante pesquisa, realizada pelo grupo “Repórter Brasil”, sobre a Bancada Empreiteira, demonstra como o financiamento de campanha eleitoral influencia o desenvolvimento de políticas públicas na cidade de São Paulo, no caso apresentado, nos ramos imobiliário e de construção civil. É apresentado um cruzamento de dados de financiamento da campanha eleitoral das eleições municipais de 2012, no qual se comprova que o ramo imobiliário e o setor de construção civil são os principais doadores para a campanha de políticos e partidos. Assim sendo, foram analisadas planilhas de doações feitas aos 55 vereadores e 6 suplentes eleitos, além dos diretórios e comitês de seus partidos, e foi apontado quanto cada um recebeu dessas empresas e quais destas mais doaram a cada um deles. A escolha de vereadores se justifica uma vez que são os responsáveis pela elaboração de projetos e leis para a cidade que só depois o Executivo colocará – ou não – em prática. Eles também são responsáveis por fiscalizar as ações do prefeito quanto à gestão da cidade e utilização das verbas públicas. Para acesso à pesquisa ver: <http://gentrificacao.reporterbrasil.org.br/a-bancada-empreiteira/> . Acesso em 21/02/2017. Outra pesquisa envolvendo a relação entre financiamento de campanha e a aprovação de projetos de lei também foi organizada pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), desta feita sobre o setor de mineração e a aprovação do novo Código de Mineração no Brasil. Ver: https://issuu.com/ibase/docs/quem_e_quem_na_mineracao4. Acesso em 21/02/2017.

políticos desejosos de se manterem no poder, se omitem propositalmente de casos de alta conflituosidade política no seio da sociedade, deixando espaço a ser preenchido pelo Judiciário, como é exemplo o caso do aborto de anencéfalos³⁴ e a união homoafetiva³⁵ - conforme será visto no Capítulo 3.

Neste cenário, abre-se o espaço necessário para uma nova forma de mobilização política pelos movimentos sociais no plano judicial, qual seja, a mobilização legal, como faz notar Lisa Vanhala:

Legal mobilizations can include many different types of strategies and tactics, such as raising rights consciousness among particular communities or the public, delivering public legal educations or specialized legal education, lobbying for law reform and changes in the levels of access to justice, providing summary legal advice and referral services, and undertaking strategic or test case litigation. (2010: 6)

O Judiciário, torna-se, portanto, um novo espaço para a atuação por parte de alguns movimentos sociais, os quais passam a enxergar neste, e no Direito, um potencial meio para efetivar instrumentos políticos de mudança social. Assim sendo, para além das lutas sociais nas ruas, através de greves, por exemplo, ou do uso do *advocacy* (uma espécie de *lobby* em favor de direitos), passa a planear-se e a concretizar-se toda uma estratégia judicial traçada por alguns dos movimentos sociais. Nesse sentido, costumam adentrar-se nos processos judiciais enquanto partes (ativa ou passiva) destes, ou como terceiro interessado, por assistência (art. 121-124 da Lei nº. 13.105/2015); por via do *amicus curiae* (art. 138 da Lei nº. 13.105/2015) ou, ainda, por meio da participação nas audiências públicas.

Especialmente sobre o controle de constitucionalidade, estes movimentos buscam, através de uma advocacia estratégica e de interesse público, ampliar a legitimidade da

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 - Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento 12/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ABORTO+ANENC%C9FALOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zmxob4c>. Acesso em 1/4/2017.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132 - Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres Brito. Julgamento 05/05/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 1/4/2017; e, BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277 - Distrito Federal. Relator Ministro Ayres Brito. Julgamento 5/5/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 1/4/2017.

participação civil no STF. Sendo assim, costumam atuar como *amicus curiae* ou através da participação ativa nas audiências públicas – mencionadas no item anterior no que diz respeito às peculiaridades do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Cumpre ainda mencionar que a transferência das mobilizações políticas do Legislativo para o Judiciário, acompanham, igualmente, a crença de que os advogados também estariam mais aptos à defesa dos interesses plurais da sociedade, uma vez que buscam a defesa de seus clientes em nome destes, diferentemente dos políticos eleitos que tendem a perseguir somente os seus interesses próprios e menos os daqueles que os elegeram (Bellamy e Parau, 2013: 260)³⁶.

O uso estratégico do controle de constitucionalidade pelo movimentos sociais acaba por intensificar a transferência da mobilização política do Poder Legislativo e Executivo, para o Poder Judiciário e, portanto, para o STF. Observa-se, deste modo, uma proximidade destas instituições sobre a tomada da decisão coletiva cujas críticas, que se atinham inicialmente ao poder legislativo - sobretudo em relação a representatividade e legitimidade democrática – passam, igualmente, a serem transferidas para o STF no controle de constitucionalidade.

O paradigma democrático na busca de legitimar as decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade estão, portanto, intimamente ligadas com o desenvolvimento das teorias democráticas. Estas teorias buscam, principalmente, desenvolver mecanismos de tomada de decisão coletiva que sejam mais compatíveis com a consecução da vontade geral e com a maior participação social da mesma. Tendo em vista tais fatores, o capítulo seguinte explora como o paradigma democrático se insere nos debates acerca da tomada de decisão coletiva.

3. O paradigma democrático no processo decisório no controle de constitucionalidade à luz das teorias da tomada de decisão coletiva

³⁶ Não se estenderá mais na análise do plano da advocacia vez que o presente trabalho propõe que está se realize sobre o Judiciário, mais especificadamente, sobre o STF no controle de constitucionalidade abstrato.

3.1 A democracia à luz da tomada de decisão coletiva: questões em torno da participação e resultado

No capítulo anterior viu-se que os debates acerca do controle de constitucionalidade giram em torno das nuances da divisão dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, sobretudo, da legitimação democrática de suas atividades com fulcro à realização da vontade geral ou majoritária. Esses debates destacam-se por sua finalidade, muitas vezes colocadas de forma implícita, em compatibilizar o funcionamento destas instituições com os ideais democráticos, tendo em vista a pluralidade de interesses que compõem a sociedade. Nota-se que seja para criticar negativamente, seja para fazer uma avaliação positiva do controle de constitucionalidade, os estudos sempre fornecem fundamentos baseados em ideais democráticos, muitas vezes pouco claros nos textos, mas que se percebe através da tentativa de conformar e/ou justificar a atividade institucional à consecução da vontade geral. Por outro lado, a filosofia política fornece construções interessantes sob este aspecto, quando analisam a atividade de tomada de decisão coletiva institucional sobre a qual se centrará o presente capítulo.

Democracia e constitucionalismo são termos comumente tratados pela doutrina sob o signo de uma relação de conflito permanente ou sob uma relação de complementariedade. A relação de complementariedade entre estes termos parte de uma visão do constitucionalismo como duplo garantidor da majoritariedade contida na Constituição. Sendo assim, funciona na garantia da vontade majoritária originária (do legislador constituinte), assim como, da maioria formada pela conjuntura política presente que igualmente pode vir a modificar a Constituição, para além da proteção dos grupos minoritários que poderiam vir a ser oprimidos a partir do texto constitucional.

A doutrina liberal da democracia coloca tais termos numa relação conflituosa, na qual se opõe, de um lado, o ideal de um processo político participativo e, de outro, o ideal do governo limitado no qual se inclui o princípio de não afetação da maioria sobre os interesses individuais protegidos. São, assim, componentes da Democracia Liberal a participação política concorrencial e o governo limitado, porém de forma não excludente. Por conseguinte, é necessário o Estado de Direito que venha a equilibrar os interesses próprios perseguidos pelos cidadãos de forma concorrencial, através de uma constituição

que leva adequadamente em consideração os interesses sociais e as orientações valorativas da sociedade (Habermas, 1995: 47). Esta vertente é adotada nos Estados Democráticos de Direito de muitos países da América Latina, caracterizados, neste sentido, por um sistema presidencialista (representativo) com forte controle judicial de constitucionalidade (Nino, 1997: 19-20).

A limitação do governo pelo ideal democrático é fundamento para algumas das teorias que defendem o controle de constitucionalidade, conforme visto no capítulo anterior. Sob um ponto de vista subjetivo, acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, este último é apreendido enquanto parâmetro através do qual se asseguraria uma estabilidade política, uma vez que se supõe capaz de assegurar o fim dos regimes autoritários. Nesse sentido, a democracia assim se coloca como parâmetro para as atividades judiciais em sede de controle de constitucionalidade que lhe justificará e conferirá legitimidade para tal.

Afastando, contudo, por um momento, as diferentes visões acerca da forma como as várias teorias da democracia concebem a legitimidade democrática desses tribunais, realizar-se-á inicialmente uma análise dos diversos modelos de decisão coletiva desenvolvidos sob este parâmetro democrático. Para a análise da proposta da tomada de decisão coletiva, contudo, considera-se importante, antes de adentrar propriamente nesta perspectiva, expor brevemente como as teorias da democracia e o controle de constitucionalidade guardam consigo uma problemática de fundo acerca da produção da verdade e do conhecimento moral que podem vir a influenciar a própria noção de majoritariedade.

Em relação a este primeiro ponto, indaga-se o que faz com que as decisões tomadas no legislativo e no judiciário sejam justificados por meio de um conceito normativo de democracia? Ou, ainda, sob quais fins e valores se orientam, ou deveriam se orientar, os procedimentos das instituições³⁷ mencionadas para serem consideradas democraticamente legitimadas. Tais questionamentos levam a problemáticas que giram em torno, justamente, do conflito ou complementariedade da democracia e o constitucionalismo, e, assim, com o próprio controle de constitucionalidade. Além disso, revela como a democracia se encontra

³⁷ Para fins da análise proposta neste trabalho nos ateremos ao Poder Legislativo e Judiciário, uma vez que correspondem à própria situação descrita a seguir, entre a adoção da regra majoritária e a instauração do controle de constitucionalidade como figura não-majoritária, contraposta à primeira, formada por um corpo de juízes não eleitos.

essencialmente conectada com a noção do “dever-ser”, ou seja, com sua dimensão normativa, e com as teorias morais que orientam e fundamentam as instituições estatais sob uma determinada visão democrática (Nino, 1997: 22-24). A democracia é aqui empreendida no sentido de tomada de decisão coletiva.

Os Estados Democráticos de Direito, de uma forma geral, possuem uma ampla implementação da regra majoritária no sistema de votação dos representantes políticos o qual se pressupõe mais equitativo e sem privilégios. Porém, ao mesmo tempo, os mesmos estados admitem instituições não eleitas, como o caso da Corte Constitucional sobre a qual é atribuída, aprioristicamente, a defesa de direitos minoritários (individuais) fixados na Constituição. Assim sendo, apesar de se atribuir aos juízes um caráter não democrático, segundo esta regra majoritária, eles são fonte de proteção dos direitos individuais, o que caracteriza o chamado dilema contra-majoritário do controle de constitucionalidade.

Este dilema, por sua vez, reflete justamente a dinâmica conflituosa supramencionada que se desenvolve entre as concepções de constituição ideal³⁸, a constituição histórica³⁹ e a interpretação atual da constituição nos casos concretos. Estas emergem não somente nos debates políticos, mas também nas demandas que venham a ser interpostas a estes tribunais, assim como os seus impactos face ao princípio majoritário e à proteção de direitos individuais. Conseqüentemente, de acordo com Carlos Santiago Nino, há duas dialéticas entre os valores constitucionais e do processo democrático decorrentes deste contexto:

En prime lugar, hay una dialéctica entre es aspecto ideal de la constitución que refleja la dimensión constitucional de la democracia y la dimensión de los derechos, y la constitución real, que refleja la dimensión

³⁸ A constituição ideal é aqui apreendida no sentido de princípios morais cruciais (autonomia da pessoa, inviolabilidade da pessoa, dignidade da pessoa, outros direitos humanos e direitos que regem o processo democrático) que contém a proteção de direito e o estabelecimento da democracia (Cf. Nino, 1997: 70-100).

³⁹ A constituição histórica ou real aqui mencionada refere-se ao reconhecimento moral de um conjunto de direitos que devem ter especial proteção, tendo em vista circunstâncias históricas e sociais, mesmo face à vontade majoritária. A constituição histórica é, assim, adotada aqui no sentido de descrição da prática social atual ou prescrição da prática social futura. Nesse sentido: “La constitución histórica, que es relevante para el razonamiento practico, no es un mero texto o documento, sino que está constituida por la regularidad de las conductas, actitudes y expectativas de sucesivas legislatura, funcionarios de gobierno y generaciones de ciudadanos generadas a partir de la sanción de aquel texto. Así, la tarea de transformar el texto en proposiciones justificatorias es asistida por las opciones tomadas por este trabajo colectivo, y las indeterminaciones son mucho más restringidas que si cada uno de nosotros tuviera que confrontar aisladamente el texto desnudo.” (Nino, 1997: 55).

histórica del constitucionalismo. (...) En segundo lugar, examinaré la dialéctica entre la constitución de los derechos y la constitución de la democracia. (1997: 26-27)

Embora estas dialéticas já tenham sido debatidas no capítulo 1, sob uma inspiração liberal, acerca da compatibilização do respeito pelos direitos individuais e dos direitos e valores coletivos e majoritários, novas questões são aduzidas por este autor. De forma mais específica, interessa para os fins do presente capítulo, como estas preferências pessoais, assim como estes direitos de dimensão mais individual e minoritários, se relacionam para com a formação das vontade majoritária tendo em vista os espaços de formação da ação coletiva e de seus resultados.

Nesse sentido, Jürgen Habermas (1995: 42-45), ao justificar sua visão acerca da formação da vontade no processo político, expõe que a democracia discursiva por ele defendida se afasta do discurso liberal e republicano, apesar de englobar parcialmente alguns elementos contidos em cada uma destas teorias. Assim sendo, de acordo com este autor, o processo de formação da opinião e vontade política na esfera pública, do ponto de vista liberal, é determinada pela concorrência entres atores coletivos, cujas decisões são orientadas nos mesmos termos dos participantes de um mercado. Ou seja, o ponto de vista liberal apresenta uma visão sobre o processo político pela qual a concorrência e a barganha determinam os interesses que serão protegidos e garantidos na tomada de decisão coletiva constituída pela soma de interesses exclusivamente individuais. Na concepção republicana, em contrapartida, o espaço público não obedece às estruturas do processo de mercado, mas à estruturas de comunicação pública orientada para o entendimento, ou seja, pelo diálogo racional orientada não sobre preferências pessoais, mas sob valores comuns considerados justos pela sociedade, sobre o bem comum e o interesse público. Já na perspectiva discursiva/deliberativa defendida por Jürgen Habermas:

O conceito de política deliberativa somente exige uma referência empírica quando levamos em conta a pluralidade de formas de comunicação as quais uma vontade comum pode se formar, não somente pela via de uma autocompreensão ética mas também mediante o equilíbrio de interesses e compromissos, mediante a escolha racional de meios com respeito a um fim, mediante justificações morais e exames de coerência jurídicos. (...) Portanto, tudo gira em torno das condições de comunicação e dos procedimentos que outorgam à formação

institucionalizada da opinião e da vontade políticas sua força legitimadora. (1995: 45)

Assim sendo, este autor não considera que os fins coletivos sejam exclusivamente um arranjo, ou uma cooperação, dos interesses privados conflitantes – conforme defendido pelos liberais, mas também não recai no idealismo excessivo dos republicanos que tornam o processo democrático dependente das virtudes dos cidadãos. Defende, assim, que o consenso é possível e deve ser alcançado através de um discurso dialógico racional com respeito pelos valores básicos consensuais de uma cultura. Assim sendo, sua legitimidade⁴⁰ é aferida através da garantia de um procedimento deliberativo que esteja conforme os princípios morais que pretendem ter validade geral, para além de uma comunidade jurídica concreta (Ibidem). Sendo assim, a tomada de decisão coletiva sob o ângulo procedimentalista da democracia não pode ignorar que sempre haverá um grau de aferição das preferências pessoais.

Como foi possível observar, as teorias sobre a democracia possuem diferentes visões acerca da inalterabilidade dos interesses individualizados e das suas posições dentro do espaço público. Sob este aspecto, a democracia não interfere no domínio da moral constituído pelos direitos liberais, apresentando assim uma concepção de democracia segundo a qual os interesses das pessoas são inalteráveis (Nino, 1997: 104-132). Este é o motivo pelo qual se defende ser impossível o consenso e de entenderem a formação da vontade política como determinada pela soma e concorrência das posições pessoais individualizadas. Já outras teorias, denominadas antiliberais, defendem a capacidade de transformação das preferências e das inclinações das pessoas (Ibidem: 132-143). As primeiras são comumente identificadas com a democracia representativa, e as segundas com democracia populista, social ou participativa⁴¹. Havendo ainda uma concepção mista, conhecida por democracia deliberativa, através da qual se defende um diálogo institucional decorrente da própria aplicação do princípio da separação dos poderes e dos efeitos decorrente da representação política (Ibidem: 143-148).

⁴⁰ Sobre este assunto ver também: Silveira, Alessandra. “Da argumentação democrática”, In: *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia: 1085–1101. (Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 90).

⁴¹ Cumpre observar que estes são termos utilizados por Carlos Santiago Nino em *La constitución de la democracia deliberativa*. (Barcelona: Gedisa Ed, 1997).

Verifica-se, assim, que estas diferentes concepções, acerca da formação da vontade na esfera pública, aferidas das decisões coletivas e decorrentes do processo democrático, se refletem também no conhecimento moral e na verdade coletiva. A sua formação, entretanto, é apreendida de forma diversa em cada uma das teorias supracitadas, principalmente tendo em vista as preferências pessoais e crenças morais causais (Ibidem: 160-161). Sob este ponto de vista, a democracia representativa compreende que a verdade moral é válida se aceitável por todos(as) que estejam em igualdade de condições, ou seja, de imparcialidade, racionalidade e conhecimento de direitos relevantes. Por conseguinte, a verdade moral é resultado de uma reflexão individual. Por sua vez, a teoria da democracia populista, social ou participativa entende que a verdade moral é constituída pela satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva direcionada para lograr cooperação e evitar conflitos. Para os defensores desta corrente democrática, a reflexão individual permite que se chegue a uma solução correta, porém, ela é menos confiável que a coletiva, já que esta última permite que se seja fiel à representação dos interesses dos outros e de sua construção imparcial. Por fim, a democracia deliberativa afirma que a verdade moral se constitui pelo consenso enquanto resultado da prática real da discussão moral, levada a cabo em obediência a algumas restrições processuais de cunho moral compartilhados por todos os que definem as regras que se colocarão sob o modo pelo qual os argumentos serão expressos. Para esta teoria, o método de discussão e decisão coletiva é a única forma de aceder à verdade moral, e somente o consenso real formado a partir de um amplo debate com poucas exclusões, manipulações e desigualdade é confiável para o acesso aos mandamentos morais (Habermas, 1995).

Já para Carlos Santiago Nino (2003: 174-175), tais posições da teoria democrática apontam para uma justificação do princípio majoritário, na medida em que consideram faticamente o uso de regras de referência como produto das faculdades que todos têm (pressuposto de igualdade). Por outras palavras, o autor fundamenta a regra majoritária na crença de que ela tem maiores probabilidades de conduzir a um resultado correto, epistemologicamente falando, uma vez que há poucas hipóteses de uma maioria estar errada. O autor faz a ressalva de que isto não significa que a regra majoritária comporta uma sabedoria superior, mas que a sua aplicação tem maior probabilidade de gerar uma decisão correta.

Acrescenta ainda, o mesmo autor, que a dinâmica do conhecimento é universalista e, dessa maneira, tende a ser desenvolvida na direção de um pensamento majoritário, a partir de um pensamento inicialmente minoritário e não no sentido inverso. Sob esta perspectiva, a discussão coletiva é compreendida como forma confiável de aceder ao conhecimento moral da verdade. Por conseguinte, o que importa não é o resultado do discurso real, mas seus pressupostos, ou seja, a validade dos juízes morais das regras de argumentação. Assim sendo, o mais relevante é verificar-se o discurso prático tendo em vista as normas consideradas hipoteticamente como garantidoras do agir comunicativo democrático, ou seja, as regras de argumentação para o discurso prático, como legitimante dos juízos morais que resultarão dele. Noutros termos, importa, para aferição da validade dos juízos morais, a dimensão participativa no processo de tomada de decisão e, assim, se neste foram observadas as normas garantidoras do agir comunicativo democrático (Nino, 1997: 158-159; Habermas, 1989: 143-169).

Sob este ângulo, o voto majoritário parece ser a melhor regra procedimental, porque aparenta considerar com igualdade de peso todos os interesses-resultados, de modo que todos podem dispor sobre suas preferências pessoais. A regra majoritária é, assim, comumente associada à satisfação majoritária uma vez que fundada na igual oportunidade de participação e, deste modo, regra compatível com o valor de justiça. Este é um dos principais argumentos, considerado o mais convincente, para a ampla aceitação social da regra majoritária.

Entretanto, Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe em *On frustration of the majority by fulfilment of the majority's will* (1976), revela que dentro de uma multitude de decisões, o princípio majoritário cujo resultado visa a maioria ter o que quer, permite que a maioria tenha o que ela não quer na maior parte dos casos. Há, portanto, um paradoxo entre o resultado majoritário e a satisfação majoritária. Segundo a autora, o argumento de que o melhor e o mais justo resultado é aquele fixado majoritariamente não se sustenta como melhor resultado em todos os casos (1976: 162-164). De forma sintética, pode dizer-se que embora a decisão majoritária soe como regra segundo a qual um grupo razoável, igual e autônomo determina o que é melhor, nem sempre isto ocorre e, na maioria dos casos, a maioria vê-se insatisfeita com o resultado. Por exemplo, num grupo de 5 eleitores (E1-E5) a votarem acerca de 3 propostas (A, B, C), o resultado majoritário gerado trará uma satisfação minoritária na maior parte dos casos. Dessa forma:

Quadro 1

Eleitores/Propostas	A	B	C
E1	Sim	Sim	Não
E2	Não	Não	Não
E3	Não	Sim	Sim
E4	Sim	Não	Sim
E5	Sim	Não	Sim
Resultados:	Sim	Não	Sim

Quadro 2

Satisfação com o Resultado				Satisfação na Maior Parte dos Casos
1	Sim	Não	Não	Não
2	Não	Sim	Não	Não
3	Não	Não	Sim	Não
4	Sim	Sim	Sim	Sim
5	Sim	Sim	Sim	Sim
				Resultado (3x2) = Não

No quadro 1, observa-se que as propostas A e C foram majoritariamente aceitas e que a proposta B foi majoritariamente rejeitada. Segundo a argumentação de Carlos Santiago Nino acima exposta, deveríamos concluir que as proposta A e C correspondem à maioria dos interesses individuais ao passo que a proposta B não. Contudo, ao cruzarmos os resultados majoritários (resultados de cada proposição votada) com a satisfação individual dos eleitores (E1-E5), ou seja, se o resultado da votação a ser fixada corresponde ao apoio do eleitor individual à proposição (A, B ou C), vemos que na maior parte dos casos (3-2) há insatisfação com os resultados.

Tendo estes dados em consideração, a Gertrude Anscombe vem defender que, das várias decisões possíveis, é o método que nos leva a este resultado. Logo, o que importa é determinar qual é o melhor caminho, ou, em outras palavras, o método de julgamento majoritário (Anscombe, 1976: 166-167). Para tanto, a autora demonstra que existem várias maiorias e não apenas uma, motivo pelo qual se devem diferenciar as relações destas com o resultado e com a sua fixação (Ibidem: 165). Anscombe procura demonstrar, portanto, que o mais importante numa votação se concentra na participação e não no resultado em si, cuja devida diferenciação se deve atentar.

Regressando às teorias da democracia citadas anteriormente, a distinção entre participação e resultado majoritário, diferenciada por Anscombe, merece a devida consideração, uma vez que divergências são mais nítidas entre os defensores da democracia representativa e da democracia deliberativa. Verifica-se, nesse sentido, que apesar de ambos tratarem a participação como reflexo do resultado, os pressupostos divergem. Na democracia representativa a atenção está na defesa da regra majoritária através da participação igualitária na eleição dos candidatos que melhor representem os interesses individuais do eleitor tomado individualmente, ao passo que na democracia deliberativa a atenção não se concentra tanto no voto em si, mas no diálogo em sociedade para alcance do resultado e das normas que garantam a sua democraticidade.

Ao aprofundar-se no método de tomada de decisão, verifica-se que as decisões são tanto direcionadas a uma intenção, como ao resultado alcançado a partir de uma deliberação ou pelo voto, o qual pode ser a favor ou contra uma ação a partir de uma competição e de uma escolha de razões. Por outro lado, nem sempre a decisão é alcançada baseada em razões, podendo ser usada para aplicar uma intenção formada sem deliberação, quando (usualmente) o agente está consciente dos conflitos deles retirados. Logo, nem toda intenção para uma ação é resultado de uma decisão. Para a análise aqui proposta, interessa, contudo, as decisões baseadas em intenções, as quais são compatíveis com aquelas tomadas em assembléias legislativas e tribunais constitucionais.

Analisando a tomada de decisão sob a esfera normativa, ela significa pôr um fim à uma deliberação, em recusa à procura de mais informações e argumentos, e em declinar a escutá-los quando eles desabrocham na mente de alguém e/ou quando são sugeridos por outras pessoas. A tomada de decisão possui, assim, dois limites, um de ordem estrutural e

outro de ordem prática, ou seja, a determinação do que se deve fazer e um limite temporal da deliberação, respectivamente (Raz, 1975: 488-490). O próprio limite temporal pode levar a decisões prematuras, possuindo assim as tomadas de decisão um limite próprio de conhecimento que, por esta razão, devem conter possibilidade de reabertura para novas discussões. Por vezes, é necessário terminar uma deliberação e uma indecisão mesmo antes do tempo da ação. Estes fatos, levam à conclusão de que a decisão é formada por razões exclusivas (Ibidem: 492), ou seja, dentre aquelas escolhidas de um conjunto de razões apresentadas ou pensadas. Nesse sentido, decidir o que fazer é regrar (*to rule out*) as intenções ou preferências ou, no mínimo, limitá-las (Ibidem: 491).

Assim como na promessa feita, quando há razões suficientes para tanto, mas que, uma vez realizada é razão para a ação mesmo que não devesse ter sido feita - a decisão também é formada pela escolha da razão que guiará determinada ação em desconsideração das demais, mesmo que posteriormente se revele inapropriada. Verifica-se, assim, que decisão é desenvolvida a partir de uma intencionalidade para ação que se baseia e se justifica (até mesmo normativamente) por razões. Tal não significa contudo que as decisões são regras, mas que estas, por vezes, são decisões tomadas de forma antecipada às ações que se tencionam levar a cabo ou não. Motivo pelo qual se confere às decisões uma dimensão normativa. Ainda sobre este aspecto normativo, deve considerar-se que as decisões podem também ser alcançadas mesmo que os membros deliberativos não estejam convencidos das suas razões⁴². Assim sendo, uma pessoa pode escolher fazer A, mesmo não acreditando ou estando convencido de A, por não ver importância em decidir ou por não saber como decidir (Raz, 1975: 492-493). A dimensão normativa da decisão não deve ser confundida, no entanto, com uma possível dimensão imperativa. A norma não é necessariamente uma lei ou comando, ela pode ser um ideal sem qualquer característica de obrigação. De modo que o normativo pode ser imperativo e apreciativo e, ainda, um aviso ou estímulo (regras morais mais propriamente ditas) (Urfalino, 2000: 8). Em conclusão, pela teoria normativa acima apontada, as decisões compreendem uma escolha racional e servem de guia para o comando de ação, ou seja, como se deve agir, dados os desejos e crenças.

⁴² No item seguinte se verificará como o silêncio repercute nas tomadas de decisão, sobretudo no consentimento aparente.

Apesar dessas considerações acerca da decisão se basearem na tese de Joseph Raz, *Reasons for Action, Decisions and Norms* (1975), observa-se que a sua análise parte de uma visão individualista da tomada de decisão. Divergindo da visão deste autor, e volcando-se na tomada de decisão coletiva, verifica-se que esta não pode ser apreendida apenas como a soma de decisões individuais, possuindo características que lhe são próprias. Sendo assim, apesar das decisões coletivas e individuais comungarem na sua matriz normativa anteriormente exposta, cumpre verificar as peculiaridades das decisões coletivas que as diferenciam das decisões individuais.

A partir desta estrutura normativa, a decisão individual é caracterizada como a escolha de uma ação que melhor sirva aos desejos e crenças (individuais) que devem concordar numa relação meio-fim. Essas crenças individuais são igualmente formadas racionalmente por meio das informações disponíveis. Dessa maneira, as crenças racionais estão ao serviço da escolha do meio-ótimo, ou seja, da escolha da ação que melhor lhes sirva (Elster, 2010: 12), constituindo, assim, uma premissa na decisão individual. Em suma, a decisão individual é a escolha de uma ação guiada pela satisfação de suas preferências e desejos, os quais são, sob este aspecto individual, fins pré-dados. Conforme visto pela teoria de Joseph Raz, essa escolha da ação é caracterizada pelo autor como a escolha das razões exclusivas dentre outras razões, as quais podem ser interpretadas como os meio-ótimos, isto é, a escolha racional da ação que melhor satisfaça os desejos e crenças individuais.

Tendo isto em vista, a primeira diferença apontada entre as decisões coletivas e as individuais refere-se às crenças racionais. Enquanto que nas decisões individuais, estas são apreendidas subjetivamente, nas coletivas, elas compreendem igualmente uma decisão coletiva. Sendo assim, as decisões coletivas, comportam duas decisões a serem aferidas coletivamente, a própria decisão final, assim como, em relação às crenças a serem perseguidas por aquelas. Jon Elster (2010: 12-13), que propõe tal exame, defende que enquanto as decisões individuais sustentam meios que são otimizados a seu serviço, as decisões coletivas sustentam adicionalmente a estes os fins a serem adotados. Sob este aspecto, a formação da crença coletiva constitui uma decisão (coletiva) a mais e pode, assim, também fornecer uma premissa para a decisão (Elster, 2010: 13). A decisão coletiva, portanto, é formada por preferências fundamentais (fins) e crenças causais, ambas

decisões, as quais comportam uma relação de meio-fim com as preferências derivadas (meios), ou seja, os meios-ótimos para a ação a ser adotada.

Este pensamento de Elster traz novas impressões à regra majoritária, a qual é analisada pelo autor através da regra de agregação. Nesta ordem de idéias, o autor demonstra que se os membros de um grupo possuírem preferências derivadas idênticas (meios otimizados para os fins almejados), preferências fundamentais (os fins objetivados) e crenças causais idênticas, o grupo acaba por agir como um só indivíduo de modo a fazer desaparecer as diferenças com a decisão individual (2010: 14). Por outro lado, quando há divergências entre as preferências derivadas (meios) e as crenças causais, uma regra majoritária ou mesmo de unanimidade para decisão, pode mascarar desacordos profundos. Isto porque eles podem entrar num acordo com o resultado que contém as diferenças que se anulam, uma vez que premissas majoritárias não necessariamente levam a conclusões majoritárias (Ibidem: 15-17), conforme visto no paradoxo de Anscombe.

Tal ocorre face à possibilidade de se falsearem as razões últimas para se chegar a um resultado, através da formação de uma coalização para se alcançar a majoritariedade. A escolha é vista, assim, como um jogo estratégico pelo qual a dissimulação por um membro do grupo pode desencadear a de outros membros e, conseqüentemente, do próprio resultado (Ibidem: 17-18). Para além disso, demonstra o autor como tais estratégias são realizadas tendo em vista de previsões hipotéticas acerca do resultado esperado, correndo-se o risco de transformarem o resultado majoritário num produto de oportunismo (Ibidem: 20).

A regra majoritária, entretanto, não é a única forma de tomada de decisão coletiva. Ao analisar-se a decisão coletiva sob a dinâmica de coordenação (Habermas, 1989: 165) e cooperação entre as preferências pessoais e a ação coletiva, verifica-se que definir a decisão coletiva através da regra majoritária de agregação significa uma restrição conceitual incapaz de compreender o termo em sua totalidade. Da mesma forma, Philippe Urfalino (2012: 1-2) critica a visão fornecida pela teoria política de consideração da técnica de agregação de preferência associada ao voto como procedimento único de decisão coletiva. No mesmo sentido, como se viu anteriormente, Gertrude Anscombe aponta as diferenças de aferição da regra majoritária em relação à decisão individual e coletiva.

Segundo essa autora, a agregação considera a pluralidade de indivíduos como uma coleção e sua participação para a tomada de decisão coletiva sob uma perspectiva altamente individualizada, ou seja, a busca do que é melhor para si (Anscombe, 1976: 163-164). Este tipo de análise não considera que a participação individual não se dá somente na defesa de suas próprias preferências e interesses, mas também em como estes indivíduos enxergam os demais entes do coletivo e como querem interferir, ou não, nas preferências destes (Ibidem: 165). Tais análises desconsideram que a participação individual não envolve somente a concorrência de interesses pessoais, mas também o que é mais benéfico para o coletivo (Urfalino, 2012: 26-27). Em síntese, consideram somente uma posição do indivíduo face à decisão coletiva, qual seja, da defesa do interesse individual, mas não toma em consideração a dinâmica relacional, como os entes interagem uns com os outros nas suas preferências e nas modificações das mesmas uns nos outros.

Para ilustrar o que aqui se está a defender, Anscombe traz dois exemplos ilustrativos. No primeiro exemplo, observa-se uma decisão sobre o destino de uma viagem coletiva num único carro, na qual cada pessoa expõe e defende o que quer fazer. Já no segundo exemplo, regista-se uma decisão coletiva dentro de um Parlamento, cuja finalidade não é suposta para a satisfação dos desejos pessoais da maioria dos membros, os seja, dos deputados. No caso da viagem, a escolha coletiva possui o único objetivo de satisfazer os indivíduos – a decisão coletiva é distributiva – “*fair decision*”. No caso do Parlamento, não se observa o mesmo efeito necessariamente distributivo, e caso o mesmo ocorra, este não constitui a questão principal da decisão. Em suma, no primeiro exemplo os membros que tomarão a decisão são considerados como uma coleção de indivíduos e no outro exemplo como um agente coletivo (Urfalino, 2012: 7- 8).

No que atine ao Parlamento, se poderia argumentar que este, no exercício de suas atribuições e enquanto agente coletivo, adota medidas que se aproximam do modelo de decisão por negociação. Porém, mesmo podendo a negociação guiar as formas de se votar dentro de um Parlamento, as promessas e ameaças, características da negociação, têm impacto no resultado final diverso quando ocorrem neste corpo deliberativo. Lembre-se ainda que qualquer atividade negocial dentro do Parlamento pode ser caracterizada como corrupção, na medida em que a atividade principal que identifica este corpo deliberativo não é um acordo de concessões e promessas (ao menos, não deveria o ser), mas a tomada

de decisão a ser apreendida coletivamente através de uma regra de julgamento (Urfalino, 2012: 21-22).

Esta análise da decisão coletiva que se realiza do ponto de vista da dinâmica relacional entre os membros que decidirão, como eles são caracterizados quando se comportam dentro de uma coletividade, e ainda do tipo de ação que estes finalizam, identifica comparativamente três formas de decisão: a negociação, a igual distribuição de bens e a decisão coletiva propriamente dita. Em síntese, estes três tipos de decisão, negociação, igual distribuição de bens e a decisão coletiva propriamente dita, diferenciam-se em 3 pontos: na preocupação com o resultado principal, no procedimento adotado (o qual mantém uma relação a o resultado finalizado) e, por último, nos os agentes atuantes. Philippe Urfalino (2012: 20), quem propõe tal classificação, expõe que, na negociação, a preocupação principal encontra-se em alcançar um acordo, através de um procedimento que, contudo, não estabelece regras pré-definidas e cujos agentes se caracterizam por uma pluralidade de indivíduos. Já a distribuição igual de bens também é caracterizada por agentes que compõem uma pluralidade de indivíduos, porém, diferentemente da negociação, a sua preocupação principal para com o resultado dá-se pela divisão igualitária de bens, motivo pelo qual, a regra principal de procedimento é a proporcionalidade. Por fim, a decisão coletiva possui como principal preocupação determinar a linha de ação (coletiva) a realizar por meio de um procedimento que contém regras de julgamento e cujos agentes atuam tanto como uma pluralidade de indivíduos, como um agente coletivo.

Assim sendo, a decisão coletiva distancia-se da noção conferida por Jon Elster ao atribuir-se a ela os mesmos aspectos da agregação. A decisão vista através de uma ângulo negocial é uma combinação de 3 atividades: convencer, negociar e votar. A negociação é então o paradigma que mais se aproxima ao modelo de decisão por agregação citado por Jon Elster. De certo modo, a decisão coletiva se aproxima deste modelo, uma vez que também compreende ações mutuamente consentidas para obtenção de uma certa obrigação a cumprir⁴³. Contudo, os membros que tomarão uma decisão agem de forma diferente no modelo negocial e na decisão coletiva propriamente dita. Enquanto que neste último, os agentes protagonistas da decisão coletiva formam um coletivo, naquele estes são tratados

⁴³ Contudo, cumpre atentar que apesar dessa característica comum, o acordo da negociação não possui as mesmas origens de consenso de que resulta uma deliberação. Não se mencionará neste momento todas as diferentes atinentes à negociação e à deliberação, já que tal se encontra descrito com maior profundidade no item seguinte.

como uma coleção de indivíduos. Portanto, enquanto que na negociação – e também na distribuição igualitária - os indivíduos interagem entre eles a um nível individual, nas decisões coletivas observa-se a formação de um novo indivíduo que resulta da pluralidade deles, à que Philippe Urfalino chama de agente coletivo (2012: 14). Por esta razão, a negociação é explicada como uma coleção que se subentende da soma dos indivíduos ao passo que na decisão coletiva os membros são indivisíveis na qual o todo, o agente coletivo, determina como se comportam as partes.

Apesar das divergências colocadas, existe um ponto em comum entre estas obras acerca da decisão coletiva: os seus meios e fins são uma decisão, considerada enquanto resultado de um corpo formado de uma pluralidade de autores na fixação de uma decisão que apresenta funções várias, entre elas a de determinar opção que irá ser adotada, integrar as contribuições individuais à decisão e o processo de consulta dos participantes. O resultado da decisão coletiva é, desse modo, a determinação da ação a ser apreendida e não um acordo (negociação) ou uma distribuição igualitária de satisfação de interesses (distribuição igualitária). A decisão, portanto, pode ser subdividida numa série de iniciativas, sequências e medidas diferentes, mas o seu conjunto compõe a ação que a entidade coletiva deve fazer para implementá-la. Além disso, esta ação não é direcionada essencialmente à repartição dos bens entre os participantes da decisão, como ocorre na distribuição igualitária, nem à lista de atividades que consentem ao realizar, como é o caso da negociação (Urfalino, 2012: 20).

Sobre este último ponto, admite-se que diferentemente da distribuição igualitária, a decisão coletiva não tem por vocação a partilha igual de bens. Nesse sentido, e como se verificará com maior grau de detalhe no próximo item, na decisão coletiva não há uma propriedade igual ou a distribuição igual com o resultado. A regra de equidade incide sobre a influência dos participantes, e não nas suas chances de obter a decisão que desejam. A relação igualitária defendida na decisão coletiva dá-se portanto para com o processo e não com o resultado desta. (Urfalino, 2012: 25).

Levando-se em consideração os fatores até ao momento expostos, considerar-se-á a decisão coletiva, para a análise que se segue, como a decisão efetuada por um grupo específico (constituído ou não para esta finalidade) sob diferentes denominações (assembléias, conselhos, comitês, comissões, dentre outros). Os membros dos grupos estão

co-presentes (presencial ou virtualmente) e participam em conjunto na discussão e na decisão. A decisão coletiva tem, deste modo, uma unidade de espaço e de tempo. O grupo tem tarefas e missões particulares e, notadamente, decisões a tomarem. Os membros de um grupo operam, por sua vez, nas condições de proximidade ou entendimento mútuo, interações múltiplas, multilaterais e globais (em sessões), ou bilaterais e parciais (fora das sessões e à parte). O grupo é dotado de um conjunto de regras, explícitas ou não, imperativas ou não, mais ou menos sujeitas a mudança, que organizam o seu funcionamento. Por meio destas regras, é possível combinar, de diversas maneiras, as preferências dos membros para obter-se uma decisão que seja reconhecida como tal. Por fim, uma característica facultativa, nem sempre presente, é a de esta se verificar num grupo cujo tamanho é variado (limitado contudo pela co-presença), que trabalha frequentemente para outro grupo maior, que pode estar junto de uma sociedade, no caso das assembleias políticas, ou num subconjunto territorial ou setorial da sociedade (Idem, 2000: 3-4).

Conclui-se, assim, que a identificação do exercício próprio de uma decisão coletiva deve atentar-se primordialmente a dois aspectos. O primeiro, de que a ação está voltada para um propósito público, o qual a diferencia das decisões de propósito individual, de modo a supor constantemente um respeito às regras, normas e manifestações de valor: a sinceridade de propostas, bom comportamento, respeito mútuo e das regras de decisão, valores conferidos ao sujeito pelos quais o grupo está sendo julgado e sobre o qual se toma a decisão (Idem, 2000: 9). O segundo aspecto diz respeito à interação do todo para com as partes, ou seja, da coletividade para com o indivíduo e vice-versa.

Em resumo, a decisão coletiva é um pressuposto das sociedades democráticas. Ela pressupõe procedimentos a serem tomados eficazmente para determinar a ação a ser apreendida dentro de uma coletividade. Desse modo, ela intenciona a inclusão e a produção de uma obrigação, ou seja, a resolução de um problema técnico em determinar uma forma de escolha entre várias possíveis, numa pluralidade de pontos de vista e, por último, de um problema normativo em como fazer com que esta escolha seja uma obrigação a ser respeitada. (Urfalino, 2014a: 7). A dificuldade do problema técnico envolve, assim, a capacidade de produzir sistematicamente um resultado (descoberto ou inventado) gerado a partir de uma dialética aceitação-rejeição, face, portanto, à constante possibilidade de desacordo.

Nestes termos, pode afirmar-se que o controle de constitucionalidade produz uma decisão coletiva, ou seja, direcionada para um propósito público e cujas questões de fundo permeiam a interação do indivíduo um com os outros e com o todo (a coletividade). Ela também intenciona uma obrigação, conforme apontado no parágrafo anterior. Por outro lado, a partir da doutrina jurídica constitucional destacada no capítulo anterior, observa-se que esta possui uma abordagem do controle de constitucionalidade que pouco aprofunda no próprio exame da tomada de decisão. Nesse sentido, as doutrinas concentram-se mais nos debates da filosofia da moral sobre a própria sociedade e sobre o parlamento, isto é, sobre a soberania popular e sobre a vontade geral na tomada de decisões individuais no contexto sociopolítico dos congressos nacionais. Assim sendo, o conflito entre constitucionalidade e democracia inicialmente colocado, e presente nos debates doutrinários, costumam colocar o constitucionalismo contra ou a favor de uma determinada visão acerca da democracia que defendem (Dworkin, 1995: 2) e sobre o papel do controle de constitucionalidade face aos desacordos existentes numa sociedade complexa.

Consequentemente, há uma lacuna existente no que atine à análise da tomada de decisão coletiva e no seu papel agregador, embora não somador, das diferentes identidades na sociedade e que faz dela geradora de obrigações cuja validade depende, justamente, de sua legitimidade democrática. Em síntese, esta lacuna se refere ao olhar cuidadoso acerca dos procedimentos e pressupostos democráticos para sua formação através da qual se debruçará este trabalho nos próximos itens em relação especificadamente ao controle de constitucionalidade. Acredita-se, assim, que tal análise possa contribuir para novas perspectivas acerca da legitimidade democrática do STF, enquanto parte do exame atento sobre a formação das vontades políticas e as relações de poder delas decorrentes.

3.2 Uma análise procedimentalista da decisão coletiva: uma oposição entre os modelos de votação majoritária e consensual

3.2.1 Decisão majoritária pelo voto

Apesar do modelo de votação pela regra majoritária, analisado no subcapítulo anterior, ser largamente difundida como meio democrático de tomada de decisão coletiva, é importante mencionar que este modelo somente foi adotado na Europa Ocidental Medieval por uma redescoberta, por parte das ordens monásticas e do clero, das técnicas de voto usados na Grécia Antiga⁴⁴ e na Roma⁴⁵, as quais foram, posteriormente, transmitidas às assembleias políticas provinciais. Este modelo de votação foi, ainda, difundido através colonização e mesmo após a descolonização e imposto, igualmente, sobre as vilas da África e da Ásia. O voto majoritário também está presente nos monastérios do Japão medieval e de forma mais geral nos monastérios budistas (Urfalino, 2007: 49). O Brasil não é exceção a este contexto e, tanto durante o seu processo de colonização como, posteriormente, com a descolonização, sofreu a ampla imposição deste modelo (Bonavides e Andrade, 2003), que apagou da memória colectiva quaisquer outros existentes e praticados na tomada de decisões nas tribos indígenas.

Verifica-se que a noção de democracia representativa está associada ao modelo de tomada de decisão pelo voto, o qual tem por resultado uma decisão majoritária. Deste modo, viu-se ainda que, para Carlos Santiago Nino se justifica a regra majoritária através de um argumento epistémico segundo o qual há menor probabilidade de uma maioria estar errada do que uma minoria. Além disso, defende o mesmo autor que a própria dinâmica do conhecimento e da verdade ocorre na direção de um pensamento minoritário para um pensamento majoritário. No entanto, ao se analisar detalhadamente a regra majoritária percebeu-se que existem várias maiorias a serem consideradas, apesar do termo ser poucas vezes questionado.

Nesta perspectiva, deve questionar-se como tal modelo se coloca nos diversos casos complexos e polêmicos existentes na sociedade, que tornam difícil a identificação de uma posição ou pensamento majoritário, ou mesmo sua afirmação com absoluta segurança.

⁴⁴ É costume as referências à democracia ateniense possuírem um carácter muito superficial enquanto modelo de democracia direta. Contudo, Bernard Manin, ao estudar os princípios do governo representativo e sua prática no governo ateniense, revela que esta, apesar de não conceder um espaço periférico ao sorteio, muito pelo contrário, este não é dado exclusivamente e era combinado com um princípio de rotatividade. Assim sendo, não há uma participação direta do povo ateniense na governação, mas há uma representação cuja seleção era dada essencialmente pela regra de sorteio. Excepcionalmente, os magistrados eram eleitos e, na comparação da regra de eleição com a de sorteio existentes, de fato, esta categoria revelava-se ser superior na sociedade ateniense. Razão pela qual, a eleição, de acordo com Aristóteles, está ligada à oligarquia e à aristocracia. (Cf. Manin, 2012: 19-61).

⁴⁵ Sobre o triunfo da eleição e sua aplicação em Roma, ver igualmente Manin, 2012: 65-74.

Logo, é possível afirmar que há um resultado majoritário após uma votação de 5 *versus* 4? Ou seria majoritário somente se a diferença entre as facções majoritárias e minoritárias fossem maiores que um, dois ou três votos? E de quanto deveria ser este valor? Além disso, como é que o resultado aritmético que define uma maioria considera as abstenções aos votos? E qual o impacto destas abstenções no resultado majoritário? Estas são questões que serão analisadas nesse item para se compreender melhor este modelo e seus limites.

De acordo com Adrian Vermule (2007b), um primeiro aspecto a ser considerado no que respeita à regra de votação, é a fixação do multiplicante, ou seja, o número de pessoas que participarão na votação, assim como do multiplicador, isto é, o número necessário para aprovação. Sendo que ao multiplicante pode ser aferido diferentes multiplicadores. Logo, se houver um grupo de 100 pessoas, cujo multiplicante seja de 50% +1, sendo seu um multiplicador de 50%+1, serão necessárias apenas 26 pessoas para aprovação de uma proposta. Já se o multiplicador for de uma maioria de dois terços, serão necessárias 34 pessoas para a aprovação, sob este mesmo grupo. O primeiro caso, cuida do que é classificado pelo autor como maioria simples, e no segundo de maioria simples qualificada. Deste modo, a maioria absoluta é a regra segundo a qual o multiplicante corresponde a todos os membros que podem votar numa determinada instituição. E a maioria simples é aquela cujo multiplicante são somente os presentes e votantes (Vermule, 2007b: 644). Portanto, a maior diferença entre a maioria simples e a maioria absoluta decorre da maneira pela qual cada uma impacta na aferição da agregação dos votos (Urfalino, 2014a: 6), especialmente em relação aos efeitos do tipo de contagem que se realiza dos votos em abstenção, ou seja, da sua contagem contar como voto afirmativo ou negativo ou pela não consideração do voto de acordo com a presença física ou não ao momento da votação.

O voto de abstenção, em sentido amplo (não resposta ou não presença), pode ser incumbido ao voto negativo sob diferentes circunstâncias, tais como: da não presença e não-resposta; ou quando da não resposta mas com presença; ou com alguma posição, mas sem presença. No exemplo acima colocado, verificou-se que é mais fácil obter-se determinada aprovação no primeiro caso (26 votos) do que no segundo (34 votos). Como na maioria absoluta a abstenção é contada como voto negativo e na maioria simples se ignoram as abstenções, neste último caso, o número de pessoas necessário para aprovação de determinada proposição acaba por ser menor do que na regra de maioria absoluta.

Portanto, enquanto que na maioria absoluta uma aprovação majoritária demanda um valor 50%+1 votos a favor e os votos nulos ou brancos são contados como negativos, na maioria simples, é necessário somente 50% +1 votos afirmativos mesmo que este número seja inferior ao total de votantes, uma vez que as abstenções presenciais e/ou votos nulos ou brancos⁴⁶ (ou seja, dos presentes mas sem resposta) não são contabilizados.

Desta maneira, para uma maioria simples seria necessário para aprovação de uma proposição um número mínimo de 26 aprovações, enquanto que, para uma maioria absoluta, o número mínimo necessário seria de 67, tendo em vista aquele mesmo quórum de 100 pessoas supra referido. Logo, é mais fácil obter a aprovação de determinada proposição pela regra de maioria simples do que de maioria absoluta. Se se considerar que as decisões vêm a alterar o *status quo*, pode-se afirmar que a regra de maioria absoluta favorece a manutenção deste *status*. E que a maioria simples, pelo contrário, promove assim uma maior liberdade. Além disso, como a regra de maioria absoluta demanda um quórum completo para votação, ela pode ser usada como mecanismo para derrubar uma proposição pela suspensão do julgamento que não se deseja ver aprovado ou encaminhado. Nesse sentido, a abstenção pode significar tanto um voto discordante, como um voto estratégico de manifestação sem participação (Vermule, 2007b: 646-647).

Pelo acima exposto, verifica-se que a abstenção é capaz de gerar uma assimetria participativa, ou seja, entre o número necessário para aprovação a ser considerado como maioria. Apesar das várias causas possíveis para a abstenção, como: uso estratégico pelo minoria, fatores aleatórios como campanhas políticas, negócios pessoais em algum estados, problemas de viagem, doença ou conflito de interesse, a verdade é que a abstenção é muitas vezes usada de forma oportunista por um grupo minoritário (Ibidem: 648-649). Além disso, a participação assimétrica pode crescer porque a maioria tenta maximizar seu poder de controle mais que a minoria. A estratégia de focar na posição minoritária pode ela mesma forçar a maioria a manter um baixo nível de abstenção. Importante atentar, contudo, que esta análise leva em consideração minorias que tem poder de controle, minorias opressoras e elites, assim como a alteração legal como não benéfica para o interesse público. Contudo, do ponto de vista das minorias oprimidas, a regra da maioria

⁴⁶ Para esta análise não se diferencia os votos nulos dos brancos, sendo considerados ambos enquanto votos de abstenção, ou seja, dos presentes que optaram por não votar. O que é diferente, portanto, dos votos não considerados, ademais, por pessoas que não compareceram à votação.

absoluta pode parecer prejudicial quando se deseja a alteração legal, já que, entre outras coisas, poderão ter de mobilizar mais pessoas para votação.

Na regra de maioria absoluta, onde a abstenção é contada como voto negativo há, portanto, um custo maior de aprovação, facto que torna mais dificultosa a alteração do *status quo*. Além disso, atenta-se que as legislações costumam fixar a regra de maioria absoluta a matérias que atribuem alto valor para as quais pretendem, precisamente, criar dificuldades para a sua alteração. Este é o caso, por exemplo, da emenda constitucional no Brasil, a qual, para ser aprovada, demanda uma maioria qualificada, que, de acordo com a legislação brasileira, corresponde a 3/5 dos votos possíveis (60%), enquanto que na maioria absoluta, conforme exposto, é somente necessário 50% + 1 dos votos possíveis. Cumpre atentar, ainda, que, no Brasil, a maioria simples ou relativa se refere a 2/3 ou 3/5 dos votos presentes, dependendo da previsão legal. Esta regra brasileira, contém o mesmo multiplicante da maioria absoluta, a qual se compõe dos votos possíveis e não somente dos presenciais como considerado pela regra da maioria simples. Além disso, é necessário ainda que esta regra majoritária seja aferida em 2 turnos de votação. O que significa que, no Brasil, para alteração da Constituição por meio de emenda constitucional, é necessário a aprovação por 308 deputados e 49 senadores, de um total de 513 deputados e 81 Senadores que compõem, respectivamente, cada casa legislativa. Número este muito superior se comparado com a regra de maioria absoluta que demandaria a aprovação por 257 deputados e 41 senadores.

Se se levar em conta as minorias que não querem ver aprovada determinada demanda, como observado acima, a regra de maioria absoluta gera a necessidade das minorias concentrarem as suas forças na abstenção. Uma vez que a maioria não pode suceder na regra de maioria absoluta se a participação cair, não importando qual o resultado super-majoritário dos presentes (Vermule, 2007b: 649). Por exemplo, no exemplo inicial acima fornecido, se no grupo de 100 votos possíveis, somente comparecerem à votação ou votarem 50 pessoas, enquanto que na regra da maioria simples seriam necessários 26 votos para alcançar uma maioria, pela regra da maioria absoluta, como os votos de abstenção são contados como negativos, o mesmo número de pessoas já teria perdido esta votação. Logo, a regra da maioria absoluta torna mais difícil de superar a obstrução minoritária que vise bloquear uma legislação.

Em termos gerais, a maioria absoluta possui custos e benefícios para assegurar uma política. Ela protege das táticas minoritárias de concentrar suas forças mas, ao mesmo tempo, possui um alto custo quando da decretação de uma lei ou na alteração, em si, do *status quo*. Assim sendo, no caso de uma lei injusta ou inadequada à realidade sociocultural; a regra majoritária dificulta o procedimento de alteração, por outro lado, protege quando da manutenção do *status quo*. A regra da maioria absoluta sempre tem o menor custo e é o mais efetivo meio de controlar o risco de resultado contra-majoritário, o qual é maior na regra de maioria simples (Vermule, 2007b: 650) e positivo quando da maioria opositora.

Assim sendo, mesmo que a abstenção seja distribuída proporcionalmente, isto é, mesmo que apresente uma baixa assimetria participativa, para preservação da razão majoritária e para o controle majoritário, a regra de maioria absoluta sempre aumenta os custos. O que acaba por aumentar a necessidade de formação de coalizões a favor de decretos, já que demanda uma mobilização majoritária maior para aprovação. A regra da maioria absoluta, portanto, incrementa a tendência para a formação de coalizões. Além disso, verifica-se que regra de maioria absoluta pode favorecer tanto as minorias quanto as majorias, precisamente porque ela age muito mais como uma força de manutenção do que pela defesa do voto majoritário em si, sendo mais nominalmente majoritária do que substantivamente majoritária. (Ibidem: 656).

Verifica-se, além disso, que o número de abstenções ou não-votos altera o próprio resultado majoritário. De acordo com Pierre Bourdieu (2008: 371-433), a abstenção pode ter diferentes valores, de modo a significar não somente uma pura negativa de resposta, mas uma falta de competência para eleição, uma forma de discordância e até mesmo uma estratégia político-eleitoral. Apesar de Pierre Bourdieu se estar a referir à opinião política pessoal de cada cidadão, ele atenta para o fato de que ignorar as não-respostas, seja sobre a opinião pessoal seja no espaço legislativo, como se costuma fazer nas eleições, pode criar resultados equivocados e fornecer dados incompletos sobre a posição majoritária, uma vez que somente levam em consideração para o cálculo do resultado majoritário, a população exclusivamente de respondentes. A desconsideração, assim, das abstenções acaba por gerar uma situação de desfragmentação dos blocos de opinião política, enfraquecendo-os e dificultando, portanto, a própria aprovação das suas demandas.

No que se refere ao controle de constitucionalidade no Brasil, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) prevê que para a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei é necessário o provimento de cada uma das respectivas ações com uma maioria qualificada (art. 101, RISTF), ou seja, 3/5 dos votos possíveis dos juízes presentes (art. 143 do RISTF). O julgamento dessas ações dá-se em Plenário, motivo pelo qual, este deve ter um quórum mínimo de 8 juízes (art. 143, parágrafo único do RISTF). Cumpre mencionar que os juízes não se podem abster de votar por livre vontade pessoal, mas somente em determinados casos previstos na lei, como de impedimento ou suspeição. Dessa maneira, a falta deste quórum mínimo, leva à suspensão do julgamento até que se atinja o quórum (art. 173, parágrafo único do RISTF). Cumpre mencionar, ainda, que do julgamento da ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade deve-se proclamar uma interpretação constitucional que, por sua vez, deve ser aprovada, por ao menos 6 juízes constitucionais. Porém, na hipótese dos votos divergirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á, numa outra sessão designada pelo Presidente, a uma segunda votação restrita à escolha da melhor interpretação com um quórum reduzido de no mínimo 6 juízes de as duas anteriormente votadas.

Sendo assim, tendo em vista a legislação sobre o controle de constitucionalidade, a abstenção na regra majoritária tem efeitos diferentes do acima mencionado sobre as instituições legislativas no que atine à votação pelos juízes. A abstenção, neste caso, só poderia ocorrer caso não se formasse o quórum de juízes necessário para a instalação da sessão de julgamento. Sendo assim, ela não funciona como meio estratégico para aprovação de uma ação judicial, mas somente, como meio de postergar o julgamento para data futura. De modo que não compete falar em coalizão neste contexto. Além disso, a regra majoritária é realizada num espaço menor cujo quórum mínimo é de somente 8 juízes, refletindo-se, assim, dentro de grupo de *experts* (juízes constitucionais). Por conseguinte, para procedência de uma ação, pela regra de maioria absoluta, exige o convencimento de um grupo pequeno (8 juízes)⁴⁷ o que torna menos custoso do que se se pensar nos 594 membros do Congresso Nacional, apesar de significar 80% dos juízes que compõe as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Para além disso, o método de convencimento se desenvolve diferentemente, na medida que este representa um grupo de

⁴⁷ A legislação fala em regra de maioria de forma genérica, porém para o provimento das ações declaratórias de constitucionalidade e ações diretas de inconstitucionalidade está previsto o número mínimo de 6 juízes.

experts e cujo espaço exige um discurso jurídico especializado que não estritamente político, apesar de não totalmente estranho à ele.

Independentemente da questão da abstenção, verifica-se, da mesma forma, que a regra majoritária se realiza fundamentalmente sobre uma votação voltada para uma escolha binária entre o voto afirmativo ou negativo. Neste sentido, mesmo havendo abstenção, quando ela é contabilizada, como no caso da regra de maioria absoluta, ela é considerada como voto negativo. O que leva inequivocamente a considerar a sociedade sob essa visão binária e concorrencial (na perspectiva da democracia liberal), ou seja, entre os que concordam e os que discordam sobre determinada posição, ignorando-se ou suprimindo-se a sua inegável pluralidade. A pluralidade de opiniões, contudo, sob um aspecto matemático, dificulta a regra majoritária na sua tecnicidade, uma vez que quanto mais opiniões houver sobre determinada questão, maior será a divisão de votos e mais difícil, portanto, de calcular uma maioria numericamente considerada (Urfalino, 2014a: 5). A redução das problemáticas sociais sob este binarismo acaba, portanto, por reduzir a sociedade em duas fracções e por criar um déficit representativo das opiniões contidas na sociedade (Rae, 1969: 42).

Em suma, a regra majoritária, reduz os debates prévios à votação a este binarismo criando, assim, um déficit representativo e acirrando de certo modo a disputa ao invés da conciliação e solidariedade entre seus membros. Há, ainda, e em decorrência destes efeitos, um limite participativo face à primeira redução das diversas posições a somente duas que, de fato, farão parte da demanda. Por tais motivos, acredita-se que a regra majoritária pelo voto, quando usado isoladamente, acaba por constituir um limite para a tomada de decisão coletiva. Por fim, como se verá à continuação, a votação está longe de ser o único mecanismo para tomada de decisão coletiva, apesar da sua ampla adesão. Para o assunto vertente, aprofundar-se-á em seguida outros modelos desenvolvidos que dão maior importância à deliberação.

3.2.2. Decisão por consenso (aparente)

Se, por um lado, a regra majoritária está intimamente relacionada com a afirmação da democracia representativa, os métodos deliberativos, sobretudo de consenso, estão intimamente ligados às teses da democracia deliberativa. As teorias acerca dos modelos de decisão a partir da democracia deliberativa são inclusive desenvolvidas levando-se em consideração as críticas já mencionadas e acima colocadas da regra majoritária de votação. Neste sentido, a deliberação acaba por ser um modelo que se contrapõe à regra majoritária.

Por outro lado, em alguns casos ela não chega a estar completamente independente da regra majoritária de votação e é muitas vezes utilizada no processo decisório numa das suas etapas, sobretudo, entre os debates e o acórdão que indica a ação intencionada pela decisão. Apesar disto, diferenciam-se fundamentalmente em relação ao papel e valor dado à argumentação e, conseqüentemente, à deliberação. No entanto, mesmo ao aplicar a votação, a argumentação possui papel essencial no modelo deliberativo, ao passo que a votação se reduz à escolha entre a favor e contra (Pasquale, 2007: 38). Assim sendo, enquanto que no modelo deliberativo a argumentação visa sobretudo o consenso de preferências, a votação majoritária é fundada na competição entre duas posições da qual se decorrerá um grupo vencedor e outro perdedor.

Apesar de tecer maiores detalhes sobre este modelo de tomada de decisão, considera-se necessário atentar que o consenso aqui não é encarado no sentido de unanimidade, como tanta vezes aparece equivocadamente referido (Rae, 1969: 40). Esta associação do consenso com a unanimidade é errônea, na medida em que leva em consideração para a sua descrição uma confusão com o modelo de tomada de decisão pelo voto (majoritário). Para além disto, a correta e detalhada descrição de sua aplicação na sociedade não é tarefa simples, sobretudo porque poucos são os dados suficientemente precisos sobre como o consenso é desenvolvido. Há, desta forma, pouco interesse nos etnólogos pela tomada de decisão que somente ocupa uma pequena parte de seus estudos, geralmente através de observações genéricas e poucos detalhes. Além disso, outro fator que contribui para tal, é prevalência intelectual pelo modelo de votação. Diante deste panorama, optou-se neste trabalho por uma aproximação às pesquisas realizadas pelo professor Philippe Urfalino (2007: 50), que fornecem uma análise mais bem detalhada e que, como se verá, possuem as mesmas dimensões da decisão coletiva colocadas anteriormente.

Dentre as situações e sociedades mencionadas pelo autor supra, destacar-se-á, para os fins da presente análise, o modelo de tomada de decisão coletiva por consenso adotado nos *aréopages*. Este modelo foi também objeto de investigação de Pasquale Pasquino (2002; 2007) e os dois autores coincidem em que este paradigma parece ser o que mais se aproxima ao adotado pelas cortes constitucionais. Os *aréopages* eram conselhos de sábios e de pessoas eminentes das *pólis* gregas, que, no regime democrático eram imbuídas de certas funções como, por exemplo, julgar os casos de homicídio (Manin, 2012: 33). Ao estudar tal conselho, verifica-se que estes não se limitam a uma tomada de decisão entre um sim ou um não, mas via consenso, através do qual a decisão é fixada quando a proposição final é um fato ou pacote de escolhas que não suscita mais objeções (Urfalino, 2007a).

Estes conselhos são um exemplo de como o voto pode funcionar como um recurso excepcional junto ao modelo deliberativo (Urfalino, 2007: 54-55). Isto costuma acontecer quando aqueles que defendem um posicionamento minoritário costumam pedir a votação ao observarem que não obterão uma maioria e/ou não querem deixar patente seu fracasso e, ainda, por desejarem não forçar um voto ganho. Porém, quando o consenso aparente é utilizado concomitantemente com outros modelos, como a votação, a decisão por consenso aparente é considerada menos legítima do que o voto. Em outras palavras, a votação, nestes processos de tomada de decisão, tornam o consenso menos legítimo, uma vez que restringe o seu caráter coletivo e porque dá azo, inclusive, à intimidação e outros problemas apontados no item anterior sobre a regra majoritária pelo voto. De acordo com Philippe Urfalino (2014b: 328; 2007: 57), os casos em que a chamada para votação poderá ser corretamente realizada ocorrem quando: são forma de acelerar a tomada de decisão como vontade da maioria e quando parecem apresentar um equilíbrio entre as expectativas dos participantes que, mesmo que se oponham à interpretação, preferem não falar porque se sentem honestamente certos que são minoria e não querem, com isso, o *status* de minoria revelado. Observa-se, assim, inclusive, como a votação é contaminada pela coalizão.

Independentemente de adotarem a etapa de votação ou não, estes modelos de tomada de decisão coletiva iniciam-se com a reunião na qual são realizadas propostas na forma de sugestão e, sobre as quais, posteriormente, se observam reações. Quando se verifica uma ausência de contrapropostas, segue-se a formação do acórdão de julgamento.

Assim sendo, não se segue necessariamente uma votação, e quando esta não ocorre, observa-se que o consenso pode ser identificado no momento entre deliberação e o acórdão da decisão, através da emissão de proposição ou proposições presumidamente consensuais, cuja a última delas não recebe qualquer contestação. Por conseguinte, a ocorrência de apenas uma voz em oposição é suficiente para rejeitar a proposta, o que leva à abertura para a busca de uma novas propostas até se alcançar uma que não irá mais invocar oposição (Urfalino, 2014b: 331).

A aprovação de uma proposição não significa o voto expresso de todos neste sentido, mas o silêncio em relação à sua oposição. O silêncio pode ter, assim, 3 significados: (i) se está convencido de que a proposição é boa; (ii) não saber se a proposição é boa ou ruim e por qualquer razão delega seu julgamento⁴⁸; (iii) não se está convencido e não se acha que é boa decisão, mas se não tem um bom argumento (Ibidem, 2010: 15). Razão pelo qual, nestes corpos deliberativos, não é possível ter uma ideia precisa da real distribuição de preferências como ocorre na votação. O que não permite, ademais, afirmar que haja uma unanimidade cuja diferença já foi apontada previamente. Assim sendo, o consenso está inserido num rol não exaustivo de procedimentos diferentes das tomadas de decisão, os quais envolvem, por vezes, uma votação quase unânime, outras vezes uma combinação de regra de não oposição e uma regra complementar de votação, dentre outros fenômenos dos quais o consenso pode fazer parte.

A não-oposição, entretanto, não significa necessariamente a aprovação por silêncio e se diferencia, deste modo, da abstenção na regra majoritária, sobretudo em seus efeitos. E com a finalidade de que isto não ocorra é preciso destacar que em muitos dos corpos deliberativos é assegurado a cada um e a todos os participantes um poder de veto que permite que estes possam contestar a proposição e prevenir que esta se torne uma decisão (Polletta, 2012: 193). A existência do poder de veto confere outro valor à ausência de voto (não-oposição) na deliberação, qual seja: a ideia de que o processo de tomada de decisão é de fato um procedimento informal de unanimidade. Já nas organizações internacionais, o uso da regra de unanimidade, a abstenção requer um *status* específico de não aprovação mas não tão forte quanto o veto. A emergência de tolerância à abstenção separa o poder de veto e o requerimento de unanimidade. Enquanto que na regra de unanimidade se impõe,

⁴⁸ Segundo Philippe Urfalino (2010. Id.) está é uma das fragilidades desse modo de decisão.

em teoria, a mutualidade exclusiva de escolha entre o exercício do voto e a decisão por unanimidade, a prática do consenso só discute o acréscimo da possibilidade da aparência de unanimidade baseada na abstenção. Então, mesmo onde a regra escrita é unânime, alguma vezes acontece que o que é realmente requerido para obter uma decisão é uma simples abstenção de veto, mas não um convergência absoluta de opinião (Urfalino, 2014b: 332). O consenso, portanto, não pode ser afirmado como unanimidade, mas, no mínimo, como uma presunção de unanimidade nos casos em que o poder veto não tiver sido exercido (Ibidem: 325). Por este motivo é que não há como aferir a real distribuição de preferências neste modelo consensual. Além disso, diferentemente da votação, a tomada de decisão coletiva por consenso não está vinculado à distribuição comprovada de opiniões, assim como não se baseia nesta distribuição (Ibidem: 326).

Por conseguinte, é necessário, assim, estabelecer a devida diferença entre o consentimento e a aprovação na votação (Ibidem: 333). Consentir não significa necessariamente aprovar. A aprovação se restringe a ser a favor e seu sentido é identificado como oposição à desaprovação, ou seja, o oposto a ser contra. Nesse sentido, a aprovação representa um dos lados de uma competição ou conflito, ou seja, uma idéia de lados opostos. Já o consentimento está inserido na lógica de não ser contra, a oposição assim é camuflada. Em síntese, uma oposição a P (proposta) é suficiente para desautorizar P, o que apenas abre para a busca de uma nova P que não invocará mais oposições (Ibidem: 329-33). Além disso, o consenso não parte de uma técnica de contagem para aferição da decisão alcançada, mas da possibilidade de se constatar que cada participante aprovou a mesma opinião: segundo esta regra, a decisão é tomada quando todos os pontos de vista são formalmente convergentes e idênticos. O consenso é, portanto, uma aparência. A decisão por consenso supõe, nesse sentido, duas coisas: o enunciado de uma proposição e a constatação de que ela não é rejeitada. A característica aparente de ausência de expressão de desacordo é essencial: ela garante que a decisão possa ser coletivamente apreendida (Urfalino, 2007: 60).

Em resumo, a democracia significa que nós devemos escutar a todos e todas, e que devemos tomar uma decisão em conjunto, enquanto povo. O consenso, por sua vez, ocorre não por uma contagem de votos, mas pela identificação de um acordo, ou concordância, que é realizada por uma constatação coletiva. Por esta razão considera-se que o consenso é o parâmetro real de uma legitimidade democrática na formação de uma decisão coletiva e

não a regra de votação (unânime ou majoritária). Para que haja o consenso é necessário a oitava parte de todos os pontos de vista o que demanda não só uma maior participação, mas também a participação de todos na formação da decisão que, por esta razão, se identifica como coletiva. De forma diversa, a regra majoritária é uma noção estranha a este conceito de participação inclusiva, na medida que guarda consigo uma noção de exclusão do grupo (minoritário) perdedor (Ibidem: 48). Ou seja, ao passo que o consenso compreende um procedimento no qual todos participam, mesmo que em diferentes níveis; na votação, no que atine ao processo de formação do acórdão decisivo, somente participam aqueles que saíram vitoriosos. O consenso contribui, deste modo, para a fixação do resultado de tomada de decisão mais do que a regra majoritária.

De maneira diversa, Jürg Steiner e Robert H. Dorff (1980: 1-13) identificam um outro mecanismo de tomada de decisão coletiva usada por um partido político na Suíça (*Free Democratic party*), que está incluído no modelo deliberativo a que apelidam de “decisão por interpretação”. Neste, há um membro-participante responsável pela interpretação dos debates desenvolvidos, o qual indica o sentido da discussão, sendo esta interpretação que será objeto de aceitação ou não pelos participantes (Steiner e Dorff, 1980: 3). A decisão por interpretação é a decisão pela qual não se logrou em estabelecer um acórdão decisional, ou seja, a proposta última não contestada, num contexto de dissenso permanente ou dissenso superado. De acordo com o autores, no primeiro caso, quando existe uma decisão formalizada, ou seja, este acórdão decisional, a decisão se dá por maioria, já no segundo, a decisão se formalizará num acordo amigável. Assim sendo, na decisão por interpretação, não há uma formalização, nem mesmo tácita, como no caso do consenso aparente apresentado por Urfalino, mas a apresentação de uma interpretação dos debates realizados por um membro, de maior *status* no grupo, que pode ser aceita ou não pelos demais membros. Caso não haja consenso, e não se aceite a interpretação, sempre apela-se ao sistema de voto, usado, portanto, de forma complementar. Neste tipo de decisão permanece incerto, como no consenso aparente, na aferição a real distribuição de preferências. E, como a regra majoritária é somente usada de forma complementar, nem sempre a “vitória” se dá de acordo com um posicionamento majoritário (Steiner e Dorff, 1980: 7-10). Por outro lado, o recurso à votação neste modelo, pode impedir a contestação ou dificultá-la, além de aumentar a pressão para o voto (Ibidem: 13).

Em resumo, seja no consenso aparente, seja na decisão por interpretação, ambos apresentam um incremento na participação ao não reduzirem seus mecanismos à prática de uma contagem existente na regra majoritária. Por outro lado, o consenso aparente se destaca por igualmente não deixar na mão de uma única pessoa a responsabilidade de “tradução” das preferências colocadas em debate, permitindo uma mais ampla influência na participação. Além disso, estas formas de tomada de decisão coletiva, quando não adotam a etapa de votação, eliminam a tendência presente nas regras majoritárias em destacarem as divergências e em canalizarem as decisões à escolha para duas facções opostas, onde uma deve prevalecer em exclusão da outra. Em outras palavras, elas permitem diminuir a visibilidade de competição e promovem uma maior coesão, participação e acordo (Urfalino, 2014b: 333) e, em geral, uma maior solidariedade na sociedade.

Philippe Urfalino destaca que as divisões ou sentimentos de ser parte de uma minoria excluída de qualquer influência na tomada de decisão dentro do grupo, pode gerar um sentimento de deserção. Algo que os movimentos sociais temem. Sendo assim, quando as pessoas compartilham a propriedade sobre as decisões – ativistas frequentemente usam este termo – o seu senso de solidariedade e comprometimento é acentuado. Logo, o problema com o voto majoritário, de acordo com seus críticos, é que ele deixa rastros de abandono dos perdedores. Os grupos que colocam um prêmio na possibilidade de consenso ajudam a que isto não ocorra gerando, assim, benefícios de solidariedade (Polletta, 2012). No mesmo sentido, as cortes constitucionais também temem esta divisão, sobretudo, pelos efeitos externos que elas podem produzir em relação às decisões tomadas nestas instituições. De fato, a unanimidade, mesmo que aparente, reforça a autoridade das decisões judiciais em sociedades política e fortemente divididas (Urfalino, 2014b: 334).

Sob esta perspectiva, importa para o modelo deliberativo o procedimento pelo qual se rege a discussão racional ou o debate público, em suma, como se desenvolve a argumentação racional. Esta perspectiva procedimentalista acaba por afastar, deste modelo de decisão coletiva, o consenso aparente da regra de votação, e diferencia esta da votação por unanimidade. A teoria da democracia deliberativa, desenvolvida por Jürgen Habermas (2003), por sua vez, compreende que, para a tomada de decisão coletiva, é necessário que seja assegurado aos participantes a liberdade comunicativa. Assim sendo, na tomada da decisão coletiva formada pelo consenso que, de acordo com Habermas, é gerado pela

busca cooperativa da verdade, os seus membros buscam os melhores argumentos com base nas melhores informações (Habermas, 2003: 283-284). Por conseguinte, o debate argumentativo que se segue para formação do consenso deve originar-se em discursos proferidos por membros que gozem dessa liberdade comunicativa, ou seja, que possam agir orientados pelo entendimento e pela livre tomada de posição frente ao proferimento de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem do reconhecimento intersubjetivo (recíproco).

Nesta ordem de idéias, o consentimento é fruto de tomadas de posição recíprocas em relação às pretensões de validade e no reconhecimento destas pretensões, onde somente contam os argumentos aceitos em comum das posições participantes (Ibidem: 155-156). Diante deste fatores, o agir comunicativo à que se refere Habermas (2003) compreende uma atividade argumentativa que exige dos membros a assunção das perspectivas, primeiro, uns dos outros e, logo, de todos. Portanto, na deliberação não há escolha pura e simples do melhor argumento apresentado, assim compreendido pelo procedimento de votação, mas pela formação de um entendimento comum do que é o melhor argumento alcançado conjuntamente, por meio de um diálogo.

Nesta ordem de idéias, verifica-se que o consenso não apresenta uma descontinuidade marcante entre a deliberação e o alcance do acórdão decisório que marca a ação intencionada pela decisão. Esta descontinuidade, por outro lado, é característica da votação identificada no momento em que são encerrados as apresentações das motivações e debates, para se dar início à votação e à sua respectiva contagem. Em interpretação a tese habermasiana, Philippe Urfalino atenta, contudo, que, só é admitida a possibilidade de uma separação entre deliberação e o julgamento da decisão nos casos em que o consenso se mostra impossível (2007: 60-61). Discordando deste ponto da tese habermasiana, entende que esta separação se atém aos casos em que a votação é agregada ao procedimento deliberativo o qual, como já mencionado, acaba por reduzir a legitimidade democrática da decisão coletiva. Em síntese, a regra majoritária ou de unanimidade representam duas espécies de um mesmo gênero: o voto. O que essencialmente diferencia o consenso aparente do voto é justamente o seu modelo de julgamento. Naquela primeira, o modelo de julgamento se estabelece pela contagem de posicionamentos antecipadamente exprimida pelos participantes e, nesta última, o julgamento é formado pela proposição de consenso que não é mais contestada.

Consequentemente, observa-se que a formação argumentativa e dialógica do consenso destaca não a quantidade do resultado, mas a sua qualidade. A busca pelo melhor argumento, e a própria ausência de descontinuidade pela não aferição contável de votos, indica como o consenso se centra no aspecto qualitativo e não no aspecto quantitativo da decisão coletiva. O procedimento compreende, assim, a confrontação de preferências e opiniões que conduzem progressivamente ao desenvolvimento da verdade. Consequentemente, entende-se que nenhuma pessoa possui a verdade e que é necessário escutar a todos os pontos de vista. Neste sentido, a boa decisão é resultado do ponto comum revelado por meio do diálogo. As teorias que se preocupam com o desenvolvimento das técnicas de deliberação concentram-se na qualidade da argumentação, ao contrário dos teóricos da democracia representativa que procuram pela melhor regra de agregação concentrada em termos quantitativos (Urfalino, 2007: 62).

Retomando um pouco a exposição sobre o consenso, cada participante possui um poder de veto através do qual pode contestar e prevenir que uma proposição se transforme em decisão. Face a este elemento, poder-se-ia indagar se a decisão não seria obstruída em razão de posições egoístas. No entanto, consoante visto acima, é a preocupação com a qualidade da decisão, e não com a quantidade, que impede justamente essas posições egoístas. A busca pela melhor ação a ser empreendida através de um modelo de tomada de decisão coletiva desencoraja este tipo de atitude que poderia vir a obstruí-la.

Nesse sentido, as decisões coletivas que surgem nos movimentos sociais são importantes exemplos e campos de observação para se compreender como o consenso é formado nos moldes em que se coloca no presente estudo. Para tanto e no que se refere às posições egoístas, é preciso ter em mente que, nestes movimentos, os seus participantes são guiados por princípios próprios de solidariedade que impedem este tipo de atitude. Há, além disso, um compromisso com as atividades do movimento social e com os seus princípios regentes. Por conseguinte, as pessoas têm um compromisso no sentido não de realizar seus interesses exclusivamente pessoais, mas de se importarem com as atividades que lá se realizam.

Diferentemente dos movimentos sociais, nos tribunais constitucionais a possibilidade de posições egoísticas são contra-argumentadas pelo fato dos juízes terem o dever de motivar suas decisões. Os juízes não podem dizer simplesmente que aprovam ou

desaprovam, devendo igualmente, esclarecer suas razões. Os juízes, em sede de controle de constitucionalidade, devem ainda convencer os demais membros do plenário do tribunal que devem igualmente aceitar o seu posicionamento, ou seja, julgá-la igualmente válida. Nestes espaços, não se supõe que os membros deliberativos tenham nenhum interesse particular em jogo, deste modo, eles nada têm para negociar, assim como nada têm a temer ou a ganhar ao se manifestar, exceto em relação com o valor que será atribuído para o que ele fala. Ao contrário, o valor de contestação, é condicionado a se os argumentos usados contra a proposta são ou não reconhecidos como válidos (Urfalino, 2014b: 337).

Estes valores perseguidos nos movimentos sociais também impedem que as desigualdades do domínio do discurso venham a deslegitimar democraticamente as decisões coletivas tomadas por consenso. Em outras palavras, argumenta-se que o bom orador busca com facilidade as razões aceitáveis para justificar o voto que contenha os motivos menos respeitáveis, o que contraria a ideia segundo a qual o consenso seria capaz de revelar a melhor decisão. Este é um dos argumentos usados para justificar a aplicação da regra de votação majoritária como um recurso válido para a tomada de decisão coletiva. Nesse sentido, a legitimidade da regra majoritária decorreria da igual distribuição de preferências, permitindo assim que todos os membros participem igualmente no resultado da decisão. Por outro lado, o consenso não só não se baseia na distribuição comprovada de opiniões, conforme visto anteriormente, como também não apresenta uma participação igual, na medida em que há uma desigualdade no domínio do discurso e no poder da retórica. Este posicionamento, no entanto, pode levar a uma conclusão precipitada de que o consenso é instrumento desigual de participação. No entanto, longe de negar a desigualdade de influências no resultado decorrentes das próprias diferenças em relação às aptidões e capacidades de discurso, o consenso considera-as legítimas.

A igualdade quanto à participação não oculta a desigualdade, de fato e de direito, dos diferentes pesos vencedores dos discursos ocorridos dentro do processo de deliberação. Apesar do voto, notadamente majoritário, assegurar, de fato, que cada eleitor pesa exatamente o mesmo no resultado final – uma pessoa, um voto – a deliberação e a decisão por consenso aparente não pode garantir e nem sequer pretende assegurar a igualdade de contribuição na decisão (Urfalino, 2007: 66-67). Porém, sob outra perspectiva, a igualdade formal dos membros na participação do debate, sublinhada pelos defensores da regra majoritária, não regula as diferenças factuais baseadas em desigualdades de influência. Isto

explica porque estas sociedades preferem a regra de não-oposição ao voto, caso houvesse escolha. A ideia de que todos os votos têm peso igual parece absurda para eles: há homens inteligentes e homens imbecis, pessoas maduras e imaturas. Nesse sentido, Philippe Urfalino (2014b: 337-339) entende que o caráter democrático da regra de não-oposição depende do enfoque que se dá à igualdade, ou a de cada um em poder participar no processo de debate, ou na igualdade de peso de cada um no resultado final. Aceita-se a desigualdade porque ela coloca em relevo e atenção a pluralidade de opiniões, algo que não acontece no sufrágio.

Assim sendo, mesmo sob esta perspectiva, a decisão por consenso parece ser melhor em compatibilizar a necessidade de maior participação igualitária nos debates. Neste sentido, Francesca Polletta (2012: 176-230) no seu estudo sobre alguns movimentos sociais norte-americanos, expõe que, para os membros destes movimentos, o que faz com que o consenso seja autêntico é a ênfase que os organizadores dão ao interesse próprio. O interesse próprio e não o altruísmo nem a ideologia é o que motiva as pessoas a uma ação efetiva. Não se confunda, porém, o interesse próprio com o egoísmo. Interesse tem origem no latim *interesse* que significa estar entre e dentro, ou seja, entre duas coisas que se encontram separadas, e ser parte de um todo. Os interesses são vistos como o desenvolvimento dentro e por meio dos relacionamentos um com os outros e por isso devem ser colocados, e não afastados, do processo de tomada de decisão.

O interesse próprio é, assim, visto por estes membros de movimentos sociais, como algo que ultrapassa as preocupações materiais. O interesse pessoal incorpora todos as preocupações, valores e desejos, incluindo as necessidade de autopreservação, criatividade, identidade, poder, dinheiro, amor e o sentido da vida. E esta ênfase no interesse próprio implica que as diferenças são normais. Busca-se, em suma, maximizar a solidariedade sem anular as divergências. (Polletta, 2012: 183). O interesse próprio, deste modo, é um discurso usado pelos movimentos sociais para personalizar as suas demandas.

Os membros destes movimentos compreendem que as pessoas não ficarão envolvidas a não ser que suas preocupações sejam representadas. Para se chegar a um consenso é necessário construir-se áreas de interesse comum que sejam amplas e passíveis de ação, de negociação e de renegociação de agendas comuns. Logo, o interesse próprio é a base das agendas comuns e da responsabilidade da autoridade. Visa-se, assim,

que tanto o interesse individual quanto o comum possam emergir da discussão ou da deliberação, não através de um processo de negociação, mas pelo processo de descoberta individual e coletiva. O modelo de tomada de decisão nestes casos destina-se não somente a equiparar os meios aos fins, mas também a analisar e a redefinir os fins. Os membros dos movimentos sociais defendem, ainda, que isto possibilita que as pessoas sejam capazes de conhecer seus próprios interesses, quando estes são questionados pelos participantes da deliberação (Ibidem: 186)⁴⁹.

Afastando-se, em contrapartida, do afirmado por Philippe Urfalino, os movimentos sociais analisados por Francesca Polletta defendem que o consenso em suas assembléias não visam a melhor decisão possível, mas gerar o sentimento de que todos tiveram o seu ponto de vista escutado e sintetizado numa proposta. E, assim, é neste ponto conforme igualmente apontado por Philippe Urfalino, que as decisões são construídas através de um trabalho coletivo do qual elas participam efetivamente. Para tanto, segundo os movimentos sociais referidos, é preciso apreender que a pluralidade existente na sociedade demanda uma visão relativa sobre as coisas e que não há somente uma única verdade ou melhor decisão. É destacado, ainda, que existem nestes movimentos a formação de grupos de afinidades que permitem que os participantes percebam e reconheçam a importância dos laços de solidariedade (Polletta, 2012: 192). Portanto, ao mesmo tempo que a solidariedade é construída e beneficiada pelo processo de tomada de decisão deliberativo (Ibidem: 194-200), ela também permite que estas decisões não sejam corrompidas pelos desejos egoísticos ou posições não respeitáveis. Em suma, ao mesmo tempo que a solidariedade fortalece o consenso, ela também é fortalecida por ele.

O consenso é identificado, então, na troca de argumentação e nos diálogos amparados pelo procedimento de tomada de decisão coletiva. Isto não significa, contudo, que a deliberação seja uma forma de negociação ou de mera retórica. Para tanto, além das diferenças já mencionadas na identificação da decisão coletiva no início deste capítulo, a deliberação deve observar certas exigências normativas que não estão presentes na negociação, exigências estas que justamente diferenciam a argumentação como agir comunicativo (Habermas, 2003), do agir estratégico do ato de negociar ou barganhar.

⁴⁹ No mesmo sentido, no Cap. 3 se verá como a própria noção de espaço público sobre a qual se desenvolve e se busca reconhecimentos das identidades, está associada a um diálogo que não se restringe a parâmetros como o de imparcialidade, ausência de emoções e seleção externa do que é, ou deve ser, público e privado.

A argumentação é, dessa maneira, direcionada para a ação coletiva tomada em comum, e não para a troca de promessas e ameaças que caracterizam a negociação. Esta é a razão pela qual se adota a definição ampla de deliberação exposta por Philippe Urfalino, segundo o qual se trata de uma discussão de um grupo que visa uma decisão onde seus membros a tomam em comum. É a determinação do julgamento fruto de um trabalho coletivo, com procedimento de agregação de expressões, de preferências dos participantes que definem a decisão coletiva, que a diferenciam de um acordo e de um conflito (Urfalino, 2005: 104-106).

Em resumo, são seis as características constitutivas da decisão por consenso que a afasta dos demais modelos de tomada de decisão: (1) cuida de regra de julgamento da decisão, da mesma forma que o procedimento de voto; (2) não exige a unanimidade, mas ao lado daqueles que aprovam, o consentimento dos relutantes; é por esta razão que se afirma que (3) é uma constatação coletiva de um consenso aparente que o identifica num acórdão decisório; (4) mistura uma impressão de continuidade entre o processo e o julgamento da decisão; (5) prevalece em contexto onde, por qualquer razão, a pesquisa do consenso é indexada pela preocupação para com a qualidade da decisão; (6) a contribuição das participações na decisão é marcada pelo contraste entre um direito igual a participação e uma desigualdade legítima de influências. (Ibidem, 2007: 57).

Cumpre, por fim, mencionar que a inclinação moderna tende a pensar que o discurso só é eficaz em circunstâncias limitadas, e que a deliberação e a argumentação não podem ser isoladas da purificação de fenômenos parasitas que as desnatura. Neste sentido, o professor Philippe Urfalino (2005: 30-31), assim como Jürgen Habermas (2003), enfatizam a necessidade de se buscar um tipo ideal de deliberação que exige dos observadores a implementação de uma série de distinções conceituais que diferenciem a deliberação de uma conversa e de uma negociação, partindo-se, deste modo, de uma argumentação racional. Portanto, à luz desta perspectiva racional, porém não restrita ao discurso estritamente científico, compreende-se que a formação coletiva das decisões são aquelas que englobam todos os pontos de vistas apresentados. Sendo formadas, deste modo, a partir da apreensão de um diálogo heterogêneo e na coletivização do conhecimento. É, neste sentido, portanto, que se perspectiva o consenso como parâmetro democrático de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

3.3 O modelo de tomada de decisão coletiva adotado do Supremo Tribunal Federal

No início deste capítulo, constatou-se como o desenvolvimento da doutrina acerca do controle de constitucionalidade é permeada de uma visão conflitua ou complementar entre constitucionalismo e democracia. Tendo isto em vista, observa-se que as problemáticas acerca deste tema, vistas no capítulo 1, são construídas em grande parte a partir de uma oposição subentendida em como o Poder Legislativo toma as suas decisões. Assim sendo, mesmo que implicitamente, a doutrina parece tender a uma análise que se baseia em padrões de tomada de decisão coletiva no Congresso Nacional, apesar de não entrar a fundo na questão. Há, assim, uma lacuna a qual é capaz, entretanto, de abrir os horizontes de análise do tema sob esta perspectiva e que considere os diferente modelos de decisão coletiva, não se limitando, assim, à regra de votação majoritária aplicada no Congresso Nacional.

Em síntese, propõe-se a averiguação da legitimidade democrática do modelo de tomada de decisão no controle de constitucionalidade, a partir da colocação da forma pela qual se toma uma decisão coletiva enquanto parâmetro de forma não restrita à votação majoritária. E, para tanto, parte-se do pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto corte constitucional em sede de controle de constitucionalidade, toma uma decisão coletiva compreendida como determinação de uma ação a ser empreendida (julgamento da lei pelo parâmetro constitucional) por um grupo de membros, através de uma dinâmica relacional, e que gerará efeitos para toda a sociedade que se encontra sob sua jurisdição. Em outras palavras, a decisão coletiva é, aqui, tomada como o resultado prático da real discussão moral, tendo em vista, portanto, a democracia deliberativa.

No item que se seguiu foi visto, por sua vez, que a regra majoritária pelo voto não é o único modelo de decisão coletiva, e que mesmo dentro deste modelo há vários tipos de procedimentos diferentes. Partindo-se, no entanto, de uma visão deliberativa acerca da democracia, observa-se que existem vários modelos possíveis, principalmente tendo em vista em

como aderem eles a uma etapa de votação, ou como consideram uma não-oposição ou objeção. O consenso que é buscado através da democracia deliberativa, portanto, pode ou não apresentar uma etapa final de votação. De qualquer forma, seu principal aspecto - sobre o qual parte a presente análise do STF -, é a dinâmica relacional existente nos debates públicos, ou seja, na deliberação que propõe, conforme visto anteriormente.

Um dos aspectos do Tribunal Constitucional que aponta para a sua legitimidade democrática, especialmente no seu sentido contra-majoritário, centra-se justamente na sua caracterização como espaço de deliberação. A deliberação nos tribunais constitucionais, igualmente no Brasil, visa, assim, superar uma falta de representatividade dos mesmos, no sentido em que os juízes que os compõem não foram eleitos, mas nomeados de acordo com o seu saber jurídico e reputação ilibada⁵⁰ (Ferejohn e Pasquale, 2002: 231-236). Portanto, a deliberação é assim adotada com o objectivo de se contrapor ao modelo majoritário implementado no Parlamento, de modo a suprir as suas lacunas e defeitos, no que atine ao cumprimento da vontade geral da sociedade (majoritária e minoritária).

Desse modo, a deliberação, que vem também acompanhada de um dever de justificação racional (voto motivado), busca atender às expectativas democráticas deliberativas no sentido de se tomarem decisões que se baseiam não na persuasão ou coerção, mas em razões plausíveis. A deliberação democrática adotada nos tribunais demanda, ademais, uma racionalidade própria, a jurídica. A motivação da decisão, por outro lado, não é exclusividade dos tribunais jurídicos, sendo mesmo vista nas manifestações de voto presentes no Congresso Nacional, apesar destas últimas se diferenciarem daquela, na medida em que não possuem uma forma pré-determinada e ao não se restringirem ao discurso jurídico como aquelas. A deliberação, em suma, busca solucionar o problema de cunho democrático em relação à nomeação dos juízes constitucionais brasileiros, assim como, pelo fato de estes possuírem cargos vitalícios⁵¹. De forma contrária, alguns consideram este requerimento de deliberação com suspeita, e o enxergam, em realidade, como uma forma antidemocrática e elitista, na medida em que é limitado a este restrito grupo de especialistas jurídicos. De acordo com esta visão, os tribunais constitucionais emanam discursos elitizados, que representam um limite para certas políticas defendidas por alguns grupos ou por

⁵⁰ Art. 101, *caput* e parágrafo único da CRFB de 1988.

⁵¹ Refere-se, aqui, os tribunais constitucionais cujos cargos são de nomeação vitalícia. Diferentemente de Portugal onde os juízes constitucionais não são vitalícios e possuem um mandato de 9 anos não renováveis, característica, esta, encarada como facilitadora da independência objetiva destes (Cf. Costa, 2007: 19; Miranda e Medeiros, 2007: 254; Correia, 2016: 107 e 134-136; art. 222, n.º. 3 da CR e art. 21 da LTC).

seus representantes, quando do conflito de valores ou normas constitucionais.

Independentemente desta divergência e em observação dos modelos de tomada de decisão coletiva, sobretudo os que convergem com a democracia deliberativa, o que mais se adequa às características do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, parece ser aqueles apresentados pelos *aréopages*. Nesse sentido, pode afirmar-se que o Supremo Tribunal Federal nesta atribuição funciona como uma espécie de conselho de sábios ou de especialistas, uma vez que composto por membros nomeados de acordo, inclusive, com o seu saber especializado, qual seja o jurídico⁵². Além disso, a tomada de decisão coletiva compreende um consenso entre os juízes, o qual é alcançado, contudo, através de um debate, a que se segue uma etapa de votação.

Segundo Philippe Urfalino (2010: 2-3), as cortes constitucionais, especialmente a norte-americana, se assemelham ao modelos adotados nos *aréopages*, tendo em vista cinco características principais, sendo elas: (i) suas decisões atingem um largo grupo; (ii) seus membros são nomeados e não eleitos, tendo em vista o notório conhecimento sobre o qual têm competência para decidir; (iii) não possuem interesse direto sobre o objeto decidido; (iv) suas decisões são pré-definidas pela natureza da instituição; (v) estão submetidos com o dever de motivar suas decisões, ou seja, de argumentar racionalmente sobre estas.

No que se refere ao fato de não possuírem geralmente interesse direto em jogo, o autor considera que tal corresponde a um aspecto positivo dos tribunais no momento deliberativo, uma vez que é o que confere imparcialidade às suas decisões, assim como igualdade formal nas discussões que travam. Mesmo que eles pudessem ter convicções fortes e se engajar vivamente num debate, as normas de argumentação registam quase exclusivamente as condições do consentimento (Urfalino, 2007: 65). Apesar disto, é importante mencionar, contudo, que o que define de fato o resultado do julgamento em sede de controle de constitucionalidade, não são os argumentos *per si*, mas a votação final majoritária pela procedência ou improcedência da ação, ou seja, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei submetida ao parâmetro constitucional. Portanto, o que define o acórdão decisório é, em última instância, a escolha majoritária do conteúdo que foi objeto de deliberação (Ibidem, 2010: 26).

⁵² O saber jurídico como requisito para a composição dos tribunais constitucionais em sede de controle de constitucionalidade abstrato está presente em vários outros ordenamentos jurídicos, como é exemplo o Tribunal Constitucional português de acordo com o art. 12, n.º 1 e art. 13, n.º 2 da CR (Costa, 2007:16; Canotilho e Moreira, 2014: 617-618; Correia, 2016: 131).

No julgamento em controle de constitucionalidade judicial abstrato (ADI, ADC, ADO e ADPF), no Brasil, pelo STF, é necessário a presença de um *quórum* mínimo de 8 ministros-juízes, sendo as respectivas ações julgadas por voto majoritário de, no mínimo, 6 ministros-juízes (Lei nº 9868/99, art. 22 e 23; Lei nº 9882/99, art. 8; RISTF, art. 125, art. 143, *caput*). Após apresentado o relatório pelo ministro-relator da ação judicial, são concedidos 15 minutos para cada parte, impetrantes e impetrados, respectivamente, para a sua sustentação oral, assim como para a intervenção de terceiros, a exemplo, do *amicus curiae* admitido nas ações de controle de constitucionalidade (art. 131, *caput* e §3º e art. 132 do RISTF). Em seguida, os juízes presentes passam a proferir seus votos.

Os juízes poderão falar duas vezes sobre o assunto em discussão, e mais uma vez, nos casos em que houve modificação do voto. Cabe ao Presidente do STF conceder a palavra a cada um dos juízes para que estes possam proferir seu voto e estes não podem interromper a fala um do outro, salvo para apartes após sua solicitação e respectiva concessão (art. 133 do RISTF). Estes apartes constam no acórdão decisório final se não cancelados pelo ministro que solicita o aparte (art. 133, parágrafo único do RISTF). É também admitido a pedida de vista dos autos pelos Ministros, o qual suspende a votação até segunda sessão ordinária subsequente (art. 134, do RISTF), sendo que nesta última não participarão os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos (art. 134, §2º do RISTF). Concluído o debate oral, o Presidente do Tribunal tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros na ordem inversa de antiguidade (art. 135 do RISTF). É admitida ainda a antecipação do voto mediante a autorização do Presidente do Tribunal (art. 135, §1º do RISTF). Por fim, encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão (art. 135, §2º do RISTF). Nos casos em que o voto do relator da ação judicial restar vencido, é designado um revisor que é responsável pela redação do acórdão (art. 135, §3º do RISTF). Na ausência deste, ou quando o voto deste também restar vencido, designar-se-á o ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente para a redação do acórdão (art. 135, §4º do RISTF).

Da descrição do julgamento das ações em sede de controle de constitucionalidade junto ao STF, observa-se que a deliberação mencionada em lei é realizada na forma de exposição de posicionamentos, sobre o qual se estabelece um diálogo restrito - uma resposta, tendo em vista que cumpre a cada um dos ministros se manifestarem apenas duas

vezes, com direito a uma terceira nos casos em que há modificação do voto. Assim sendo, diferentemente contudo do consenso aparente, a deliberação junto ao STF não se esgota pela não-objeção ou não-oposição, mas através de um diálogo que se restringe à percepção e troca de argumentos entre os juízes, limitada a poucos momentos de concessão de fala. Apesar de haver a votação ao final do procedimento, após os debates, afirma-se que os juízes deliberam, e não votam, tendo em vista: a autoridade particular do orador, seu caráter, reputação e imparcialidade; a competência técnica do juízes; a inteligência e poder argumentativo face aos demais colegas de discussão; a sucessão na tomada de decisão; e, por fim, porque recai sobre o presidente ou relator a tarefa de tirar do debate uma conclusão, e o papel decisivo é do presidente ou relator. (Pasquale, 2007: 37-38).

Diferentemente, contudo, de alguns tribunais constitucionais, como o italiano, o francês (Ibidem: 37) e o português (Costa, 2007: 66-7; Miranda e Medeiros, 2007: 813; Correia, 2016: 142-143; Miranda, 2013: 188; Moraes, 2006, Tomo II: 561-593), o STF delibera a portas abertas. Nos tribunais constitucionais francês, italiano e português a discussão entre os juízes constitucionais é realizada internamente, e só se conhece o resultado da discussão, sua motivação e o direito exprimido pela opinião majoritária de juízes e o seu processo todo é escrito não havendo, portanto, fases orais. Nos EUA, por sua vez, de forma similar ao Brasil, cada membro do colégio judiciário prepara e apresenta sua decisão individual e em sucessão. Logo, enquanto que no Brasil e nos EUA a deliberação é pública, na França e na Itália, a decisão final dos seus respectivos tribunais se apresenta como uma só voz (Pasquale, 2007: 37).

Contrariamente ao Brasil, a Itália, a França e Portugal possuem, assim, uma deliberação secreta que, de acordo com Pasquale Pasquino (2007: 38), protege o órgão de decisão e o membro individual do mesmo, o qual, em contrapartida, é obrigado a apresentar um argumento para seus parceiros, assim como o órgão deve apresentar os motivos ao público. A motivação representa a obrigação de apresentação de um argumento, ou seja, uma boa razão para escolha que deve ser aceita pelos demais. A votação secreta, de acordo com o autor, favorece ainda a escolha e a reputação de imparcialidade da corte. Além disso, deliberação implica um argumento e, neste sentido, afasta-se da regra de decisão coletiva do Congresso Nacional, cujo voto implica somente escolher entre sim ou não. Nas palavras do autor:

On pourrait objecter, concernant mon exemple de *délibération*, tout d'abord, que la sentence d'une cour constitutionnelle consiste, exactement comme pour les tribunaux populaires athéniens, à trancher par un «oui» ou «non» la question soulevée devant elle à propos de la constitutionnalité d'une loi. Cette vision est trop simpliste, et, essentiellement, fausse. Les sentences se présentent (en Italie, mais dans pratiquement tous les autres cas que je connais) comme une interprétation constitutionnelle, comme une réécriture de la loi, qui tranche très rarement par un simple “oui” ou “non” la question posée de la constitutionnalité de celle-ci (...). (2007: 39)

Diferentemente do posicionamento do autor, acredita-se, entretanto, que o que definirá mesmo a decisão final é a votação, o que se observa da separação de manifestação dos votos por cada juiz que, conforme visto na leitura das obras de Philippe Urfalino, caracteriza a regra de decisão pelo voto. Até mesmo porque apesar de haver um debate anterior à votação, este parece funcionar mais como o dever de motivação, no sentido de exposição da justificativa do voto, do que na construção coletiva do voto pelos ministros do STF. A tomada de decisão do STF apresenta, assim, duas etapas distintas entre a deliberação e a votação, e não uma continuidade entre estas etapas que caracteriza a decisão por consenso. De forma diversa de como decidem, portanto, os movimentos sociais, como destacado no item anterior. De qualquer forma, ainda assim, concorda-se com o autor quando afirma que a votação nos tribunais constitucionais, e também no STF, tem diferentes efeitos e não se encerra na mera dualidade entre maioria *versus* minoria, como ocorre no Congresso Nacional (Pasquale, 2007: 38-39) e que neste a deliberação é representada pelo acordo em relação aos posicionamentos manifestados em julgamento enquanto decisão válida para todos.

Em resumo, a votação nestes tribunais diverge do modelo da regra majoritária, onde as preferências individuais são tomadas por coletivas. Além disso, estas preferências não podem ser avaliadas tendo em vista que o voto é secreto no caso das eleições das *personas* políticas, além de não apresentarem justificativa do voto. Os deputados e senadores, por sua vez, também não precisam justificar seu voto apesar ocasionalmente o fazerem; mas, como esta justificativa não possui qualquer forma, e, tendo em vista que não é da essência da tomada de decisão coletiva pelo voto tal procedimento, esta sempre tem papel secundário na votação, enquanto que na deliberação é essencial pelos motivos já expostos anteriormente neste capítulo.

Verifica-se, ademais, que tal como nos *aréopages*, nas decisões do STF restam vencidos os melhor(es) argumento(s) e, conforme visto no item anterior, que a desigualdade entre os juízes em decorrência da capacidade para com o discurso, assim como pelo conhecimento da área é admitido como legítimo (Urfalino, 2007: 12-14). Apresentando, à semelhança dos *aréopages*, uma hierarquia da argumentação, ou seja, julgamento entre melhores e piores argumentos, paralelamente com a competência para mobilizar as razões adequadas e susceptibilidade para aceitar as diferenças de valores entre os participantes da decisão coletiva (Ibidem, 2010: 6). Assim sendo, na composição atual do STF, verifica-se que cada juiz possui sua área de especialidade, que por vezes não se restringe ao conhecimento jurídico com especialização no ramo constitucional, mas por vezes em outras áreas jurídicas, como o Direito Tributário ou o Direito Trabalhista, o que pode ser arguido como uma desigualdade ou influência na formação do julgamento da decisão a depender do objeto desta⁵³.

O procedimento adotado pelo STF, portanto, diverge do modelo de tomada de decisão coletiva adotado no Congresso Nacional. Entretanto, isto não é uma desvantagem apriorística. Esta divergência para com o procedimento utilizado pelas instituições legislativas é encarado por alguns doutrinadores como uma vantagem em favor da Corte Constitucional, que a afasta de um modelo político democrático adotado naquela instituição. Apesar de não se concordar que esta diferença seja necessariamente uma vantagem, verdade é que ela indica que o controle de constitucionalidade de fato funciona como alternativa, até na adoção do seu modelo próprio de tomada de decisão coletiva, quando comparado com o que ocorre no legislativo. Além disso, indica que ela estabelece o seu modelo de decisão coletiva segundo diferentes fatores democráticos que não estritamente ligados ao voto majoritário, apesar de não se afastar totalmente dele.

Portanto, a proposta de avaliação da legitimação democrática pela perspectiva da identificação do modelo de tomada de decisão coletiva, mostra como o STF adota um modelo *sui generis*, que se aproxima àquele realizado nos *aréopages*. Através desta análise

⁵³ Consta da composição atual do STF os seguintes ministros e ministras: Ministra Cármen Lúcia - Presidente; Ministro Dias Toffoli - Vice-Presidente; Ministro Celso de Mello - Decano; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ricardo Lewandowski ; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin; Ministro Alexandre de Moraes. Desta composição, 4 dos ministros são especialistas em direito constitucional, os demais tem especialidade em outras áreas como Direito Privado, Trabalhista, Processual Civil, Direito Internacional Público, e Relações Internacionais. Refere-se à especialidade como formação acadêmica em pós-graduação e as cadeiras docentes nas quais estão inseridos.

pode-se verificar, ainda, a assimetria existente entre a deliberação e a participação ampliada, a que se costuma aferir aos seus julgamentos, uma vez que restrita aos juízes, e limitadas pelas regras processuais no que atine à relação entre os juízes e as partes processuais em sentido amplo. Assim sendo, mesmo incluindo na sua tomada de decisão uma etapa deliberativa, não se pode afirmar que o acórdão decisório seja o resultado de um consenso aparente, mas de um acordo comum entre os posicionamentos dos juízes. Por fim, cumpre atentar que este acordo é alcançado, entretanto, somente através da votação majoritária dos juízes. Assim sendo, agrega-se à tomada de decisão no STF uma etapa final, não excepcional, de votação que tem por fim a satisfação de uma compreensão acerca da democracia baseada no conhecimento e na verdade formada pela identificação da vontade majoritária. Segundo esta perspectiva, a aplicação da votação objetiva confere, portanto, legitimidade democrática e, conseqüentemente, autoridade às decisões deste tribunal. Desta forma, a decisão coletiva por consenso parece ser o melhor sentido de mobilização coletiva do conhecimento na sociedade política que é fortemente dividida (Bellamy, 2013: 334) e parece igualmente ser o modelo mais condicente, inclusive, com o dever de motivação do tribunal, realizado no curso da etapa deliberativa.

4. Pode o Supremo Tribunal Federal ser considerado um espaço público de participação político-social?

“Não existe imparcialidade: todos são orientados por uma base ideológica.
A questão é: sua base ideológica é inclusiva ou excludente?”

(Paulo Freire)

4.1 O paradoxo da regra majoritária no Supremo Tribunal Federal

Podem apontar-se três argumentos principais em relação às cortes constitucionais no que se refere à defesa de sua legitimidade democrática (Bellamy, 2013: 332-333). O primeiro argumento é aquele que afirma que as cortes constitucionais são uma instituição deliberativa, uma vez que adotam um processo de decisão no qual está presente a deliberação. O segundo remete para a ampliação da participação que contempla uma intervenção democrática dando voz aos excluídos do processo eleitoral (Ibidem), a qual é reflexo justamente do seu caráter deliberativo. Neste sentido, cumpre recordar que no capítulo 1, foram abordadas certas peculiaridades do controle judicial de constitucionalidade abstrato no Brasil que incluí, na linha de orientação da tese de Peter Häberle (2002), a possibilidade da chamada de uma audiência pública no curso do processo. Além disso, é admitida a intervenção de terceiros⁵⁴ através da figura do *amicus curiae*, para além de um amplo rol de legitimados ativos. O terceiro e último argumento (Bellamy, 2013) comumente utilizado para justificar democraticamente a competência do tribunal constitucional no controle de constitucionalidade, sustenta que os juízes constitucionais também são representantes, porém não como delegatários mas como curadores. Em outras palavras, as cortes constitucionais possuem legitimidade democrática, na medida em que também são representantes da vontade da sociedade, inscrita na norma constitucional. De acordo com este pensamento, a justiça democrática não se encontra separada de uma noção de “bem” definido pela sociedade na Constituição, a qual é aplicada pelos juízes constitucionais quando do julgamento das ações constitucionais (Nino, 1997; Bellamy, 2013: 345). Por esta razão, entende-se que os juízes agem de forma imparcial no julgamento dessas ações judiciais, isto porque se limitam ao inscrito no texto constitucional, afastando as suas preferências pessoais. Noutros termos, esta limitação impossibilita que os juízes constitucionais imponham suas razões morais individuais. Portanto, os juízes não podem achar que detêm o conhecimento ou a verdade sobre o bem coletivo, desqualificando a organização democrática e a estrutura social dos cidadãos, e seus representantes, estabelecidos na Constituição (Bellamy, 2013).

⁵⁴ No que atine à justiça constitucional de Portugal, apesar de inexistir uma figura como o *amicus curiae*, existe, entretanto uma *praxe* judicial como elemento instrutório pelo qual se admite a junção de documentos por terceiros interessados sob a condição destes demonstrarem interesse legítimo no objeto de decisão a pedido do Presidente do Tribunal Constitucional (Canotilho et. at., 2014: 970; Morais, 2006: 591). Apesar da devida diferença com a aplicação desta figura no Brasil, Jorge Miranda (2013: 188) considera-a interessante desde que seja aplicada com prudência. Por outro lado, este mesmo autor rejeita a publicização das ações constitucionais através de sessões públicas como ocorrem no Brasil.

Apesar destas características deliberativas, no capítulo 2, verificou-se que de certo modo a regra majoritária prevalece como forma pela qual em última instância, o STF adota no procedimento de tomada de decisão coletiva. Mesmo existindo arranjos institucionais, como a adoção de audiências públicas, *amicus curiae* e a construção da TV Justiça, que significam ganhos na legitimidade democrática, a maneira de escolha coletiva é aduzida por agregação majoritária dos votos do ministros do STF. Assim sendo, apesar destes esforços em direção à deliberação e participação social junto ao STF, e na direção contrária, de aproximação do STF à sociedade e suas demandas sociopolíticas, estes não parecem ser decisivos para o alcance do resultado que se revela, portanto, de acordo com a tomada de decisão coletiva por maioria de votos.

Entretanto, tendo em vista as justificativas supramencionadas em defesa da deliberação dentro da Corte Constitucional, parece um contrassenso que este adote como fase terminativa da deliberação e definitiva para acórdão decisório a regra majoritária. Para além disso, este igualmente representa um contrassenso à sua qualidade democrática essencial enquanto mecanismo de representação contra-majoritária na afirmação do texto constitucional. Assim sendo, este modelo *suis generis* do STF parece guardar consigo um paradoxo na adoção da regra majoritária quando busca afirmar-se sobretudo como instrumento contra-majoritário. Esta contrariedade é ainda identificada na medida em que caminha em sentido oposto às mudanças que se observam na estrutura do tribunal rumo à ampliação deliberativa e participativa. Principalmente porque estes mecanismos visam fornecer legitimidade democrática e, assim, autoridade às suas decisões, colocando em evidência sua importância contra-majoritária, principalmente em contraposição a uma “ditadura da maioria”. Conforme visto nos capítulos anteriores, a legitimidade das cortes constitucionais é defendida pela oposição ao modelo adotado no poder legislativo enquanto importante instrumento de controle deste último, face à possibilidade deste tomar decisões incoerentes em relação aos valores constitucionais democráticos (Waldron, 2014: 1695). Decisões essas que poderiam vir a oprimir minorias cujos valores estariam salvaguardados pela Constituição, mesmo que isto represente ir de encontro a uma vontade majoritária. Sob este ângulo, o voto majoritário parece, num primeiro momento, fazer pouco sentido quando aplicado às cortes constitucionais. Para tanto, é importante verificar-se quais os argumentos de justificação da regra majoritária e se estes se adequam à sua aplicação junto ao tribunal constitucional.

De acordo com Jeremy Waldron (2014: 1705), há quatro argumentos principais que justificam a regra majoritária, sendo eles: (i) os argumentos de eficiência, (ii) os argumentos epistêmicos, (iii) os argumentos de equidade, e o (iv) argumento híbrido. O primeiro argumento é o mais comum e apela para uma maior eficácia da decisão majoritária como justificção de sua adoção. Assim sendo, nesta linha de raciocínio a decisão majoritária é mais eficaz porque diminui os custos da decisão se comparada com os demais métodos de tomada de decisão disponíveis. Além disso, aponta-se como melhor meio para dar encerramento aos debates e de prover, assim, uma decisão final. É, nesta perspectiva, defendido como método decisivo menos custoso e mais fácil de aplicar (Waldron, 2014: 1710). Em contrapartida, este posicionamento limita-se a verificar os modelos de tomada de decisão sob uma questão de custo, o que não é suficiente para justificar a sua aplicação, sobretudo num tribunal que preza prioritariamente a qualidade da decisão.

Isto não significa uma negativa na importância da eficiência da decisão majoritária no sentido de fornecer uma forma concreta e segura do encerramento do objeto contestado, ou seja, o encerramento do debate. Mas, simplesmente, não se considera que este argumento seja parte essencial e suficiente para justificar a sua aplicação. Se assim o fosse, poder-se-ia questionar porque a decisão majoritária prevalece sobre o sorteio. O sorteio, tal como a decisão majoritária, possui a eficiência de dar fim aos debates e fornecer uma decisão de forma menos custosa.

Por outro lado, o sorteio é o meio de tomada de decisão adotado na democracia ateniense⁵⁵, precisamente sob este argumento e compreendido enquanto seleção democrática por excelência, principalmente, face à desconfiança dos sistemas eleitorais majoritários que viriam a gerar governos aristocráticos e oligárquicos (Manin, 2012: 43). A concepção de igualdade defendida pelos democratas atenienses, contudo, não é a igualdade de resultados. O emprego da sorte refletia uma concepção de igualdade que não corresponde nem à igualdade de resultado nem à igualdade de chances no sentido moderno (Ibidem, 53). A distribuição de posição igual pela sorte não é, então, exatamente de poder, mas de probabilidade, no sentido matemático, de aceder ao poder (Ibidem, 58). A

⁵⁵ Não somente o emprego da sorte é um trato distintivo da democracia dita direta, mas também, como os atenienses usavam paralelamente a eleição e o sorteio, as instituições constituem um terreno privilegiado, se comparado com estes dois modelos de seleção (Manin, 2012: 22-23).

igualdade realizada pelo sorteio não é assegurada pela igualdade de chances entendida no sentido atual, porque ela não distribui os postos em função dos talentos e de esforços. Ela não é identificada com o que chamamos de igualdade de resultado, ela atribui a todas as partes iguais o bem desejado. Esta dupla diferença não prova, no entanto, que a sorte é estranha ao princípio de igualdade porque ele pode ter uma terceira forma, esquecida na teoria contemporânea de justiça: a da igualdade de probabilidade de obter um bem (Ibidem, 59).

Em resumo, o sorteio fornece o mesmo elemento de eficiência e de igualdade no sentido antes colocado para a decisão majoritária. Sobre a igualdade, contudo, verifica-se que no sorteio a igualdade não é colocada no resultado, mas como forma de ascender ao poder. Portanto, o argumento de eficiência, levando em consideração exclusivamente os custos, não parece ser suficiente para justificar a ampla adesão à regra majoritária. Até mesmo porque outros procedimentos de tomadas de decisão são capazes de combinar a características de determinação presentes na decisão majoritária. De modo que é ainda preciso entender porquê que é importante haver um tipo particular de determinação, que a decisão majoritária assegura (Waldron, 2014: 1712).

Nesse sentido, um segundo argumento em defesa da decisão majoritária, destacado por Jeremy Waldron, é o argumento epistêmico⁵⁶. De acordo com este argumento, uma vez que o ser humano é um ser falível, é preciso garantir que a tomada de decisão não seja conferida a um único indivíduo, mas por um grupo grande e de acordo com a maioria presente neste (Waldron, 2014: 1703). A maioria, sob este ponto de vista é o melhor indicativo de uma solução verdadeira ou, como mencionado no Capítulo 2, representa a menor probabilidade de que uma maioria esteja errada do que uma única pessoa ou um grupo pequeno. Em síntese, assume-se que que qualquer regime político igualitário, o melhor argumento é aquele que possui o maior número de aderentes, de acordo com uma contagem por cabeça (Ibidem: 1705)⁵⁷.

Pese embora, conforme também examinado no Capítulo 2, a corte constitucional apresenta-se como um grupo de especialistas. Combinando esta característica do tribunal constitucional com este argumento, indaga-se: no caso de desacordo, é mais provável, um

⁵⁶ Conforme visto no Capítulo 2 quando do destaque à tese de Carlos Santiago Nino.

⁵⁷ Não se estenderá sobre este argumento vez que apresentado no capítulo 2.

ou dois que cometem um erro ou que todos os membros, ou um largo grupo, ou mesmo uma maioria de especialistas, cometam um erro? Pode pensar-se que é menos provável que a visão majoritária cometa um erro. O argumento da especialização contudo não é somente sobre números, é sobre uma maioria esmagadora *versus* posições isoladas. Duvida-se, assim, que haja erro no caso de uma maioria ser esmagadora em determinado ponto de vista e os casos de desacordo se manterem isolados (Waldron, 2012: 1714).

Por outro lado, este argumento não tem nada a ver com a verdade objetiva ou com as respostas corretas, mas antes com o domínio da aplicação aritmética. Justifica-se, por exemplo, no caso em que a decisão majoritária foi alcançada por um voto de 4 a 1 ou de 5 a 2? Então a opinião contrária de um ou dois especialistas pode ser considerada como uma aberração? Enquanto seres humanos, os especialistas também não são infalíveis, há sempre uma pequena chance de que estejam cometendo um erro (Waldron, 2014: 1714). Portanto, o resultado majoritário é uma agregação aritmética, mas isto não leva necessariamente a uma ganho epistémico. O que justifica que uma decisão correta por um grupo de especialistas não é em si uma questão aritmética, mas de conhecimento. Os defensores da decisão majoritária respondem que se deveria somente tomar o aprimoramento epistémico onde nós o acharmos e que não nos devíamos preocupar como as regras matemáticas de probabilidade na geração do resultado. O resultado majoritário, portanto, aplicado no judiciário, significa somente um aumento na qualidade de sua produção decisória (Waldron, 2014: 1716; Dahl, 1957: 279). Assim sendo, a ilação de Condorcet, seguida por Carlos Santiago Nino, segundo a qual, quanto maior o grupo maior a probabilidade da decisão estar correta, parece significar que maior será a probabilidade de sua aceitação. Portanto, o argumento epistémico cuida mais de sua aceitação na sociedade, principalmente, quando esta advém de uma instituição judicial como o STF, cuja autoridade e eficácia das decisões, sobretudo no juízo constitucional, é tão dependente da aceitação para a fixação do seu resultado. Já no caso das políticas eleitorais e legislativas, pode-se invocar a esta premissa ética poderosa para convencer o eleitorado ou o legislador que perdeu, a enfrentar os resultados adversos uma vez que ao menos foi tomado em consideração o princípio da igualdade de peso dos votos, já que será igualmente respeitado numa conjuntura política futura, na qual eles possam estar no grupo vencedor.

Ao comparar-se a decisão majoritária com o sorteio, viu-se que, para além da questão da eficiência, um outro argumento guia a adoção da decisão majoritária: a questão

da igualdade. Logo, um terceiro argumento que aparece na justificação da decisão majoritária se baseia justamente numa visão de equidade. Segundo Jeremy Waldron, este possui duas perspectivas, uma formal e outra informal. No sentido informal, a decisão majoritária é entendida como a mais justa porque é igualmente aceita e respeitada pelo grupo perdedor em determinada conjuntura política a qual pode mudar e, se assim o for, será igualmente respeitada pelo “novo” grupo na oposição (Waldron, 2014: 1718). Formalmente, defende-se a decisão majoritária enquanto caminho de igual respeito pelos participantes políticos. Logo, a decisão majoritária numa sociedade de opinião binária permite que cada um dos membros desta possam optar por um dos dois caminhos e, que, a estes serão dados o mesmo peso e, assim, uma sensação de justiça face à equidade. Por conseguinte, ela é neutra entre as opiniões e, conseqüentemente, justa para os vários defensores das diversas perspectivas. A igualdade torna-se, dentro desta perspectiva, essencial e decisiva, salvo raros casos caracterizados como casos difíceis, complexos ou “*hard cases*”. Em síntese, ela é satisfatória e deve ser apoiada tendo em vista quatro condições que possui como características: decisória-terminativa, neutralidade, alto peso positivo e igualdade - nas circunstâncias de escolha binária (Waldron, 2014: 1719).

Mas esta igualdade defendida em prol da decisão majoritária, ou seja, a partir da noção de “um homem, um voto” insiste em que as opiniões de todos deveriam ser tratadas igualmente⁵⁸. Em relação à equidade, Jeremy Waldron questiona se deveríamos analisar da mesma forma os legisladores e os juizes. Segundo este autor, os juizes não têm a mesma representação que os legisladores uma vez que, diferentemente destes últimos, os primeiros são nomeados, não elegidos⁵⁹. Assim sendo, os juizes são escolhidos de forma indireta, através de nomeação pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha por maioria absoluta no Senado Federal (art. 101, parágrafo único da CRFB), sendo estes últimos, senadores e o presidente, escolhidos diretamente pelo povo através do processo eleitoral. Ou seja, apesar de não diretamente eleitos, são selecionados pelos representantes eleitos pela sociedade. Conseqüentemente, de acordo com o raciocínio de Jeremy Waldron, admitir a possibilidade de dar maior peso à opinião de um juiz do que a outro, significaria

⁵⁸ No capítulo 2, viu-se como no consenso a desigualdade é legitimada através de uma noção acerca da sociedade plural e solidária, principalmente, sob a perspectiva dos movimentos sociais e das teorias de democracia deliberativa. No item que se segue, aprofundar-se-á mais nesta questão sob o enfoque dos efeitos e compreensões comuns decorrentes da decisão majoritária.

⁵⁹ Neste mesmo sentido, Jürgen Habermas aponta que, diferentemente dos aplicadores do direito, o legislador não legitima suas decisões a partir da lei simples elaborada por ele mesmo (2003, p. 324).

um desrespeito à nomeação do Presidente e do Senado Federal que ratificou esta nomeação e, por conseguinte, aos eleitores e à vontade majoritária que elegeram estes oficiais (Waldron, 2014: 1722).

Verifica-se, assim, que a justificativa da decisão majoritária na Corte Constitucional difere da utilizada para o seu uso pelo Parlamento ou Congresso Nacional. As cortes constitucionais, pela análise supramencionada dos principais argumentos em favor de seu uso nestas instâncias, fundamenta-se principalmente no sentido de diferenciação da representação da vontade coletiva pelos juízes na tomada de decisão judicial. Dessa maneira, se por um lado a representação Parlamentar é direta, no sentido de que se manifestam os interesses majoritários legitimados pelo voto no curso das eleições, o mesmo não pode ser afirmado no que atine à Corte Constitucional a qual não é eleita, mas nomeada, por estes representantes. A representação na instância judiciária é, então, indireta⁶⁰ e fundada no exercício da garantia da lei constitucional. Assim sendo, uma vez que a lei constitucional é a manifestação da vontade de determinada sociedade historicamente construída, e sendo a corte constitucional o seu protetor, na aplicação da lei constitucional, os juízes estariam representando a vontade na lei expressa e por este motivo suas opiniões devem possuir o mesmo peso.

O quarto argumento apontado por Jeremy Waldron (2014: 1723) é o híbrido, que se pode traduzir numa conjunção entre argumento epistémico e o da equidade. Este argumento foca-se no meio para se alcançar o melhor argumento. De acordo com esta alegação, a qualidade do argumento é formada pela agregação majoritária dos votos individuais ou, em linguagem mais informal, “contando-se cabeças”. Esta contagem, por sua vez, obedece à igualdade política, qual seja, de igual participação no resultado majoritário, que, em consequência, é valorada como justa. Neste sentido, a Justiça é compreendida como igualdade política, a qual, neste processo majoritário, corre através da contagem de votos individuais. A contagem de votos, por conseguinte, é o modo pelo qual se afere a qualidade epistémica.

Diferentemente da sociedade, contudo, a decisão dentro da corte constitucional é realizada através de um colegiado de especialistas, cuja igualdade política é diversa, portanto, à observada socialmente. O igual respeito pela decisão no caso da corte

⁶⁰ O mesmo ocorre em Portugal acerca da escolha dos juízes que compõem o Tribunal Constitucional no país (Miranda, 2013: 148; Mirando, Jorge et. al., 2007: 253; Correia, 2016: 106).

constitucional fundamenta-se no respeito pela lei (constitucional, sobretudo) contida nesta decisão. Noutros termos, cada juiz se coloca em prol da lei na tomada de decisão e, assim, em prol da igualdade baseada na previsão legal constitucional. A igualdade presente, portanto, no tribunal constitucional não é idêntica àquela contida apreciada em sociedade, qual seja, a igualdade política defendida pelo argumento híbrido. Em contrapartida, Jeremy Waldron (2014: 1724), entende que o argumento de equidade da decisão majoritária busca defender a igualdade entre os juízes no resultado final majoritário, ou seja, que a corte incorpora (ou soma), no sentido formal, cada um dos votos apresentados. Pode-se ir mais longe e falar-se em igualdade para com a lei, uma vez que cada um dos juízes, em teoria, é suposto que seja a expressão da própria lei, ou seja, seu porta voz. Assim sendo, o argumento híbrido, transferido especialmente para o contexto das cortes constitucionais, fundamenta a decisão majoritária sob a defesa de que os juízes devem participar igualmente no resultado da decisão majoritária, ou seja, devem contribuir individualmente para a manifestação da opinião jurídica acerca de uma determinada interpretação constitucional, a qual será fixada de acordo com a soma das demais opiniões individualmente manifestadas e igualmente valoradas. Os votos possuem igual peso, de acordo com o argumento híbrido, porque eles representam a interpretação da lei.

Em síntese, para Jeremy Waldron, o argumento de eficiência é incompleto. Na melhor das hipóteses, porque uma vez que a decisão majoritária é tão terminativa quanto o sorteio, o que o torna à partida insuficiente para explicar a sua adoção, em detrimento de outros mecanismos de tomada de decisão que seriam igualmente terminativos. O argumento epistémico também não parece ser suficiente para explicar a adoção da regra majoritária vez que se concentra no mero apoio à maioria pela maioria. O argumento da equidade, apesar de parecer o melhor argumento no plano legislativo e no processo eleitoral, perde força no contexto judicial, uma vez que a participação na votação se restringe ao colegiado de especialistas cujas condições, qualidade e quantidades, são diversas das dos cidadãos e legisladores. Por fim, o argumento híbrido assume-se, para este autor, como o mais pertinente, pese embora a racionalidade dentro de um princípio normativo de igualdade judicial se basear, no fundo, numa ficção admitida e, por vezes, vulnerável, precisamente em circunstâncias cheias de controvérsias nas quais o procedimento de decisão no tribunal se revela mais importante para legitimar o seu trabalho (Waldron, 2014: 1725).

No capítulo 1 destacou-se como os eleitores ou seus representantes, em determinados assuntos, têm procurado preferencialmente os juízes em circunstâncias de desacordo social, sobretudo, naqueles em que se enxerga que a representação política não agiu de forma condizente com a vontade majoritária do eleitorado, ou quando esta viola uma garantia constitucional que contenha, por exemplo, um valor em defesa de grupos contra-majoritários oprimidos. Em suma, esta problemática indica o surgimento de novas estratégias político-sociais de luta que estão sendo transferidas para o STF sob o fundamento de que tal instituição consegue concretizar melhor os interesses dos grupos minoritários, cujas posições muitas vezes se contrapõem àquela majoritária prevalecente nas instituições parlamentares onde estes, por tal motivo, não possuem espaço de vitória ou concretização. Em contrapartida, o STF, mesmo nos casos de desacordo, aplica a regra majoritária para o encerramento do processo de tomada de decisão, o que poderia contradizer a sua característica contra-majoritária e a qualidade de seus votos, os quais deveriam basear-se em princípios, e não, como ocorre, num mero cálculo aritmético. Por outras palavras, uma vez que as decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade dispõem sobre a interpretação constitucional, cuidam de questões de princípios importantes para a sociedade, deveriam possuir mais requisitos do que as tomadas de decisão sobre objetos mais simples, como as que o indivíduo realiza em seu dia-a-dia, por exemplo. Um destes requisitos é justamente o da motivação de suas decisões sobre as quais não basta ser um exercício de retórica mas de argumentação racional. Por esta razão, a decisão majoritária não deveria, por si só, ser aplicada pelo Tribunal Constitucional.

Cumprido ressaltar, portanto, que o tribunal constitucional não aplica exclusivamente a regra majoritária, ele possui uma etapa anterior de deliberação que é fundamental para a consecução da motivação de seu voto. Assim sendo, o voto do tribunal não é somente majoritário mas igualmente motivado. É justamente esta motivação que satisfará a demanda de qualidade, que a exclusiva aplicação da regra majoritária não é capaz de satisfazer. Assim sendo, o voto no tribunal constitucional supõe não somente a contagem de opinião, mas respeita igualmente a preocupação com a qualidade da decisão, através de uma convergência de opiniões entre os juízes no momento de exposição das motivações de seus votos, o qual se afere como um dos momentos deliberativos do tribunal. Este respeito pela motivação tende ainda a ser assegurado pela publicidade dos votos e da

argumentação. A motivação do voto é portanto o instrumento para conciliar a quantidade com a qualidade (Urfalino, 2007: 19), ou, ainda, a deliberação com a regra majoritária.

Além disso, o juiz, quando fornece o seu argumento, ele não age no sentido de “isto é o que eu faria moralmente”, mas sim sob o espírito do que considera melhor dispor sobre determinado caso, numa demonstração de boa-fé em como acredita que as outras pessoas na sociedade foram tratadas em circunstâncias similares. Ou seja, sob o juízo de equidade e justiça pré-determinados, que demandam que estes sejam imparciais e suas decisões sejam tomadas a partir de um distanciamento da situação que irão avaliar. Logo, o desacordo do tribunal é diferente do que ocorre no seio da sociedade. Apesar disto, seja no legislativo ou no judiciário, ou mesmo no processo eleitoral, é necessário que se desenvolva uma tolerância para com o desacordo. A questão dos direitos, que é matéria controversa no controle de constitucionalidade, é, de acordo com Waldron (2008: 22), não somente uma questão de interpretação, no sentido restrito do legalismo, mas também faz emergir problemáticas não resolvidas em determinado momento para a comunidade política. Ninguém questiona um dispositivo constitucional somente porque ele não é claro, mas porque ele tem um impacto real na vida das pessoas.

Sendo assim, quer os juízes, quer os cidadãos, devem desenvolver um sentimento de tolerância, que significa não a cessação das suas opiniões, mas antes que não transforme os seus opositores em corruptos, viciosos, ou os acuse de não serem claros. Em suma, que considere que as opiniões divergentes possuem a sua própria racionalidade e verdade e que alguns assuntos sempre serão objeto de desacordo, como é o caso do aborto (Waldron, 2014: 1727). Nesta ordem de ideias, conclui o autor que não há como fugir do binarismo (maioria *versus* minoria) e que é necessário ser mais cuidadoso ao considerar determinado resultado majoritário como tirânico. Ainda segundo a exposição de Jeremy Waldron (2014: 1727-1728), nem toda decisão majoritária é tirânica, assim como não é necessariamente injusta mesmo para um grupo minoritário, ela é legítima e pode inclusive ser mais justa do que a opinião minoritária. Além disso, a criação de uma suposta “tirania da maioria”, por parte da Corte Constitucional, é menos provável do que pela sociedade. Tal se justifica em razão da desigualdade entre os juízes ser menor, uma vez que gozam de uma posição mais igualitária no que atine ao conhecimento que possuem sobre as matérias que lhes compete decidir. Contudo, essa possibilidade não está descartada nos casos em que, por exemplo, uma posição divergente minoritária que perde na votação do tribunal, gera uma

desvantagem para o próprio juiz, uma vez que parte do grupo que defende tal posição minoritária sobre a qual o objeto da decisão gerará efeitos diretamente⁶¹.

Tendo em vista este raciocínio, Jeremy Waldron (2014: 1727) conclui que não há uma incompatibilidade entre a decisão majoritária e a Corte Constitucional, sendo inclusive mecanismo necessário para complementação à deliberação. O autor acrescenta, ainda, que sob o seu ponto de vista, o consenso pode gerar mais dissenso do que a regra majoritária. E, por conseguinte, o voto parece justamente indicar uma falha existente na teoria deliberativa na impossibilidade de consenso que ele procura, deste modo, solucionar. Ou seja, o voto quando aplicado em várias instituições deliberativas, como a Corte Constitucional, é um indicativo que a deliberação, por si só, não é capaz de gerar decisões e, para tanto, é necessário combiná-las com outra etapa na tomada de decisão coletiva: a votação (Waldron, 2014: 1729). Segundo o autor, é necessário uma teoria deliberativa que se desenvolva a braços com a decisão majoritária e que explique por que é razoável que se requeira a decisão majoritária, não somente em função do interesse pessoal, mas mais pela sua imparcialidade, porque é mais séria e melhor no sentido de convicção acerca de justiça, direitos e do bem comum.

Nesse sentido, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito judicial, a regra majoritária vem sempre carregada de grande força moral, sobretudo porque se revela como única regra que contém propriedade matemáticas – sempre presentes nas fundamentações a seu favor – que é a única capaz de satisfazer o anonimato e a neutralidade (Vermeule, 2007). De fato, observa-se que boa parte da doutrina que defende a democracia deliberativa, conforme visto no capítulo 2, não abre mão do voto majoritário como meio mais eficaz no encerramento dos debates de modo imparcial. Por outro lado, é preciso ter em mente que, conforme notado por Adrian Vermeule (2007), esta regra não satisfaz completamente a demanda por decisões que prezem por sua qualidade.

Opostamente às opiniões conclusivas de Jeremy Waldron, Adrian Vermeule (2007) coloca um importante questionamento acerca da adoção da decisão majoritária pelo Tribunal Constitucional. Apesar do entusiasmo de Jeremy Waldron em relação as

⁶¹ Poder-se-ia argumentar sobre este ponto que o juiz, contudo, tem o dever de decidir imparcialmente e por isso mesmo sendo o caso de ser afetado pessoalmente sobre o objeto a ser decidido, este teria que abster-se de suas preferências pessoais. O princípio da imparcialidade, aplicado aos juízes, será abordado no próximo item.

contribuições positivas que a regra majoritária pode trazer às problemáticas da decisão por deliberação, seja por deliberação ou pela regra majoritária, uma mesma corte constitucional pode majoritariamente votar em favor de um posicionamento completamente conservador, como foi o caso norte americano destacado no capítulo 1, *Dred Scott v. Sandford* (1857). Assim sendo, não obstante as características aparentemente vantajosas da decisão majoritária, antes assinaladas, ambos os mecanismos de tomada de decisão apresentam o mesmo problema de adequação entre o resultado e a distribuição de preferência, no que atine à sua aplicação por um colegiado como o Tribunal Constitucional.

Importante ainda mencionar que a presente análise proposta por Jeremy Waldron mostra que não só os Tribunais Constitucionais não são puramente deliberativos, como a regra majoritária não é apenas periférica, mas parte importante⁶² para superar as falhas e riscos da deliberação, como os aspectos de desigualdade que podem decorrer, por exemplo, de uma hierarquia no discurso retórico. Nesse sentido, os autores costumam destacar a importância do distanciamento dos juízes nas demandas, sobre cujos conflitos podem agir de modo imparcial, uma vez que não pertencentes aos conflitos de interesses neles comportados. Por outro lado, no Capítulo 2, verificou-se que a regra majoritária cria mecanismos mais conflituosos a partir do binarismo originado do que o consenso, como afirmou Jeremy Waldron. É preciso, portanto, ir para além das análises matemáticas e enxergar que as circunstâncias culturais do ser humano, que infligem aspectos sobretudo sociais, não se podem restringir a aferições deste tipo. Em síntese, se por um lado a regra majoritária cria tal aspecto conflituoso, por outro, a necessidade de se encontrar um caminho que comporte um mediador imparcial tem maior peso nas escolhas, já que se trata de encontrar um mecanismo de tomada de decisão que seja legitimado, democraticamente falando. Assim sendo, fortalecem-se as teses que não excluem as necessidades deliberativas, mas que não abandonam por completo a regra majoritária, encontrando nela o instrumento importante de complementação para alcançar um resultado justo.

É este o pensamento que se verifica pelo funcionamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o qual, apesar de possuir uma etapa considerada deliberativa nas audiências de julgamento, e apesar de ter adotado mecanismos que buscam uma

⁶² Para Robert Dahl, Waldron e Bruce Ackerman, Hans Kelsen a regra majoritária é essencial (Urfalino, 2014a: 7) porque está associada aos valores democráticos de igualdade, liberdade e autogoverno.

aproximação deliberativa com a comunidade, para além das partes processuais, como é o caso do *amicus curiae* e das audiências públicas, possuem decisões que são tomadas efetivamente a partir da votação dicotômica (constitucionalidade/ inconstitucionalidade). Mesmos as decisões cujo acórdão indica uma constitucionalidade ou inconstitucionalidade progressiva ou parcial, mantêm-se nesta ordem dicotômica. Portanto, a adoção deste mecanismo híbrido de deliberação e regra majoritária, confeririam legitimidade democrática na perspectiva da tomada de decisão coletiva, na medida em que se reconhece a sua autoridade representativa a partir da aplicação da razão pública contida em lei, da garantia de imparcialidade pela regra majoritária e da participação através da deliberação prévia ao voto.

4.2 Desconstrução da Racionalidade fundada na Imparcialidade para criação de um espaço público de deliberação

Conforme visto no Capítulo 1, o período de democratização no Brasil após o regime militar de 1964, é marcado por uma grande crise na hegemonia política e por uma mobilidade institucional com o surgimento de novos atores e atos nos jogos de interesses, que colocaram em cheque a necessidade de articulação de novos canais de consenso social. Neste sentido, o Brasil perpassa pelas mesmas questões que envolvem os processo de democratização de suas instituições estatais, dentre as quais o Judiciário não é exceção. Ao contrário, o Supremo Tribunal Federal, neste contexto, começa a ser encarado como espaço relevante de luta política passando, assim, a protagonizar situação inéditas, orientadas por grupos cuja racionalidade chocava com a então defendida por aquele tribunal. Este grupos sociais⁶³, ou movimento sociais, vieram a reaproximar, de forma

⁶³ A noção de grupos sociais utilizada no presente estudo toma por base conceituação realizada por Iris Marion Young (1990), segundo a qual estes não são agregados ou associações ou mera combinação de pessoas, mas um coletivo de pessoas cuja finalidade se dá em razão de um estilo de vida que se diferencia dos demais grupos ou pessoas existentes na sociedade em razão de sua forma cultural. Estes não são definidos, portanto, *a priori*, pelos seus elementos comuns ou atribuições, mas pelo seu senso de identidade. Apesar da autora diferenciar os grupos sociais dos grupos ideológicos, estes últimos, definidos como coletivo de pessoas que partilham determinadas crenças políticas, para o objeto proposto na presente dissertação considerar-se-á estes dois grupos de forma indiferenciada no que se refere aos movimento sociais ou grupos sociais.

nítida, o Supremo Tribunal Federal à Política, explorando ao máximo as fissuras de um ordenamento jurídico lacunoso e cujos pilares de estabilidade e ordem o afastam cada vez mais da realidade complexa e plural sociedade (Campilongo, 1994: 117-119).

Nessa onda de novos agentes – seja do rol de legitimados ativos ampliado com a CRFB de 1988, seja com a adoção de audiências públicas e da figura do *amicus curiae* - passa-se a enxergar o STF como importante instrumento na consecução de políticas pelos diversos grupos e movimentos sociais. O STF passa assim a ser encarado como novo espaço público de luta política. Neste contexto são intensificados os debates acerca da judicialização da política e sobre o ativismo judicial, sobretudo, com enfoque na legitimação do STF, a qual acompanha um movimento de democratização das instituições estatais. Tendo isto em vista, verifica-se uma modificação da estrutura institucional do Supremo Tribunal Federal que tem acompanhado estes debates, num movimento de aproximação a esses novos agentes, no que se refere ao procedimento de tomada de decisão interna. Estas mudanças, portanto, contribuíram para uma visão do Tribunal como deliberativo, e parte da sua finalidade passava por afastá-lo das críticas que se perfaziam na crise representativa dos órgãos tradicionalmente políticos.

Contudo, ao mesmo tempo que se verifica este movimento em direção à deliberação na estruturação do Tribunal Constitucional Brasileiro, conforme visto no item anterior, o encerramento da tomada de decisão dá-se, em realidade, por meio do voto majoritário. Entretanto, seja na aplicação da regra majoritária, seja nas condicionantes para uma deliberação eficaz, a doutrina parece concordar sobre a importância da argumentação através de raciocínio impessoal dos juízes que se baseia numa concepção de imparcialidade.

O princípio da imparcialidade aparece quando se defende a neutralidade do tribunal e o seu distanciamento para com as causas a que cumpre julgar; este deve ditar a racionalidade de suas decisões, ou seja, sob um ponto de vista externo às situações concretas, um ponto de vista transcendental que parta de lugar algum, distante e acima destas situações (Friedman, 1989). Nesse sentido, o princípio da imparcialidade tem por finalidade a igualdade de tratamento dos conflitos de interesses colocadas diante do Tribunal, através da aplicação de uma racionalidade neutra condizente com a idéia de justiça universal. A igualdade de tratamento preconiza, deste modo, que no caso de se

realizar um julgamento justo para todos/as. Tal justiça é assim defendida de dois ângulos diversos: o de distanciamento ou como um processo de empatia absoluta nos quais o julgador deve ocupar todos os diferentes pontos de vista envolvidos na situação; ou se veste pelo “véu da ignorância”⁶⁴, através do qual se suprime o conhecimento subjetivo particular, supondo-se que todos têm igual conhecimento da situação, resistindo assim a certas restrições motivacionais (Friedman, 1989: 648-654).

Assim sendo, a racionalidade imparcial que deve guiar a argumentação nos tribunais garante com que haja decisões justas compreendidas como aquelas que garantam a igualdade de tratamento dos pontos de vistas trazidos perante o juiz, uma vez que não representam as ideologias, concepções de vida pessoais ou emoções do juiz, mas um juízo moral universal, o “bem comum” expressado na lei. Conforme observa Iris Marion Young (1990), esta racionalidade reduz-se a encontrar um universal que abranja os fenômenos a serem explicados, ou seja, funciona como redução das coisas a uma unidade, através da busca dos elementos comuns para inserção destas numa mesma categoria. De acordo com a autora (Ibidem, 96-99), o ideal de imparcialidade na teoria moral expressa uma lógica da identidade que tende a conceituar a substância a uma entidade idêntica subjacente à mudança que pode ser classificada, contada, medida. A lógica da identidade não compara ou unifica, mas constrói sistemas totalizantes unificados em princípios onde o ideal é reduzir tudo a um princípio inicial (de origem).

Esta lógica de identidade, portanto, funciona através de um processo seletivo na identificação dos elementos comuns que se adequam à categoria, perpassando, conseqüentemente, por um processo de inclusão/exclusão que se baseia em um padrão invariável de razão universal para sua caracterização. Dessa forma, este processo de seleção, inevitavelmente, faz emergir dicotomias entre os que se encaixam e os que não se encaixam em determinado parâmetro. Em outras palavras, a categorização num princípio universal cria necessariamente a distinção entre o dentro e o fora e, assim, compele a diferença para oposições hierárquicas dicotômicas de redução da pluralidade à unidade, mensurando-se através de um padrão invariável de razão universal. Uma vez que o padrão

⁶⁴ O véu da ignorância cunhado por John Rawls (1997: 146-153), é a característica de que deve se vestir as pessoas na posição original para definição dos princípios de justiça. Para este autor, as pessoas nas posições originárias devem desconsiderar todas as suas contingências pessoais, como sua posição social na sociedade, para que possam chegar a um consenso de justiça.

invariável de razão universal é colocado como o melhor ou o certo, toda a argumentação racional deve basear-se neste e, assim, os que nele não se incluem acabam por serem valorados como comportamentos ou condições desviantes. Nesse sentido, Iris Marion Young afirma que esta racionalidade acaba por negar e reprimir o “diferente”, ou seja, aquele que não se inclui neste parâmetro universal e que se desenvolve de três maneiras (1) pela negação das particularidades das situações e aplicação igual a partir de princípios universais que se aplicam da mesma forma em todas as situações morais; (2) pela suspensão das emoções⁶⁵ (desejos e afetividades) e, conseqüentemente, das particularidades das situações vivenciadas; (3) pela redução das particularidades dos sujeitos morais à mesma subjetividade (Ibidem, 100-102).

Além disso, estas dicotomias estruturam-se numa relação de oposição hierárquica, ou seja, onde o elemento característico inadequado ao parâmetro é apresentado como elemento a ser excluído, sendo avaliado como o ruim, o mau, o errado. Numa sociedade plural, formada por uma pluralidade de identidades, estas dicotomias tornam-se reprodutoras de desigualdade. Portanto, o imparcial gera a inadequação do parcial. Enquanto que o imparcial é associado ao desejável e correto, o parcial é associado ao caótico, informe, em transformação, o que ameaça cruzar a fronteira e romper a unidade do bem (Ibidem, 99). Em síntese, a imparcialidade reduz as diferenças e a pluralidade à unidade, trazendo-as a uma categoria universal que requer uma expulsão das características que a possam tornar diferente, criando, dessa maneira verdadeiros grupos marginalizados, estrangeiros em sua própria comunidade.

⁶⁵ É importante mencionar que já são realizadas diversas pesquisas na doutrina jurídica, que não só constitucional ou da filosofia do direito, de reconciliação do Direito com as Emoções. Assim sendo, apesar da racionalidade jurídica impor um afastamento das emoções, estas pesquisas demonstram como as emoções já se encontram previstas em vários institutos jurídicos, como o penal na ponderação de responsabilidade, assim como são elementos da formação moral que ajudam na fixação de uma lei ou decisão ou da sua necessária modificação. No que atine ao direitos do constitucional, as emoções ajudam à internalização do comportamento de adesão aos ditames constitucionais, assim como são alertas e motivadoras da necessidade de revisão destes mesmos compromissos através de um processo de indignação moral perante uma lei que pode ser a origem para uma transformação do ordenamento jurídico. As emoções são, assim, parte da própria compreensão de justiça por um processo de indignação moral, o qual depende de um contexto cultural, indicam ainda as causas para determinadas ações normativas, como por exemplo, a promulgação da constituição de um Estado Democrático de Direito face ao medo e repulsa a regimes autoritários. Tendo em vista a limitação espacial e temporal do presente trabalho, não se desenvolverá de forma mais profunda este tema, mas a título informativo acerca das pesquisas mencionadas, ver: Tavares, Rodrigo de Souza; Struchiner, Noel. “Capítulo V. Direito e Emoções: uma proposta de cartografia.”, in: *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*, 1ª edição, Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio. 2014, pp. 109–135. E, especificadamente sobre o constitucionalismo, ver: Sajó, Andrés. “Emotions in Constitutional Design”. In: *International Journal of Constitutional Law*. 2010. 8 (3): 354–384. doi:10.1093/icon/moq009.

Iris Marion Young reforça ainda que numa sociedade complexa, composta por grupos sociais diferentes, na qual alguns grupos são privilegiados enquanto outros são oprimidos, a propensão para universalizar o particular reforça esta opressão (Bellamy, 1994: 418). A ótica ou ponto de vista privilegiado, suas experiências particulares e parâmetros são construídos como normais e neutros. Se as experiências de alguns grupos diferem da experiência neutra, ou quando não estão à altura destes parâmetros, sua diferença é construída como desviante ou inferior, como o normal e o desviante (Foucault, 2001; 2013). Tendo isto em vista, a aplicação da racionalidade imparcial é não somente impossível - o raciocínio que parte de lugar algum-, mas igualmente opressora, ou seja, acaba por gerar relações de poder desiguais⁶⁶. Nesse sentido,

Nossa capacidade para a reflexão sobre os nossos objetivos e ideais morais, em que desenvolvemos a variedade de códigos éticos que prevalecem nas sociedades humanas, torna a aspiração a se conseguir um acordo, ou uma convergência fundamental de moralidades, não apenas defeituosa, mas prejudicial (...) Na verdade, o dilema que os liberais enfrentam atualmente pode bem ser o mesmo que fragmentou, de modo irreparável, a comunidade histórica que sustenta o liberalismo, de tal modo que as tentativas de revivê-lo tornam-se moralistas e, finalmente, inadmissíveis. Esta circunstância sem dúvida é responsável pela imagem contemporânea do liberal insípido cuja apreciação de todos os lados de um argumento e a diversidade dos valores a ele subjacentes o condenam a ser um observador perpétuo e bastante impotente dos conflitos dos outros – bem diferente de todos os seus predecessores, muito confiantes, do século XIX. Quando o liberalismo se estabelece nos dias de hoje, corre o risco de se tornar, estranhamente, não liberal. (Bellamy, 1994: 427-428)

Desta forma, o comprometimento com o ideal de imparcialidade, tem consequências ideológicas adversas (Young, 1990: 112), que passam a multiplicar as relações de dominação e de opressão, justificadas dentro desta racionalidade, e que tornam obscuras as possibilidades de relações sociais mais emancipatórias. Assim sendo, a autora afirma que o ideal da imparcialidade passa a servir ao menos três funções ideológicas: (1) estado neutro; (2) legitimidade da autoridade burocrática e de processos de tomada de decisão hierárquicos; (3) reforçam opressão através da hipótese de um ponto

⁶⁶ Atenta-se contudo que Iris Marion Young (1990: 31-33) ao mencionar as relações de poder desiguais não parte de uma concepção do poder a partir da justiça distributiva, mas como inserido na relação de dominação. A dominação, por sua vez, no pensamento dessa autora é um fenômeno estrutural e sistêmico de exclusão da participação de algumas pessoas ao determinarem suas ações ou condições de suas ações.

de vista de grupos privilegiados colocados na posição universal. Observa-se, assim, que o “véu da ignorância” que defende uma racionalidade que parta de um ponto vazio, funciona em realidade como véu de influência (Friedman, 1989: 652). Longe de estar livre de viés, reflete, na realidade, uma política cultural muito particular (Ferejohn, et. al., 2002: 231-236).

De acordo com Iris Marion Young, esta política é capitalista e opõe o homem racional, branco, burguês (Bellamy, 1994: 434) e heterossexual ao desejo, à mulher, aos índios, homossexuais e negros, em suma, a grupos sociais tradicional e historicamente oprimidos⁶⁷ (Polletta, 2012: 191). Em resumo, o ideal da razão moral, o senso moral, está posicionado opostamente ao imparcial e ao parcial, e, analogamente, o público e o privado, o racional e o desejo de afetividade. Isto porque a razão imparcial civilizada caracteriza a virtude do homem republicano, que se levanta acima da paixão e do desejo. Precisamente porque as virtudes da imparcialidade e universalidade definem o público cívico, o qual deve afastar-se da particularidade humana. As modernas razões normativas e suas expressões políticas na ideia de público cívico atingem, então, a unidade e coerência através da expulsão e confinamento de tudo o que pode ameaçar invadir a política com a distinção: a especificidade do corpo da mulher e desejos, diferenças de raça e cultura, variabilidade e heterogeneidade das necessidades, as metas e desejos individuais, a ambiguidade e desafio das emoções (Young, 1990: 111).

As decisões judiciais, por sua vez, ao partirem de um juízo imparcial acabam reproduzindo essas dicotomias entre universal e particular, entre público e privado, entre razão e paixão, cujos primeiros elementos são os que devem ser adotados, enquanto que os segundos são retirados de sua argumentação racional. Esta redução da pluralidade para um ponto de vista universal também abrange a dicotomia entre a vontade geral e os interesses particulares. Neste sentido, a vontade geral, representada pela autoridade pública que persegue o “bem comum” opõe-se aos interesses particulares (Young, 1990: 107) dimensionados como valores egoísticos a serem evitados.

⁶⁷ A opressão é definida por Iris Marion Young como um conjunto de condições e conceitos, sendo eles: exploração, marginalização, impotência, imperialismo cultural, e violência (1990, pp. 39-65). Este conceito de opressão não é compreendido, portanto, como o resultado de políticas de poucas pessoas, mas é inserido no cotidiano da vida, na prática dos bem-intencionados da sociedade liberal. Além disso, afirma a autora, que essas condições e conceito que definem ou identificam os grupos oprimidos são combinadas de forma e em dimensões diferentes à depender da particularidade de cada grupo.

A Corte Constitucional como “instituição deliberativa” fala e justifica por e através de razões públicas, sendo deste modo concebido como “*reason-giver*”, como interlocutor que não só fala, mas também escuta e incorpora razões de outros atores. É, por esta razão, potencialmente deliberativo através da atuação num espaço de imparcialidade (Mendes, 2011: 109). Desta forma, o juiz constitucional, a partir do pressuposto imparcial como “*reason-giver*”, ou interlocutor/mediador e deliberador, deve despersonificar-se, ou seja, ter uma posição passiva de escutar e questionar (Mendes, 2011: 125-129). Por outro lado, isto significa, na perspectiva de Iris Marion Young, colocar suas visões parciais mascaradas de vontade geral, ou razão pública, numa relação de superioridade face às demais formações sociais e culturais; mascaram, assim, a inevitável parcialidade da perspectiva que de fato orienta a deliberação moral, uma vez que a imparcialidade gera a propensão para generalização e universalização de determinada e específica particularidade. Não se quer dizer, com isso, que os juízes oprimem dolosamente as identidades culturais das mulheres, dos índios, dos negros ou dos homossexuais, mas que, ao se basearem nos princípios de imparcialidade, a exclusão e opressão destes acaba sendo uma consequência necessária. Significa, em suma, que a interpretação jurídica deste juízos constitucionais perseguem uma ideologia própria mesmo quando se afirmam como imparciais, em outras palavras:

‘a interpretação do direito um dos momentos da prática onde se percebe mais claramente o funcionamento autonomizado da ideologia’, que ‘a interpretação jurídica é modalidade da prática ideológica’. Já que a intenção essencial dessa interpretação seria ‘a sua determinação por uma compreensão prévia das possibilidades e do sentido da ordenação contidos nos termos jurídicos – o círculo hermenêutico é aqui particularmente efectivo: toda a interpretação deve ter compreendido já de alguma forma o que há-de interpretar’; e ‘sob o tema da compreensão prévia, da convicção da justeza do resultado objetivo, etc., late a consciência de intervenção de elementos ético-políticos no conhecimento do texto jurídico escrito’. Isto significa que ‘o intérprete não vê de maneira asséptica as relações sociais estabelecidas normativamente, mas descobre-as debaixo do prisma da sua própria relação ideológica com o mundo que o rodeia, i. é, submetido às influências que recebe do seu contexto’. ‘Aqui não há um ‘conhecimento’ pleno e definitivo, mas uma ‘concretização’ normativa, resultado de um processo, em que se enfrentam convicções ideológicas acerca do que é ‘justo e razoável’, que o dirigem e determinam’ – a compreensão do sistema jurídico pelo intérprete tem assim ‘lugar através da mediação da ideologia, através da ideologia que ele assume da classe a que pertence ou da ‘prática social’ (prática político-económica) em que se insere e que assimila. Pelo que o

‘caráter político a função dos tribunais é evidente’.” (Neves, 2010: 393-394)

Paralelamente, conforme mencionado no Capítulo 1, ao falar dos juízes, François Ost (2007: 127) atenta que o Direito e a Democracia não tratam de uma regra de jogo puramente formal, mas de uma regra que implica o respeito pelo julgador e a garantia que o iguala aos restantes participantes, mais experientes e poderosos, ou, ao menos, àqueles que têm o direito de fazer valer o seu ponto de vista. Dito de outra forma, Hermes é o juiz que reflete sobre os vários pontos de vistas que se colocam, consciente de que é impossível monopolizar a interpretação (Ibidem, 116) – igualmente anunciada por Peter Häberle (2002), sem que isto signifique uma cacofonia, mas impondo, assim, o seu ponto de vista, decidindo quem tem o quê, quem faz o quê e quem é quem, parte do rol essencial do Direito (Ost, 2007: 130).

Observa-se, ademais, que mesmo quando estes grupos de oprimidos questionam a suposta neutralidade dos pressupostos e políticas vigentes, e expressam suas próprias experiências e perspectivas, suas reivindicações são encaradas como expressão de interesses especiais, enviesados e egoístas, que se desviam do interesse geral e imparcial sendo, assim, acusados de arbitrariedade e parcialidade. Na sociedade diferenciada por grupos sociais, ocupações, posições políticas, diferenças de privilégios e opressão, regiões, etc., a percepção de qualquer bem comum só pode gerar uma interação pública que se expressa através das particularidades. Assim sendo, a dicotomia público e privado deve ganhar um novo significado para a própria democratização do Supremo Tribunal Federal, a qual faça dele não um espaço de reprodução de relações de opressão, mas um espaço público político inclusivo e de emancipação social. Para tanto, deve ser promovido o ideal público heterogêneo, no qual as pessoas se posicionam com seus conhecimentos diversos e respeitados. Essa ideia de “espaço público heterogêneo”, consciente de que as semelhanças não significam igualdade absoluta, propõe que o juízo perpassa por um processo cognitivo que inclua a diferença. Neste sentido, Iris Marion Young, (1990: 119-120) entende que isto implica duas condições: (1) que nenhuma pessoa, ação, aspecto da vida pessoal deve ser forçado à privacidade; e, (2) que nenhuma instituição ou prática social deveria ser excluída *a priori* de ser objeto próprio de discussão e expressão pública. Sob esta perspectiva, o tribunal constitucional deve procurar ser um espaço deliberativo, cuja razão normativa seja

dialógica, ou seja, onde emergja da real interação de pessoas com diferentes pontos de vista, que são desenhados fora de si mesmos, ao serem forçadas a confrontar e escutar os outros. Somente a tomada de decisão estruturada neste sentido pode ser, então, democrática, assegurando a voz e o voto para todos os grupos particulares envolvidos e afetados com as decisões (Young, 1990: 116).

Deste modo, quando os movimentos sociais usam, por estratégia política, o Supremo Tribunal Federal na reivindicação dos direitos previstos constitucionalmente, buscam nesta dimensão, igualmente, serem reconhecidas suas singularidades e, assim, de expressar sua distinção e, conseqüentemente, de se diferenciarem dos demais. O uso de juízos imparciais, como colocado por Iris Marion Young, contradiz esta demanda dos movimentos sociais, fazendo com que o tribunal constitucional se configure em mais um espaço público do qual são excluídos, descaracterizando, portanto, como tal. Em contradição, inclusive, a sua contra-majoritariedade que significa, em parte, uma das razões pelas quais tais grupos apelaram para o tribunal constitucional.

Portanto, a deliberação dentro do Supremo Tribunal, vista sob esta perspectiva e, como assinalado no Capítulo 2, deve estabelecer uma deliberação que comporte justamente o diálogo com os que serão afetados pela sua decisão, estabelecendo, assim, uma decisão que concilie todos os pontos de vista que não somente as ideologias hegemônicas. De certo modo, foi o que o Supremo Tribunal Brasileiro afirmou fazer com a implementação do *amicus curiae* e com as audiências públicas. Somente deste modo, se pode considerar que este tribunal seja um espaço público, político e democrático onde haja deliberação.

No próximo item se averiguará se o Supremo Tribunal Brasileiro vem implementando esta noção deliberativa para que se possa caracterizar enquanto um espaço público político legitimado democraticamente. Para tanto, partir-se-á de uma análise de casos que geraram amplos e diversos debates na sociedade, e cujas demandas estão intimamente relacionadas com as agendas de grupos sociais histórica e tradicionalmente oprimidos. São, ainda, grupos sociais que sofrem maior impacto com a aplicação da imparcialidade, como colocado por Iris Marion Young, e que, por esta razão, mais necessitam dessas modificações nas noções de deliberação dentro do Tribunal Constitucional. Estas modificações buscam, assim, uma legitimação no sentido democrático, segundo o qual se compreende a necessidade de criação de espaços públicos

heterogêneos onde as diferentes identidades marcadas por estes grupos sejam reconhecidas no sentido da sua inclusão social nestes espaços.

4.3 Análise de alguns casos jurídicos de grupos historicamente oprimidos e os aspectos dialógicos-comunicativos do Supremo Tribunal Federal

4.3.1. Recorte de Pesquisa

A partir das problemáticas acima apontadas, foram selecionadas ações constitucionais que abrangiam objetos que estavam conectados com demandas sociopolíticas de grupos tradicional e historicamente oprimidos que, conforme apontado por Iris Marion Young, são os diretamente afetados pelo pensamento hegemônico que subjaz uma noção de imparcialidade dentro das instâncias judiciais e insito não somente o fundamento para aplicação da regra majoritária, assim como, a racionalidade argumentativa na deliberação dos juízes. Assim sendo, foram selecionados 3 casos, respectivamente: (i) a ADI nº. 4277-DF e ADPF nº. 132-RJ que tratavam do reconhecimento da união estável homoafetiva de impacto aos grupos LGBTTT; (ii) a ADPF nº. 54-DF, sobre a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos, ou aborto de anencéfalos, e ; (iii) a ADPF nº. 186-DF sobre política de ação afirmativa na Universidade de Brasília que cuidava, em síntese, da política de implementação de cotas raciais para ingresso na universidade pública⁶⁸.

Nesse sentido, a escolha destes casos a fim de os analisar sob a perspectiva das relações dialógicas presentes no curso destas ações constitucionais, como estas se desenvolvem entre as partes⁶⁹ processuais, entre estas e os juízes, e, por último, entre os próprios juízes. Com estes objetivos, tomar-se-á por base essencialmente as petições

⁶⁸ Os nomes dos casos que se atribui nos títulos dos itens seguintes seguem a nomeação noticiada pelo próprio STF em seu sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 12/06/2017.

⁶⁹ Entendidas para a presente análise como as requerentes e as requeridas e o *amicus curiae*.

iniciais, as petição do *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos⁷⁰, os vídeos das audiências públicas e do julgamento e as íntegras dos acórdãos das respectivas ações constitucionais. Busca-se, então, a partir destes estudos de caso de grande controvérsia social, analisar se o STF pode ser considerado um espaço público democrático, ou seja, deliberativo no sentido dialógico e heterogêneo, de modo a possa melhor atender as demandas que envolvam tais grupos minoritários historicamente oprimidos.

4.3.2 Três ações constitucionais de interesse de grupos historicamente oprimidos

(i) União estável homoafetiva (ADI nº 4277/DF e ADPF nº. 132/RJ)

Estas ações constitucionais (ADI nº. nº. 4277/DF e ADPF nº. 132/RJ), julgadas pelo STF no dia 5/5/2011 com Relatoria do Ministro Ayres Brito, que ficaram conhecidas como “caso união estável homoafetiva”, tinham por objeto comum o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas como entidade familiar protegida constitucionalmente, em leitura sistemática da CFRB de 1988⁷¹. Estas ações, tendo em vista a identidade de seus

⁷⁰ Se baseará exclusivamente em relação ao *amicus curiae*, nas petições desta organização, porque foi a única a disponibilizar estas em seu sítio na *internet*. Conforme se pode ter acesso através de <http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco>. Acesso em 1/06/2017. Apesar disto, as demais posições dos *amicus curiae* podem ser aferidas no relatório do processo realizado durante o julgamento e transcrito na íntegra no acórdão do tribunal, assim como, nas exposições das audiências públicas realizadas em dois dos processos (ADPF 54-DF e ADPF 186-DF).

⁷¹ De forma resumida, o debate jurídico em torno do caso envolvia a proibição de interpretação discriminatória às relações homossexuais em razão da lacuna existente na regulamentação legal das uniões estáveis homossexuais, uma vez que somente existente a regulamentação que se referia as uniões heterossexuais. Assim sendo, os debates giraram em torno da legislação civil que definia família como: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” e o art. 226, §2º da Constituição (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”) sobre os quais se compreendeu que se poderia dar mais de uma interpretação, sendo a mais clara aquela literal, a qual, contudo, gerava a exclusão das relações homoafetivas no rol de entidades familiares protegidas pelo Estado. Assim sendo, por unanimidade, compreendeu-se, contudo, que a interpretação da Constituição, assim como do ordenamento jurídico como um todo, não deve se dar isoladamente, mas de modo sistemático e teleológico, de forma a compreender que o reconhecimento das entidades familiares constituídas socialmente e a serem objeto de proteção Estatal, devem condizer com os direitos fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade,

objetos, foram apensadas e assim reunidas sob a relatoria do Ministro Ayres Brito, e decididas conjuntamente no julgamento em plenário do dia 5 de maio de 2011, motivo pelo qual serão aqui analisadas conjuntamente⁷². A primeira ação ajuizada por a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) foi proposta em 27 de fevereiro de 2008, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, o qual arguia o efeito discriminatório, em relação às uniões estáveis heterossexuais, da interpretação dos artigos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975, art. 19, inciso II e V e art. 33, inciso I e X e parágrafo único) em relação às uniões estáveis homossexuais, que estavam a impedir o seu reconhecimento como entidades familiares e, assim, de gozarem de determinados benefícios previdenciários e de assistência social previstos nesta lei. A ADI nº. 4277/Distrito Federal, por sua vez, foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República (PGR), e tinha por objeto dar interpretação ao art. 1723 do CC brasileiro conforme à CRFB, de modo a justamente dar reconhecimento enquanto relação familiar às relações entre pessoais do mesmo sexo.

As ações tinham por requerente, respectivamente, o Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Procuradoria Geral da República. Sendo, conseqüentemente, os requeridos: o Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, os Tribunais de Justiça dos Estados, a Assembléia, o Presidente da República, o Advogado Geral da União, e o Congresso Nacional. Além disso, as ações apresentaram, ao todo, 14 *amicus curiae*, sendo eles: Conectas Direitos Humanos,

sobretudo, que proíbe a interpretação destes artigos de modo a gerar discriminação às relações homossexuais. Por outro lado, apesar deste reconhecimento decorrente da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, permanecia a lacuna regulamentar, decorrente da omissão do legislador, que se limitou a dispor especificadamente sobre as uniões estáveis heterossexuais, que demandou daquele tribunal uma interpretação integrativa em aplicação analógica, no que couber, às uniões estáveis homoafetivas ao disposto na legislação referente as uniões estáveis heterossexuais.

⁷² Tendo em vista que o processos destas ações não apresentaram Audiências Públicas, a análise proposta deste caso ater-se-á sobre o julgamento realizado no dia 5/5/2011, em Plenário do tribunal referido, e aos vídeos disponibilizados e publicados pelo próprio tribunal das sustentações orais e dos votos proferidos no momento deste julgamento, disponíveis respectivamente em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>, acesso em 6/6/2017, e em <https://www.youtube.com/user/STF>, acesso em 6/6/2017. A análise se baseou ainda nas petições iniciais e na peça judicial apresentada pelos grupo Conectas Direito Humanos, em conjunto com os grupos: ABGLT e da Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor (CORSA), EDH e GGB, aos quais se teve acesso. Não foi possível ter acesso às demais peças judiciais do caso dos restantes *amicus curiae*, tendo em conta que não estão disponibilizados no site do STF ou nos sites das próprias associações que assim figuravam no caso. A peça judicial referida, do grupo Conectas Direitos Humanos em conjunto com outros grupos e associações, assim como a petição inicial, foi acessada através do próprio *site*, estando disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/6472-adi-4277-e-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva>. Acesso em 6/6/2017.

Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH); Grupo Gay da Bahia (GGB); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); Grupos de Estudo em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI-UFMG); Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais (Centro de Referência GLBT); Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual (CELLOS); Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV); Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Sociedade Brasileira de Direito Pública (SBDP); Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Associação Eduardo Banks; e, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Destes 14 *amicus curiae*, somente os dois últimos se insurgiram contra o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Observa-se desde logo que a intervenção de 14 *amicus curiae* já são um indicativo da polêmica e da mobilização social em torno do caso, sobretudo face às pressões da opinião pública com que os juízes-ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro⁷³ tiveram que lidar com a ação, como é mesmo indicada no decorrer do processo.

No curso do julgamento, primeiro é dada a palavra aos advogados das partes e, posteriormente, aos advogados dos *amicus curiae*, para a realização das respectivas sustentações orais. O julgamento em questão foi presidido pelo presidente do tribunal, à época o Min. Cezar Peluso, o qual é responsável pelo decurso do julgamento e, assim, a conferir autorização para as “falas” e “apartes”⁷⁴. É iniciado, portanto, pelas sustentações orais, seguidas da exposição dos votos do plenário de julgamento formado pelos juízes. É possível, como já atentado, a possibilidade dos juízes intervirem nas exposições de votos uns dos outros que sejam consideradas necessárias e aprovadas pelo presidente do STF⁷⁵.

⁷³ Como é mesmo indicado expressamente nos votos dos juízes Gilmar Mendes e Luiz Fux e indiretamente ao referirem o marco histórico significativo da decisão ou ao mencionarem a posição contra-majoritária em defesa das relações homossexuais face ao legislador claramente omissos tendo em vista, sobretudo, os diversos projetos de leis de regulamentação da união estável homoafetiva cuja votação junto ao Congresso Nacional foram suspensas.

⁷⁴ Os “apartes” será referido como interrupções na manifestação dos votos dos juízes na sessão de julgamento e indicam justamente o debate entre os juízes, conforme se verificará a seguir.

⁷⁵ Este é procedimento, inclusive, que ocorre em todas as ações constitucionais que seguem o disposto no RISTF, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>. Acesso em 12/06/2017.

Neste julgamento ficou decidido, por unanimidade, o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, afastando-se assim, por inconstitucionalidade, qualquer interpretação discriminatória em sentido contrário. A decisão dessas ações também dispõe sobre a aplicação por analogia da lei que regulamenta as uniões estáveis heterossexuais no que couber. Assim sendo, a partir da leitura do caso e da forma como decorre o próprio julgamento no STF, sobre os aspectos dialógicos que aqui se propõe enfatizar, observa-se nos votos dos juízes que estes só fazem menção expressa à doutrina jurídica e à sustentação oral, sobretudo, do professor Luiz Roberto Barroso (atualmente juiz do STF).⁷⁶ Apesar disto, a partir da sustentação oral dos advogados e das peças judiciais a que se teve acesso, observa-se que os juízes (indiretamente) na motivação de seus votos fazem menção a dados, fatos, e argumentos trazidos pelas partes, sobretudo, dos *amicus curiae* em prol da união homoafetiva⁷⁷. Fica, assim, registrado, que não há igualmente menção expressa acerca das opiniões divergentes – sobretudo da Associação Eduardo Banks; e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) - mas, cujo não acolhimento se encontra devidamente argumentado ao longo do voto de cada juiz.

Assim sendo, verifica-se que o diálogo entre os juízes e as partes (requerentes, requeridos e *amicus curiae*) ocorre a nível argumentativo somente de forma implícita, e que este é muito mais evidente entre os juízes quando dos “apartes” e interrupções que ocorreram durante o julgamento, principalmente, em decorrência da discussão acerca do papel do STF e da interpretação jurídica a ser aplicada. Poder-se-ia, entender, contudo, que há o diálogo na menção implícita e explícita nos votos dos juízes aos argumentos trazidos através das peças judiciais das partes. De qualquer forma, fica claro a separação existente entre a interação comunicativa inter-juízes e entre estes e as partes. Neste sentido, ainda sobre a sustentação oral, observa-se que apesar de realizadas como costume nos julgamentos dos tribunais como indicador dialógico, elas parecem significar muito mais

⁷⁶ Apesar de iniciarem seus votos com menção a todos os advogados presentes, no que atine ao referido advogado, este é citado de forma expressa e não na generalidade dos advogados, conforme se depreende dos votos dos juízes: Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Ayres Brito.

⁷⁷ Isto pode ser observado principalmente quando fazem menção aos dados estatísticos acerca da violência e outras formas de discriminação sofridas pelos homossexuais, recolhidos pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) e através de dados do Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil, fornecido pelo Ministério da Justiça e do Censo 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Importante contudo mencionar a excepcionalidade do voto do Ministro Celso de Mello que faz menção expressa ao Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual em seu voto.

uma etapa burocrática do procedimento de julgamento do que um instrumento de persuasão à mudança de posicionamento dos juízes. É possível verificar este fato uma vez que os juízes já têm seus votos previamente elaborados e muito dificilmente mudam de posicionamento tendo em vista estas sustentações.

Ademais, importante atentar, no que atine à luta pelo reconhecimento das relações homossexuais e de sua visibilidade social, como os votos dos juízes se atêm a encaixá-los dentro do parâmetro hetero-normativo, que não é capaz de contemplar a identidade sexual defendida pelos grupos sociais abrangidos pela decisão. Em contrapartida, verifica-se que os juízes se encontram conscientes de suas limitações institucionais, decorrentes sobretudo das competências institucionais do tribunal⁷⁸, optando assim, em determinar uma aplicação análoga à lei de união estável heterossexual que, contudo, não é capaz de ser absolutamente eficaz para a sua proteção, mas que venha a ser uma possibilidade de proteção até que o legislador, o competente para tanto, regulamentar tais uniões conferindo-lhes a adequada proteção. Portanto, apesar da crítica à perspectiva hetero-normativa com a qual os juízes partem para tomar a decisão neste caso, que não permite uma construção legal de reconhecimento e proteção da união homoafetiva, deve-se igualmente atentar para este decorre, em certa medida, das próprias limitações institucionais deste tribunal relacionadas sobretudo em função de sua competência.

(ii) Antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalos (ADPF nº 54):

O presente caso cuida de uma ação de descumprimento de preceito fundamental, proposta no dia 17 de julho de 2004, com fulcro a dar interpretação conforme à Constituição a dispositivos do Código Penal que tipificavam o crime de aborto, para compreender como inconstitucional a interpretação que criminalizava a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Em resumo, a requerente, Confederação

⁷⁸ Faz-se aqui menção às acusações de ativismo judicial de que foram acusados pelas opiniões divergentes que defendiam o não reconhecimento das uniões homoafetivas.

Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), defendia que a antecipação de parto nos casos de gestação de fetos anencéfalos não configura o crime de aborto dada a impossibilidade para o nascimento com vida devendo, por esta razão, ser da escolha da mulher gestante a opção pela continuidade da gestação mediante o consentimento informado e esclarecido, até mesmo em função do risco para saúde da gestante. A ação é proposta, portanto, face à Presidência da República, tendo por representante o Advogado-Geral da União (AGU). Diferentemente do caso anterior, nesta ação não foi admitido qualquer *amicus curiae*, apesar dos diversos pedidos realizados⁷⁹. De acordo com o Relator, Ministro Marco Aurélio, a negativa de *amicus curiae* no caso justifica-se pela abertura para a participação na Audiência Pública chamada. Sendo assim, tendo em vista que as partes que requereram a participação como *amicus curiae* poderiam se manifestar nas audiências públicas e, em observância ao princípio da economicidade e celeridade processual, o juiz-relator do caso justificou a não inclusão de qualquer *amicus curiae* durante a ação constitucional.

Foram admitidos para participação e compareceram nas quatro sessões realizadas (26 e 28 de Agosto, e 4 e 16 de Setembro de 2008) em sede de Audiência Pública, respectivamente: Conferência Nacional de Bispos no Brasil (CNBB), Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Médico-Espírita do Brasil – AME; Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Médica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; Deputado Federal José Aristodemo Pinotti; Deputado Federal Luiz Bassuma; Prof.^a Lenise Aparecida Martins Garcia; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; Min. José Gomes Temporão; Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; Escola de Gente; Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; Dra. Cinthia Macedo Specian; Dr. Dernival da Silva Brandão; Conselho Federal de Direitos da Mulher; Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira; Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos; Conselho Nacional de Direitos da Mulher;

⁷⁹ As seguintes entidades requerem para ingressarem na demanda como “*amicus curiae*”: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família (Pró-Vida-Família), Associação Univida, Associação de Desenvolvimento da Família (ADEF), Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (CDH), Associação Médico-Espírita do Brasil (AME), Confederação Nacional das Entidades de Família (CNEF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em 7/6/2017.

Associação Brasileira de Psiquiatria⁸⁰. Todos os juízes do STF foram convidados a participar das sessões da Audiência Pública, porém, somente compareceram o Relator Ministro Marco Aurélio, o Requerente através do seu Representante o Advogado e Professor Luís Roberto Barroso e a Advocacia Geral da União⁸¹. O ministro Gilmar Mendes, por seu turno, apesar de comparecer e abrir a Audiência Pública, não fica presencialmente até o final de nenhuma das sessões para oitiva de seus participantes.

Da análise da Audiência Pública⁸², sob o aspecto dialógico proposto para a presente análise, observa-se que apesar das elogiosas manifestações dos juízes com relação à Audiência Pública, enquanto ferramenta aproximadora da sociedade para com o tribunal, isto não se verifica de acordo com os fins propostos neste estudo. Além das Audiências Públicas não serem acompanhadas pelos juízes, o que não é resolvido pela escuta ou leitura de suas transcrições, resta impedido até mesmo a possibilidade de diálogo com as/os participantes quando da ausência dos juízes. Além disso, o próprio formato da Audiência Pública estabelecido pelo Relator Ministro Marco Aurélio, também prejudicou a sua compreensão dialógica. Assim sendo, apesar das perguntas de esclarecimentos serem dirigidas aos participantes-oradores, isto não significa necessariamente que haja diálogo, tendo em vista que tais perguntas se atêm aos aspectos inquisitório e não dialógico, como é mesmo afirmado durante a 1ª sessão da Audiência Pública (26/08/2008) pelo juiz Marco Aurélio⁸³. Além disso, as partes não dialogam ou debatem umas com as outras, a não ser de forma indireta, quando uma contrapõe argumentativamente o ponto de vista já exposto, sendo conferido o direito de questionamento somente ao requerente, ao AGU e ao relator. Num outro momento, o Ministro Marco Aurélio também pede que não sejam realizadas manifestações do público a favor ou contra as exposições apresentadas, o que contraria a

⁸⁰ Foram, contudo, excluídos da participação na Audiência Pública dentre os que realizam o pedido para tanto: Federação Nacional de Enfermeiros (FNE), Federação Espírita Brasileira, Pastoral da Criança, Associação Nacional de Mulheres pela Vida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em 7/6/2017.

⁸¹ Importante ressaltar que compareceram também o juiz Gilmar Mendes e o juiz Menezes de Direito, os quais, contudo, não acompanharam toda a Audiência Pública, assim como não puderam estar numa sessão completa desta audiência.

⁸² A análise teve por base vídeos disponibilizados no site “*Youtube*” pela TV Justiça, disponível em: https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2. Acesso em 7/6/2017.

⁸³ Tal manifestação do Ministro Marco Aurélio se deu em decorrência do debate entre o advogado da requerente para com o expositor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, quando esta última mostra fotos de famílias cujas crianças dizem falsamente ter anencefalia, quando claramente não a tinham. O ministro do STF adverte o requerente que não cabe refutação mesmo sendo uma denúncia contra exposição mentirosa e pede que se evite debate. Apesar disto, o Ministro Marco Aurélio permite a réplica face à acusação realizada pelo advogado da requerente face aos falsos casos de anencefalia.

lógica de aproximação para com a sociedade que se pretende com a realização da Audiência Pública, uma vez que estas são um modo de identificar a opinião pública sobre o assunto.

Apesar destes fatores, acredita-se que a Audiência Pública contenha um potencial dialógico, na medida em que se constitui de um ambiente, apesar de ainda formal, menos formal do que o das tribunas do STF, permitindo um discurso não estritamente jurídico⁸⁴. É ainda um fator de potencial para o diálogo institucional tendo em vista a participação de Deputados Federais, do Ministro da Saúde, e do Conselho Federal de Medicina, por exemplo. Outro ponto interessante da Audiência Pública, é observar que mesmo a argumentação racional especializada, ou seja, de médicos e outros profissionais da saúde, assim como, o discurso religioso, mesmo dentro de uma mesma religião, possui divergências em relação ao aborto de feto anencéfalo. O que de certa forma demonstra que a imparcialidade científica pretendida na defesa de um discurso compreendido como racional, não levam à convergência e a uma resposta correta, e que variam de acordo com as pré-compreensões de vida e da ideologia que tenham⁸⁵, conforme indicado no item anterior por Iris Marion Young.

Apesar do não comparecimento na Audiência Pública, é possível observar que os juízes mencionam em seus votos, de forma direta ou indireta⁸⁶, os pontos de vista levantados durante a mesma. Ainda sobre a Audiência Pública e sobre as opiniões públicas demonstradas ao longo do processo através de reportagens, notícias de jornais e a própria presença nas audiências de julgamento (através do relatado nos votos dos juízes do STF), verifica-se, de certa forma, a pressão da sociedade brasileira teve um impacto real na maneira pela qual os juízes conduziram seus argumentos durante os votos, algo que se nota no facto de mencionarem sobretudo as questões envolvem a laicidade do Estado e o respeito por diferentes culturas religiosas. Apesar do voto do Ministro Celso de Mello apontar para diferentes concepções religiosas sobre a “vida”, é claramente majoritário a

⁸⁴ Observou-se, neste sentido, por exemplo, a fala de um casal que optou pela interrupção da gestação de feto anencefálico, além de vários “*slides*” com casos e vídeos tanto explicativos da anencefalia como com casos individuais de gestantes de feto anencéfalos.

⁸⁵ Faz-se especial menção às exposições do Bispo Carlos Macedo de Oliveira, pela Igreja Universal, e da Dra. Maria José Fontelas Rosado Nunes, pelo grupo “Católicas pelo Direito de Decidir”, que tiveram discurso em defesa da autodeterminação do corpo da mulher.

⁸⁶ Considera-se a referência indireta aquela realizada de modo a contra-argumentar um determinado posicionamento apresentado na Audiência Pública, sem fazer menção expressa ao grupo ou pessoa que o realizou.

ponderação entre a laicidade do estado ser realizada com bases em parâmetros estritamente relacionados com a Igreja Católica⁸⁷, o que demonstra a falta de abrangência plural na construção de seus argumentos. Por fim, cumpre atentar que, assim como no caso das uniões homoafetivas, no curso do julgamento há igualmente uma falta de diálogo para com as partes, atendo-se assim os debates entre os juízes que, neste caso inclusive, são muito mais intensos. A decisão sobre este caso junto ao STF foi julgada majoritariamente procedente (7 *versus* 2) para compreender que a antecipação terapêutica do parto de feto anencefalo é conduta atípica, não configurando, assim, o crime de aborto. Houve, ainda, divergência em relação à inclusão da ressalva “comprovadamente” diagnosticada a anencefalia, mas que não foi inclusa por haver voto minoritário.

(iii) Política de Ação Afirmativa na Universidade de Brasília (ADPF nº. 186/DF)

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 186 foi impetrada pelo Partido Político Democratas (DEM) face atos proferidos pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), pelo Reitor da Universidade de Brasília (UnB), Centro de Seleção e Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UNB), que instituíam a reserva de cotas de 20% do total de vagas oferecidas pela referida universidade a candidatos negros (pretos e pardos), alegando que tal política de ação afirmativa com base em critério étnico-racial contrariava o princípio da igualdade e gerava um racismo institucionalizado, similar às leis segregacionistas norte-americanas. Participaram deste processo como *amicus curiae*: Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO), Fundação Cultural Palmares, Movimento Negro

⁸⁷ Isto fica demonstrado, por exemplo, no voto do juiz Cesar Peluso (página 10 do voto), ao mencionar que os argumentos aduzidos para a defesa da realização do aborto de anencéfalos poderia levar, à última consequência, à licitude e aceitação moral de sacrifícios humanos da religião satânica e o culto demoníaco, na associação da liberdade religiosa aliada a outros valores jurídicos como, por exemplo, a autonomia individual, “ardilosamente” invocados que contrariam o “espírito civilizado”. Observa-se, assim, do voto do Ministro Cesar Peluso, uma clara argumentação baseada em valores católicos condenadores de outras culturas religiosas, como a satânica, e genericamente referida como culturas pagãs e incivilizadas, contrárias portanto à defesa do “espírito civilizatório” defendido por este juiz.

Unificado (MNU); Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA e Outro(a/s), Defensor Público Geral Federal, Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais, Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular (IDEP), Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD); Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB); Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos. A ação é julgada de forma unânime pela sua improcedência e, assim, pela constitucionalidade temporária da política afirmativa das cotas raciais aplicada na Universidade de Brasília, até que tenha fim o fator que justifica a sua implementação, qual seja, a realidade de desigualdade social para com os negros no Brasil⁸⁸.

Esta ação constitucional teve por relator o Ministro Ricardo Lewandowski, o qual, diferentemente do caso supra⁸⁹, aceita tanto a intervenção no processo pelos *amicus curiae* mencionados, como chama à realização de uma audiência pública que se desenrolou em três sessões (3-5 de março de 2010), e que contou com a participação de 39 expositores entre associações, movimentos, juízes, senadores, representantes de universidades públicas brasileiras, estudantes, professores de história, direito, ciência política e antropologia, advogados ativistas e um médico geneticista⁹⁰. A audiência pública contou, ainda, com a

⁸⁸ Além deste caso, o STF foi novamente chamado a julgar o Recurso Extraordinário de nº. 587.285-RS sobre o mesmo objeto, porém sobre o vestibular aplicado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), o qual foi majoritariamente julgado nos termos desta ADPF nº 186, havendo somente um voto de divergência do ministro Marco Aurélio, o qual discordava do critério adotado por esta instituição, que conjugava o fator racial com a condição de estudar em escola pública. Em suma, para este ministro do STF, a condição de estudar em escola pública não condiz com a finalidade da implementação desta política pública. Igualmente foi impetrado ainda a ADI 3330 a qual se questionava sobre a constitucionalidade do Programa Universidade Para Todos (ProUni), o qual estabelecia não somente cotas raciais para negros, mas também, cotas sociais, para indígenas, e para portadores de deficiência física. Assim como os demais casos, o ProUni também teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF.

⁸⁹ Faz-se menção aqui à negativa justificada do Ministro Marco Aurélio no caso anterior para admissão da audiência pública, mas negativa da intervenção dos *amicus curiae*.

⁹⁰ A partir do vídeo gravado das sessões da audiência pública, participaram as seguintes entidades e pessoas: o Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil Dr. Miguel Angelo Cançado; Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR); Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH); Ministério da Educação (MEC); Fundação Nacional do Índio (FUNAI); Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA); Dr. Caetano Cuervo Lo Pumo (recorrente do Recurso Extraordinário 597.285/RS – ação que questionava a aplicação de quotas raciais e sociais para entrada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS); Prof.^a Denise Fagundes Jardim do Departamento de Antropologia (representante da UFRGS como recorrida no Recurso Extraordinário 597.285/RS); o Presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal (o Senador Demóstenes Torres); Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Reserva de Quotas Sociais; Senador Paulo Paim; o Médico Geneticista Sérgio Danilo Junho Pena; Professor e Antropólogo George de Cerqueira Leite Zarur; Antropóloga Eunice Ribeiro

presença das partes processuais (requerente, requerido, advogado geral da união) que manifestaram seus pontos de vista, assim como a Vice Procuradora-Geral da República, Débora Macedo Duprat de Britto Pereira. Por fim, estavam presentes os juízes do STF (Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia) e o relator da ADPF que presidiu a audiência, Ministro Ricardo Lewandowski. Além disso, sobre a participação nesta, ao longo da audiência foi apontado pelo ministro relator da ADPF a presença de diversos senadores e deputados.

Observa-se, primeiramente, a nítida diferença entre a estruturação desta audiência pública para a que ocorreu no caso anteriormente analisado. Um vez que a Emenda Regimental 29/2009, que regulamenta as audiências públicas no âmbito do STF, deixa a critério do juiz como se realizará a ordem dos trabalhos⁹¹, compete ao juiz-relator da ação constitucional determinar como esta se deve desenvolver. Assim sendo, enquanto na audiência do caso acerca a interrupção terapêutica do parto de feto anencéfalo ocorreu através de um procedimento de exposições seguidas de perguntas, que tinham por fulcro o esclarecimento destas, na audiência acerca das ações afirmativas através de quotas raciais não foi estabelecido qualquer momento para perguntas ou esclarecimentos, se atendo, assim, à exposição dos pontos de vista. Nesta, ainda, apenas são realizadas duas perguntas durante toda a audiência, sendo que estas são dirigidas exclusivamente pelo ministro-relator, uma delas sobre o critério de admissão de cota exclusivamente pela auto declaração adotado pela UNICAMP (Universidade Estadual de Campinas) e outra sobre a abertura e distribuição da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Portanto, se na

Durham⁹⁰; Associação de Procuradores de Estado (ANAPE); Fundação Cultural Palmares; Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo; Conectas Direitos Humanos (CDH); prof. em Ciências Políticas Leonardo Avritzer; Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS) através do Reitor da Faculdade Zumbi dos Palmares; Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO); Fundação Cultural Palmares; Ação Educativa; Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN); Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo ; Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis Carlos Alberto da Costa Dias; Advogado de Assuntos Anti-discriminatórios José Roberto Ferreira Militão; Movimento Negro Socialista; Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA); Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES); União Nacional dos Estudantes (UNE); Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ); Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP; Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Universidade do Estado do Amazonas (UEA); Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Associação dos Juizes Federais (AJUFE); Estudante da UFRGS e, por fim, Estudante que representava o Coletivo de Estudantes Negros e o Centro Acadêmico de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

⁹¹ A referida emenda regimental, acresce o inciso III ao art. 154 do RISTF, que passa a dispor: “caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar”.

audiência do caso anterior não se pode dizer que tenha havido propriamente um diálogo, pelos motivos acima colocados, nesta tal conclusão torna-se ainda mais evidente. Apesar disto, é observado da mesma forma a audiência do caso anteriormente analisado, que os expositores fazem referência uns aos outros no curso das argumentações presentes em suas exposições⁹².

Outro ponto em comum com a audiência pública anteriormente analisada, foi a igual chamada de atenção para a não manifestação do público acerca das exposições realizadas nesta. Conforme já mencionado acima, este fator de contenção parece ser contraditório com a finalidade da audiência pública, a de se aproximar da sociedade civil, como apontado mesmo pelos ministros do STF que participaram nesta audiência, assim como pelos próprios participantes e oradores, na medida que são um fator de identificação da vontade popular. Além disso, um dado peculiar desta audiência, contudo, foi a clara preocupação do Ministro relator para com o equilíbrio de expositores contra e a favor das cotas raciais. Assim sendo, observa-se que o juiz procurou sempre ter um número igual de expositores a favor e contra as cotas. O relator também demonstra atenção para com as presenças na Audiência, chegando mesmo a chamar ao púlpito quem não estava anteriormente inscrito, o que tinha sido negado pelo Ministro Marco Aurélio no caso da anencefalia. Assim sendo, apesar destes fatores que se consideram como um afastamento da audiência pública para com um ideal dialógico heterogêneo participativo, não se pode negar o seu potencial para tanto, e sua dimensão, ainda que insuficiente, de aproximação para com a sociedade civil, sobretudo neste caso, onde se observa uma pluralidade maior na participação, que, neste sentido, não se reduziu a especialistas e profissionais ligados ao caso, mas igualmente, contemplou diversos movimentos e alunos negros que apresentaram suas histórias de vida e pontos de vista.

No julgamento, mais uma vez, é possível perceber a referência indireta e poucas vezes direta aos argumentos aduzidos pelos *amicus curiae* e escutados nas audiências públicas⁹³. Verifica-se, ainda, a citação a obras de cientistas políticos, antropólogos,

⁹² Isto é mais claramente observado quando, por exemplo, o Senador Paulo Paim expõe o racismo no discurso apresentado na audiência do Senador Demóstenes Torres, principalmente sobre como a história acerca da escravatura no Brasil e seu silêncio para com o racismo existente. Além disso, o senador Paulo Paim traz ainda documentos com assinaturas de partidários do DEM (requerente) que discordam da posição do partido tomada nesta ação judicial, posicionando-se, assim, a favor da política de quotas raciais.

⁹³ Sobretudo nas contra-argumentações às exposições realizadas na audiência pública, por exemplo, às questões históricas acerca do racismo no Brasil e ao aparecimento da política de quotas, que surgiram

juristas e historiadores para embasar as argumentações dos votos dos juízes. Da mesma forma, o procedimento do julgamento segue os ditames legais conforme mencionado no caso anterior, pelo qual primeiro se dá a palavra às partes (requerente, requerido, arguido e *amicus curiae*) que pedem a fala para sustentação oral, e posteriormente os juízes manifestam seu votos, o que é seguido da votação final que define a decisão do tribunal. Neste caso, assim como nos demais aqui analisados, não se verifica o diálogo nos termos como argumentados no presente estudo que caminham para um consenso ora defendido, mas a manifestação separada de cada um dos participantes do processo e dos juízes. Em contrapartida, conforme também já mencionado, apenas um debate é observado de forma mais clara entre os juízes no curso da apresentação dos votos.

No que se refere, assim, aos debates que se dão na exposição dos votos dos juízes do STF, observa-se que, apesar de algumas referências a antropólogos, a sua pequena menção faz com que a perspectiva da identidade étnica-racial no critério para ser abrangido pela cotas fique limitada aos debates do medo e risco de fraude neste processo de contemplação. Nesse sentido, perde-se, de certa forma, a questão da identidade étnica-racial negra só poder ser aferida pela auto declaração e que qualquer forma de conjugação com termos objetivos acaba por infringir esta identidade, na medida em que impõe condições que se contrapõem ao (auto)reconhecimento da identidade negra. Deste modo, prevalece a preocupação com a aplicação de um critério puramente subjetivo face aos casos de fraude mencionados no decurso do processo. Sendo assim, deixa-se de considerar o exemplo apresentado na Audiência Pública pelo Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, em cujo vestibular o critério de auto declaração é aplicado exclusivamente e que tem vindo a resultar, e cuja medida se baseia em consultas realizadas por antropólogos. Além disso, deixa-se igualmente de abordar questão levantada em Audiência Pública pela Ministra Carmen Lúcia, a qual atentou para o fato da não menção acerca da desigualdade ainda mais profunda sofrida pelas mulheres, que se dão não somente por condições raciais, mas igualmente de gênero. Contudo, é de se atentar o alto cuidado e rigor dos votos apresentados pelos juízes ao abrangerem as posições e preocupações decorrentes na

primeiramente na Índia, e não nos EUA. como apontado por alguns oradores naquela audiência. Observa-se ainda tal fator na discussão acerca do critério a ser usado para identificar os estudantes que devam ser abrangidos pelas cotas, assim como, na função social da universidade pública que não estritamente profissionalizante, mas em seu caráter democratizador.

aplicação da política de cotas raciais na universidade pública, que foram apresentadas durante as audiências públicas e que, assim, demonstram a importância do aumento de participação presencial plural no processo constitucional. Por fim, é importante notar como os critérios parciais são utilizados nas exposições de votos e, longe de significar uma violação ao princípio da imparcialidade, contribuem para a avaliação da dimensão dos efeitos da decisão do caso, principalmente quando alguns juízes mencionam suas experiências e histórias pessoais enquanto alunos de instituições acadêmicas públicas que já adotavam as cotas raciais, ou enquanto professores. Tais experiências contribuíram para a conformação do que os dados estatísticos demonstravam acerca do ínfimo número de alunos negros presentes nas universidades públicas brasileiras, assim como a presença desses alunos permitia a transformação destas instituições em verdadeiros espaços democráticos e plurais, contribuindo assim, não somente para a inclusão social destes, mas para as pesquisas e debates em sala de aula a partir da presença destes alunos.

4.3.3 Uma breve exposição conclusiva dos casos jurídicos analisados

Genericamente, dos casos acima analisados verifica-se que no que respeita à tomada de decisão coletiva, o que de fato definirá o resultado desta não é a deliberação mas a votação majoritária dentro do binômio procedência e improcedência, ou, constitucionalidade e inconstitucionalidade. Nesse sentido, nota-se que mesmo havendo divergências entre os juízes, os debates sobre tais questões muitas vezes deixam de se prolongarem no momento em que são apontados que os resultados serão os mesmos, ou seja, que o resultado da votação não se alterará em decorrência desta deliberação⁹⁴. Sob esta perspectiva, nota-se, conforme apontado anteriormente, a separação entre o momento de deliberação e de votação, através do próprio modelo de julgamento do STF. Assim

⁹⁴ Por exemplo, na ADPF nº. 4277-DF e ADPF 132-RJ, nas discussões acerca da aplicação analógica ou da norma constante do texto constitucional para reconhecimento da união estável homoafetiva, o Ministro Gilmar Mendes menciona expressamente acerca do resultado se aproximar de forma fundamental e independente deste.

sendo, não se nega a deliberação presente no STF, a qual vem acompanhada, ao menos nos casos supra, de intensos debates, mas que contudo se restringem entre os juízes e, em sua maioria, a aspectos formais jurídicos. Ademais, estas são necessariamente seguidas pela fase de votação majoritária, a qual é marcada por uma nítida separação entre estas duas etapas da tomada de decisão coletiva. Em suma, a coletividade é sentida no impacto desta, mas não na participação no processo de tomada de decisão.

No que atine aos instrumentos da audiência pública e *amicus curiae* como aproximadores do STF para com a sociedade civil e os cidadãos, nos três casos analisados, apesar de refletirem de fato uma mudança nas decisões do tribunal, considera-se a sua aplicação ainda tímida face aos ideais dialógicos propostos. Sendo assim, apesar de contribuírem para deliberações mais profundas e que comportam visões mais plurais acerca dos grupos aqui destacados (homossexuais, mulheres e negros), dada a ampliação de visibilidade que implicam, estão limitados às mesmas estruturais formais caracterizadoras do tribunal, ao invés de efetivamente serem espaços inovadores heterogêneos onde a sociedade poderia manifestar-se de forma mais participativa e mais dialógica. Em suma, as audiências públicas ampliam a visibilidade dos diferentes pontos de vista existentes na sociedade, sobretudo, dos grupos minoritários que buscam atuar junto ao Tribunal, mas não participam na tomada de decisão, resumindo-se a sua função a um aspecto consultivo. Nesta ordem de idéias, seriam interessante, sob a perspectiva da tomada de decisão, que os diálogos se desenvolvessem entre todos os seus participantes da audiência, assim como entre estes, os juízes do STF e a(s) requerente(s) e a(s) requerida(s); de igual modo, poder-se-ia permitir as manifestações do público, meio pelo qual expressam suas vontades. Apesar destes limites apontados, as audiências públicas e os *amicus curiae* possuem um potencial dialógico e contribuem para maior acesso do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere à ampliação da participação, compreende-se que as próprias estruturas institucionais possuem limites que não se compatibilizam com a complexidade e o tamanho das sociedades, de modo a significar uma real representação de todos os envolvidos nos casos. Por outro lado, verificou-se nas audiências públicas da ADPF nº. 186 como isto pode ser contornado com a articulação dos próprios grupos de interesse que desejam se manifestar através de porta-vozes. Sendo assim, os inúmeros grupos, se articulados para agirem conjuntamente, poderiam formar uma associação maior deste e

esta associação é que poderia se dirigir nestas audiências. Na ADPF nº. 186, por exemplo, observou-se a atuação conjunta de alguns grupos e associações, assim como a listagem com assinaturas de pessoas que concordavam com a exposição realizada na audiência pública na voz do seu representante. Deste modo, não somente se adequaria aos limites espaciais e temporais das instituições, como também apresentariam uma solução aos discursos repetitivos. Além disso, acredita-se que a audiência pública, assim como os pontos de vista dos *amicus curiae*, deveriam ter papel mais significativo na tomada de decisão coletiva no Tribunal, passando efetivamente a compor esta, junto com os votos dos juízes. Sendo assim, em relação às audiências públicas seria interessante se levassem à uma decisão por consenso dos debates que lá fossem realizados⁹⁵.

Por fim, sob o aspecto da imparcialidade, a análise dos casos demonstra ao mesmo tempo um receio para com discursos emocionais como a sua admissão em seu significado parcial, no sentido de melhor se expor o significado e os possíveis efeitos da decisão destes quando da manifestação por meio dos juízes. Sendo assim, o princípio da imparcialidade revela-se mesmo impossível⁹⁶ de ser alcançado e até mesmo afastado pelos juízes em seus votos, ao exporem sobre suas próprias experiências pessoais. Os casos revelam ainda a hegemonia dentro da defesa contida nos discursos imparciais ou neutros, conforme apontado por Iris Marion Young, sobretudo no caso da ADPF 54, onde são várias as referências a paradigmas católicos e patriarcais face aos direitos de autodeterminação do corpo da mulher, conforme apontado especificadamente na análise deste caso. Cumpre mencionar, ademais, como a referência à palavra “Deus” aparece em diversos votos que não somente na ADPF 54, assim como no curso das deliberações entre os juízes. Ademais, é de destacar como as opiniões de especialistas, que resumem a visão sobre a qual os juízes parecem apresentar acerca das audiências públicas, não apontam

⁹⁵ As idéias aqui aduzidas contudo são reflexões genéricas e contributivas mas que por falta de limitações espaciais e temporais da pesquisa não podem ser aprofundadas e desenvolvidas, até mesmo porque poder-se-ia fugir da problemática proposta neste estudo- Contudo, ficam registradas tais proposições para futuros debates.

⁹⁶ Nesse sentido, José Manuel M. Cardoso da Costa (2007: 17) aponta que o próprio regime de escolha dos juízes constitucionais em Portugal já indica a impossibilidade de total imparcialidade na medida em que busca evitar o unilateralismo da composição do tribunal constitucional em termos político-ideológicos ou de visão de mundo e da vida, conforme se depreende do art. 16, nº. 2 e 3; art. 19, nº 3 e 4, art. 14, art. 18, nº. 2 da LTC. De forma similar, Jorge Miranda (2013: 150) defende que a imparcialidade absoluta é impossível, porém aponta especificadamente para quando da interpretação realizada à Constituição, sendo motivo pelo qual encara o tribunal constitucional como “último reduto da ação política”.

para uma única resposta correta, mas revelam justamente que qualquer posição, mesmo que baseada em critérios científicos-rationais carrega uma determinada ideologia.

4.4 A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como espaço público de tomada de decisão coletiva

Através das demandas constitucionais acima examinadas, que atingem os grupos sociais LGBTT, de mulheres e de negros, observa-se como o uso do Supremo Tribunal Federal como dispositivo estratégica para alcançar as mudanças sociais que almejam, não só impactam suas reivindicações, como colocam em questão o tribunal sob o paradigma democrático. Assim sendo, a mobilização social no seio do tribunal constitucional não somente gera efeitos para os grupos sociais – que estabelecem novos meios de luta – como questionam as estruturas institucionais desse tribunal. Os casos judiciais aqui selecionados, contudo, também revelam que, apesar da tentativa do tribunal de se legitimar pelo paradigma democrático, sobretudo no sentido deliberativo, recai sob os parâmetros de imparcialidade, ou seja, não são capazes de gerarem as mudanças sociais finalizadas por estes grupos. Assim sendo, apesar do seu potencial deliberativo, o STF possui limites decorrentes de sua própria competência e do pensamento imparcial, que o impedem de gerar todas as modificações sociais que somente num espaço público mais amplo que do tribunal poderiam se realizar.

Mesmo considerando, entretanto, suas limitações institucionais, o STF acaba por deparar-se com demandas de movimentos sociais⁹⁷ que não se limitam à questões econômico industriais e, assim, de conflito social, mas que afetam aspectos culturais, da

⁹⁷ Em resumo, a sociologia que examina a atuação política dos movimentos sociais vem observando que estes vem cada vez mais se afastando de demandas socioeconômicas e sobre os aspectos da luta de classe para partirem para reivindicações de reconhecimento de suas identidades, de seus direitos culturais, as quais perpassam igualmente pela democratização das instituições. Assim sendo, se outrora os movimentos eram de classes, hoje eles são visto como movimentos de identidade e de participação. Neste sentido, ver: Lauris, Élide. Mobilização Jurídica versus Mobilização Social: uma abordagem a partir da justiça ambiental. in: *Revista da Defensoria Pública de São Paulo*, Ano 4, n. 2, p. 55–74, 2011, e; Gohn, Maria da Glória. Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina. in: *Caderno CRH*, v. 21, n. 54, p. 439–455, 2008.

vida cotidiana, das motivações e dos padrões culturais da ação individual (Junior, 2008: 259-278; Habermas, 1981: 33-37). Voltam-se, portanto, para a identidade, incorporando temas de conteúdo pessoal e moral, cujo impacto último se encontra no próprio processo de democratização das instituições e, assim, na legitimação democrática dos tribunais.

Nesse sentido, não somente se questiona como a deliberação dentro da perspectiva da tomada de decisão coletiva conforme examinada no Capítulo 2 se realiza efetivamente na prática jurisdicional, como também se problematiza se a deliberação que lhe é baseada no discurso racional imparcial aferida é capaz de suprir estas demandas sociais que demandam uma verdadeira ressignificação democrática do tribunal. Para tanto, dentro deste paradigma democrático, é exigido dos tribunais a representação de um espaço plural, heterogêneo, que comporte todos os pontos de vista, ou seja, todas as identidades culturais, sob pena de refletirem somente uma política cultural hegemônica, que acaba por fomentar ainda mais as desigualdades existentes, ao invés de criar um espaço inclusivo.

O espaço público democrático é, assim compreendido como o local onde o ser humano pode não somente aprender sobre os outros, mas igualmente sobre a coletividade e, ainda, sobre sua posição pessoal nesta coletividade, como você está inserido nela, como membro dela e como pertencente a esta (Pitkin, 1981: 345). Quando se decide sobre o que fazer, inevitavelmente decide-se simultaneamente o que cada um terá, e como nós, como comunidade, seremos (Ibidem, 346); é por este motivo, que se compreende que o Supremo Tribunal Federal também é um espaço público de tomada de decisão coletiva, local onde a justiça humana encontra seu último reduto no domínio público. O espaço público, em vista desse paradigma, é compreendido não como local em que o cidadão apresenta a imagem do seu ser sob uma audiência, mas como autor na definição coletiva do “eu”, determinado conjuntamente não o que se é, mas o que se deve ser (Id.) em respeito das diferenças que são formadores das própria identidades, cujo desenvolvimento também compreende a interação com o meio ambiente em que se insere e com o seu reconhecimento.

A verdadeira participação na ação política, sob esta perspectiva do espaço público, é capaz de conscientizar sobre a conexão remota e indireta uns com os outros, donde resulta que a solidariedade é, não somente pressuposto, mas também seu fim. A partir desta noção, está-se obrigado a reconhecer o poder dos outros e a apelar aos parâmetros alheios, mesmo que se procure fazer com que reconheçam o nosso poder e os nossos parâmetros.

Somos forçados a encontrar e criar uma linguagem comum pelos propósitos e aspirações, não meramente para vestir nossa roupagem privada na distinção pública, mas para conscientizarmo-nos do seu significado público. Somos forçados a transformar o “eu quero” num “eu tenho direito a”. No processo aprende-se a pensar sobre os próprios parâmetros, sobre nossa posição na existência destes parâmetros, sobre justiça e sobre nossa comunidade, e até mesmo sobre nossos oponentes e inimigos nesta comunidade. Depois disto, necessariamente, nós mudamos. O homem econômico torna-se, enfim, cidadão (Pitkin, 1981: 347). Descobre-se, deste modo, como nosso pertencimento à coletividade nos ajuda a nos definirmos, tal como o prazer em tornar-se ativo na relação com esta forma de vida conjunta, ou seja, tornar-se consciente de que os interesses próprios são igualmente produto do reconhecimento da demanda dos outros. O direito não deve ser nem sobre o interesse próprio nem sobre autossacrifício, mas pela autorrealização sobre uma pessoa não completa – auto realização nos dois sentidos da palavra: tornar real o que é potencial no pessoal e realizar o que alguém realmente é (Pitkin, 1981: 348). Somente na interação com várias e diferentes pessoas, somente na relação com o “nós”, se pode alcançar este conhecimento em determinar o caminho ou de poder fazer a assunção de uma responsabilidade efetiva. Eu não posso descobrir completamente quem eu sou, aprender o julgamento público, exclusivamente pelas relação privadas (Pitkin, 1981: 349).

No que respeita ao STF, entretanto, apesar de seus esforços na implementação de audiências públicas, e na ampliação de participação junto ao processo constitucional pelo *amicus curiae*, estes contribuem ainda de forma limitada e tímida para a participação defendida no processo de tomada de decisão coletiva. Assim, actualmente, tais instrumentos têm um valor mais simbólico de ampliação da visibilidade destes grupos historicamente oprimidos do que de real participação junto ao procedimento decisório. O Supremo Tribunal Federal encontra-se limitado por uma atuação imparcial incapaz de gerar espaços verdadeiramente inclusivos. Para se coadunar com as pretensões democráticas, o tribunal deveria promover um diálogo maior entre os grupos de interesses afetados por suas decisões, que se estabelecesse não por mera participação simbólica da presença, mas pela apreensão das parcialidades e necessidades parciais que não sejam excludentes.

Em outras palavras, a presença de múltiplas perspectivas culturais e sociais no debate político possui a vantagem de ampliar a qualidade epistêmica, mas não se pode

deixar de considerar que sem postular qualquer derivação mecânica ou determinista, ela não é capaz de conter a tendência para a reprodução das hierarquias e assim de dominação pelo discurso. A hegemonia do discurso, percebido igualmente por Iris Marion Young (2001: 685-689) encontra-se dentro da noção de imparcialidade. Tendo isto em vista, deve afastar-se contudo das políticas afirmativas que limitam a integração à mera presença, devendo combiná-la com uma política de transformação posta em prática (Miguel, 2010: 25-49). Do contrário, tais propostas somente servirão de renovação da marginalização e de isolamento dos grupos oprimidos em suas temáticas. É o que por vezes se observa nas políticas de cotas eleitorais para mulheres, as quais, são colocadas nas cadeiras do Parlamento, mas rapidamente reduzidas à expressão participativa, e somente a temas como educação e família, não havendo qualquer expressão de voz maior nos demais campos sociopolíticos ou, quando colocados, são vistos sob uma perspectiva marginalizada. Portanto, a mera presença em parlamentos ou nos tribunais não resolve os problemas de exclusão e cooptação, que permanecem vivos entre nós. Assim sendo, o ingresso nestes espaços de decisão é apenas um passo na busca por maior equilíbrio no exercício do poder político, mas enquanto não se transformarem os processos e paradigmas institucionais, tais grupos, vão continuar a ceder às disposições dominantes para ascender às posições centrais. Ou seja, ao invés de se integram nas suas identidades culturais, acabam por modificar-se com o ingresso nestas instituições para se adequarem às ideologias que se escondem no paradigma da imparcialidade. Em suma, mais que de lugares de verbalização, tais grupos precisam que se lhes permitam construir autonomamente seus interesses. Não significa que a audiência pública, o *amicus curiae* e tais demandas sociais junto aos STF sejam de todo irrelevantes e desprovidos de importância, mas é preciso considerar nas relações comunicativas, ou dialógicas, as relações de força que nelas se efetivam sob uma forma transfigurada (Miguel, 2010), como se revelam na aplicação de um suposta racionalidade imparcial. Ou seja, é necessário conferir-lhes capacidade de intervir no debate sobre as questões de interesse coletivo.

Cumprir, por fim, que ao se criticar o universalismo totalizante e a racionalidade pública vigente não se está a defender a impossibilidade da vivência da sociedade pluralista ou a solidariedade dos povos, mas antes a admitir-se que, para que assim seja, as desigualdades devem ser vistas por outros ângulos que não os da imparcialidade. Para tanto, longe de se negarem as diferenças, estas devem ser todas

convidadas para o diálogo, um diálogo que somente pode assim ser caracterizado pela atuação significativa junto da tomada de decisão e não pela mera presença física e simbólica das identidade de grupos minoritários (oprimidos ou não), através de um consenso, portanto, que reúne todas as particularidades em diálogo.

Conforme colocado em epígrafe, Paulo Freire já atentava que a imparcialidade não existe na medida em que todos somos guiados por alguma ideologia e, motivo pelo qual, o questionamento a se fazer é se esta, contudo, é excludente ou inclusiva. Desse modo, apesar do importante potencial deliberativo do tribunal, principalmente com a sua abertura através da audiência pública e do *amicus curiae*, estes acabam por se restringirem a uma visibilidade meramente de presença, mas não são capazes, ainda, de tornarem presente e efectiva uma participação dialógica mais heterogênea e inclusiva, que abra, definitivamente, as portas do tribunal constitucional para todos(as).

5. Conclusão

Esse estudo procurou mostrar como a mobilização política, das demandas dos grupos minoritários historicamente oprimidos, para o Supremo Tribunal Federal acompanha o movimento de redemocratização das instituições. Assim como, intensifica as questões de ressignificação (democrática) deste tribunal no julgamento das ações de controle de constitucionalidade. Este movimento (democratizador) vem, então, a incluir novas questões no que atine a legitimidade democrática do tribunal constitucional brasileiro. Entretanto, diferentemente do amplamente observado na doutrina, propõe-se neste trabalho um olhar sobre essa legitimidade que parta das estruturas de julgamento do tribunal, ou seja, do modelo de tomada de decisão coletiva, sobre a formação da vontade política de uma sociedade e do papel contra-majoritário do tribunal, tendo em vista às demandas propostas por grupos minoritários historicamente oprimidos.

Para tanto, inicialmente verificou-se que os debates acerca da legitimidade democrática do tribunal constitucional são colocados na ampliação da adoção deste modelo de tribunal, por países que perpassavam por contextos históricos de democratização dos Estados após longos períodos de regime autoritários. Este fator histórico e político permeia a própria transformação do pensamento jurídico e, assim, o significado da norma jurídica, a dinâmica relacional entre Direito e Política e, conseqüentemente, do significado normativo da Constituição. A Constituição, sob este ângulo, ganha significado maior e não está reduzido à uma mera carta histórica, mas contém um verdadeiro plano político que ultrapassa a noção de majoritariedade afirmando-se como emanadora da vontade supermajoritária de determinada sociedade. A jurisdição constitucional apresenta, assim, uma ampla adesão nestes contextos histórico-políticos, competindo-lhes não somente uma posição neutra de garantidor da não violação à Constituição, mas também a proteção, a concretização e efetivação do projeto político nela contido que reflete justamente estes contextos democratizantes. Deste modo, o Direito e a Política acabam por estabelecer uma relação inseparável.

Dada esta inseparabilidade, a partir da perspectiva das relações de poder presentes na sociedade e do seu impacto para o reconhecimento e formação da vontade política, constata-se que para além da questão de escolha entre vontade majoritária *versus* minoritária, os tribunais constitucionais devem proteger a sociedade em sua vontade coletivizada ou, nos termos de Rousseau, da vontade geral. A jurisdição constitucional é, assim, constituída como instrumento complementar e necessário para a formação de estados democráticos sobre o qual recai o dever de controle do exercício da competência dos demais poderes estatais (Executivo e Legislativo) em consonância com as normas preconizadas na Constituição a qual compreende igualmente a não concentração de poder.

Tais visões confirmam como a jurisdição constitucional está inserida, de forma inafastável, nos discursos democráticos, sobretudo, em relação à como se coloca face as atividades que decorrem do Poder Legislativo. Nesse sentido, a ampliação das atividades dos tribunais constitucionais intensificam a oposição do tribunal ao modelo de tomada de decisão coletiva adotada no poder legislativo e, assim, ao seu caráter contra-majoritário que caminha junto com a característica essencialmente deliberativa do Tribunal Constitucional. Dessa maneira, a contraposição entre o constitucionalismo e a democracia, ou a sua complementariedade estão intimamente ligadas com o discurso democrático

(liberal, republicano ou deliberativo) adotado, ou seja, como se entende a tomada de decisão coletiva dentro do espaço público.

A partir dessa oposição, observa-se que o modelo de tomada de decisão adotado no Poder Legislativo se restringe a perseguir a vontade majoritária da sociedade sobre a qual é fundada a legitimidade para o exercício de suas funções. Em outras palavras, os legisladores somente tem legitimidade para atuar porque conferidos de poder através de um mecanismo que venha a garantir a representação majoritária. Em contrapartida, ele acaba por igualmente impor esta vontade de forma exclusiva, o qual suprime as identidades de grupos minoritários e, conseqüentemente, contrai a formação de uma sociedade democrática que se funda sobre os princípios de igualdade e liberdade. Assim sendo, é atribuído ao controle de constitucionalidade a função essencial, face a uma sociedade complexa e rica em pluralidades de identidades culturais, a proteção de grupos minoritários historicamente oprimidos face ao princípio da igualdade que jaz na concepção democrática de uma sociedade.

Somados à este quadro teórico transcorre todo um cenário de crise representativa em decorrência de casos de corrupção que intensificam uma visão dos Tribunais Constitucionais enquanto espaços públicos adequados para solução de conflitos sociopolíticos impossibilitados de serem resolvidos de forma democraticamente adequada na casa tradicionalmente representativa. Esta visão acerca desses tribunais decorre principalmente de sua alta carga de neutralidade e imparcialidade que lhes são conferidas e consideradas capazes de preencher as lacunas e superar justamente as críticas que direcionam ao Poder Legislativo. Em suma, as demandas sociopolíticas passam a ser consideradas como melhor efetivadas pelo Poder Judiciário e, assim, pelo Supremo Tribunal Federal, porque tido por espaço público cuja deliberação é fundamentalmente centrada na argumentação jurídica racional cujo ditâmes de imparcialidade são capazes de superar as problemáticas de satisfação de interesses particulares.

No Brasil, a ampliação do Supremo Tribunal Federal se dá principalmente em razão da promulgação da CRFB de 1988 que como símbolo da democratização possui características que corroboram com este fato. Essas características decorrem de seu amplo rol de direitos fundamentais, da ampliação dos legitimados ativos para as ações de controle de constitucionalidade, dos vários instrumentos de controle de constitucionalidade nela

previstas e, na publicização dos julgamentos do STF pela TV Justiça. O STF passa à ser encarado como novo espaço público de luta política permeados por debates acerca da judicialização da política e sobre o ativismo judicial cujo enfoque encontra-se na legitimação democrática do tribunal.

Entretanto, no curso deste trabalho, estas óticas apontadas vantajosamente em direção ao STF são desconstruídas. Assim sendo, primeiramente, viu-se que a democratização das instituições estatais perpassa pelos vários modelos de tomada de decisão coletiva e, simultaneamente, a como as teorias democráticas enxergam a participação e o resultado em cada um deles. Nesse sentido, verificou-se que a decisão coletiva não se confunde com o a negociação ou com a distribuição igual de bens as quais possuem como resultado, respectivamente o acordo de negociação e a distribuição igualitária de satisfação de interesses. A decisão coletiva tem por resultado a determinação da ação a ser apreendida coletivamente e cuja participação se dá através de um corpo unido, mas não uniforme, que atua como se fossem um único agente político. Ela compreende, portanto, uma dinâmica de coordenação e cooperação sobre a qual permeia a própria noção de solidariedade que reforça e, é por ela reforçada.

Nesta ordem de idéias, ela não se confunde com a regra de votação majoritária à qual está associada a uma visão de agregação de posições individuais que descreve o modelo de tomada de decisão compreendido em democracias liberais. Sob uma visão liberal, considera-se somente uma posição do indivíduo face decisão coletiva, qual seja, de defesa dos interesses individuais sem considerar a dinâmica relacional da maneira pela qual os entes interagem um com os outros na formação de sua próprias preferências. Contrapõe-se, assim, a regra de votação majoritária presente nos órgãos tradicionalmente representativos a qual só reforça a coalizão e as preferências dos grupos que conseguem melhor jogar estrategicamente com os números e somas aritméticas e com as abstenções aos votos. Além disso, acaba por fomentar processos excludentes entre aqueles que não venceram a votação, dividindo a sociedade em duas facções (perdedores e ganhadores). Apesar disto, essa regra é historicamente apoiada sob uma perspectiva igualitária em sua participação a qual vem fundada na imparcialidade e neutralidade de seu resultado.

O STF, por sua vez, adota um modelo *suis generis* que apesar de aplicar uma forma deliberativa que contrapõe-se à regra de votação majoritária não é totalmente estranho a ela

na medida que a comporta como etapa final essencial terminativa das deliberações e de aferição das posições nele apresentados. Sendo assim, mesmo levando em consideração todas as oposições ao sistema majoritário de voto, ele ainda é fortemente considerado como o meio mais justo e eficaz de tomada de decisão coletiva baseado justamente nestes aspectos de igualdade de aferição do resultado e de imparcialidade. A igualdade e a imparcialidade são assim parâmetros da tomada de decisão coletiva dentro do Tribunal Constitucional brasileiro mesmo para aqueles que defendem que este segue ou deveria seguir um modelo de decisão fundado no consenso aparente, resultado portanto de deliberação.

O consenso aparente, por sua vez, é modelo de tomada de decisão coletiva cujo procedimento se realiza por meio de propostas colocados em um espaço deliberativo no qual o resultado é dado através da não contestação (ou o silêncio) a última proposta apresentada. Assim sendo, o modelo consensual assimila as noções contidas em defesa da democracia deliberativa segundo a qual a vontade política se desenvolve por um processo deliberativo discurso comunicativo cujo pressuposto argumentativo racional dá uma maior ênfase a qualidade do que a quantidade dos argumentos. A boa decisão, em outras palavras, é aquela que reflete o ponto comum revelado por meio de um diálogo que deve refletir toda a heterogeneidade existente na sociedade. Nesse sentido, ele não busca conferir igual peso às posições que venham a formar acórdão decisório, como ocorre na regra majoritária, na medida em que os cidadãos possuem diferentes capacidades discursivas, conhecimentos, e perspectivas ideológicas que mudam a forma pela qual eles buscam convencer uns aos outros. Sob esta perspectiva se afasta um pouco das noções de dialogo comunicativo defendidas por Habermas, mas admitir que as diferenças são legítimas e refletem justamente a realidade das sociedade plurais. Tendo isto em vista, considera-se que uma decisão coletiva democraticamente alcançada é aquele em que se baseia em um diálogo que compreenda o maior número de perspectivas diferentes, cada qual com seus diferentes domínios e particularidades é que contribuem para uma decisão coletiva de qualidade.

Assim sendo, o consenso não se baseia na igual distribuição de opiniões, nem pela igual participação para com o resultado, mas no entendimento de que todos tem igual possibilidade de participarem nos debates, ou seja, de que todas as suas particularidades, pontos de vista e formas de expor os seus interesses serão admitidos num espaço

deliberativo que representa, desta forma, toda a heterogeneidade existente na sociedade. Em outras palavras, a tomada de decisão coletiva deve refletir o interesse público e não os interesses privados de uma pessoa ou grupo minoritário, motivo pelo qual se considera que a regra majoritária seja mais justa. Portanto, de forma diversa, os interesses próprios quando incluídos nos processos de tomada de decisão coletiva são capazes de refletirem melhor os interesses coletivos de uma sociedade democrática. Para tanto, deve-se ter em mente que em uma sociedade democrática deve se constituir essencialmente de espaços públicos onde todas as identidades socioculturais possam conviver solidariamente, o que só é possível quando as decisões coletivas são tomadas levando-se estas diferenças em conta. Sendo assim, o consenso é possível não em um sistema que defenda a imparcialidade, mas porque reúne as diferenças das identidades reconhecendo todas como igualmente válidas.

O reconhecimento, por sua vez, é dinâmico e não estático, não significa a mera exposição ao público, mas se forma e desenvolve na troca e na relação com que estabelece com a sociedade na medida em que participa igualmente para a ação a ser empreendida coletivamente. Em suma, o todo não é só maior como também pode ser diferente da soma das partes. O coletivo tem regras próprias de funcionamento e uma racionalidade diferente das individuais. Assim sendo, a partir desta visão dialógica da tomada de decisão coletiva, não significa a reunião de interesses individualizados, mas a construção coletiva do que somos e do que queremos ser. A ênfase aos interesses próprios e parciais implica que as diferenças são normais e buscam maximizar a solidariedade sem anular as divergências. O interesse próprio, desse modo, é um discurso usado pelos movimentos sociais para personalizar suas demandas.

A partir desta noção, se está obrigado a reconhecer o poder dos outros e apelar aos parâmetros dos outros, mesmo que se tente fazer com que reconheçam os nossos. Somos forçados a encontrar e criar uma linguagem comum pelos propósitos e aspirações, não meramente para vestir nossa roupagem privada na distinção pública, mas conscientizarmos do seu significado público. Somos forçados a transformar no “eu quero” para “eu tenho direito a”.

Para tanto, é preciso abrir mão da imparcialidade a qual reforça a exclusão de culturas, uma vez que se coloca sob um parâmetro universal que deve-se aplicar

igualmente em todas as situações que, enquanto tal, exclui as particularidades que nela não se encaixam e que as reduzem os sujeitos morais à mesma subjetividade nela incluída. Assim sendo, quando adotada por um espaço público de tomada de decisão coletiva, ao invés de ser deliberativo, acaba por ser impor uma política cultural específica inserida na ideologia do estado neutro, na legitimidade da autoridade burocrática e nos processo de tomada de decisão hierárquico que reforçam a opressão uma vez que colocam esta cultura na posição universal como parâmetro de julgamento das demais. Por conseguinte, as demais culturas acabam por ser inseridas em processo de exclusão através de processo de marginalização e inferiorização. Ou seja, a partir do momento que coloca-se um determinado padrão político cultural a ser perseguido como o melhor para todos, aqueles que com ele conflitam passam a ser considerados os errados, os ruins, anormais, por fim, os que devemos excluir e evitar. Por conseguinte, o uso de juízos imparciais acabam por contradizer a demanda dos grupos historicamente oprimidos justamente por tais juízos, fazendo com que o tribunal constitucional se configure de mais um espaço público do qual são excluídos.

Nessa ordem de idéias não são suficientes os mecanismos que o STF busca para a ampliação participativa da sociedade na tomada de decisões por eles proferidos cujos debates, inclusive, se limitam aos próprios juízes. Como resultado, ao invés de integram-se em suas identidades culturais, acabam por modificar-se no ingressos destas instituições para se verem obrigados à se adequar às ideologias que se escondem no paradigma da imparcialidade. Em outras palavras, as decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade, ao partirem de um juízo imparcial acabam reproduzindo essas dicotomias entre universal e particular, entre público e privado entre razão e paixão, cujos primeiros elementos são os que devem ser adotados enquanto que os segundos retirados de sua argumentação racional.

Com base em suposições e padrões que afirmam ser neutros e imparciais, as decisões autorizadas muitas vezes calam, ignoram e tornam desviantes as capacidades, necessidades e normas de outros. Se a razão normativa é dialógica, há mais probabilidades de surgirem normas justas de interação entre as pessoas com diferentes pontos de vista que tem olhar para fora de si mesmas ao serem forçadas a confrontar e ouvir as outras. Esta visão coaduna-se com a noção contida na frase de epígrafe ao trabalho, qual seja, uma sociedade que queira mudar não pode ter medo de conflitos. Isto não significa que não se

defenda a justiça, ou seja, toda a crítica a imparcialidade principalmente quando direcionada ao tribunal constitucional não significa a sua impossibilidade, mas o indicativo da necessidade de se buscar ferramentas que sejam conscientes e tolerantes com as diferentes concepções morais de justiça, ou seja, do que se considera bom/mau, certo ou errado, de acordo com sua identidade cultural que comporte uma sociedade inclusiva que aceite estas várias visões. Ou seja, que não exclua dos conflitos sociais todas as suas condicionantes e particularidades as quais, contudo, deve-se considerar todas igualmente válidas. Portanto, a constituição da sociedade justa aqui defendida não se baseia na eliminação da diferença a qual se revela até mesmo irrealista e indesejada. A justiça baseada na diferença demanda uma compreensão da igualdade que se fundamente na mutualidade no reconhecimento e afirmação das diferenças em atendimento às necessidades específicas dos grupos e promovendo a representação dos grupos, ambos promovem que a igualdade social e fornecem reconhecimento que elimina o imperialismo cultural.

Em conclusão, ao tomar por base como os movimentos sociais se organizam e se estruturam, pode-se observar que o STF não é espaço viável de luta social. Em contrapartida, é de se destacar os inegáveis benefícios que vêm contribuindo para algumas destas demandas, principalmente dos casos jurídicos trazidos no presente estudo. Contudo, estes também se revelam por vezes esporádicos e suscetível às contingências políticas que o revelam como instrumento frágil para luta social. Para se entender o contrário, era necessário que neste constituísse um diálogo heterogêneo, na coletivização do conhecimento e na participação da decisão. É neste sentido, portanto, que aqui se coloca o consenso como parâmetro democrático de legitimidade das decisões do STF.

Por fim, estar-se-á consciente de que as críticas aqui desenvolvidas apesar de oferecerem uma perspectiva diferente não oferecem soluções definitivas para os conflitos sociais cuja alta complexidade não podem ser antecipadas de modo a apresentar-se resultados satisfatórios. Porém, além de não ser esta a proposta do trabalho, considera-se importante que tais críticas se coloquem para revelar as problemáticas constituídas justamente a partir de uma perspectiva que seja diferente às correntemente colocadas, de modo que se possa iniciar os debates justamente para as suas soluções práticas que levem em consideração o compromisso radical com a justiça, entendida como a superação da opressão e da dominação historicamente constituídas.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. 2005. “Balancing, Constitutional Review, and Representation”. *International Journal of Constitutional Law* 3 (4): 572–81. doi:10.1093/icon/moi040.

ANSCOMBE, G. E. M. 1976. “On Frustration of the Majority by Fulfilment of the Majority’s Will”. *Analysis* 36 (4): 161–68. doi:10.1093/analys/36.4.161.

BARROSO, Luis Roberto. 2007. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva.

———. 2012. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.” *Revista (Syn)theses* 5 (1): 1–29.

BELLAMY, Richard. 1994. “Filosofia Liberal Contemporânea: liberalismo neutralizado.” In *Liberalismo e sociedade moderna*, 383–442. São Paulo: Unesp.

———. 2013. “The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments”. SSRN Scholarly Paper ID 2341534. Rochester, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2341534>.

BELLAMY, Richard, e Cristina E. PARAU. 2013. “Introduction: Democracy, Courts and the Dilemmas of Representation”. *Representation* 49 (3): 255–66. doi:10.1080/00344893.2013.830479.

BOBBIO, Norberto. 2007. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Manole.

BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves, Fabrício Faroni GANEM, e Henrique RANGEL. 2013. “A Supremacia Judicial em sua Essência: para além do casuismo teórico.” *Seqüência*, n° 66 (julho): 261–82. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p261>.

BONAVIDES, Paulo, e Paes de ANDRADE. 2003. *História Constitucional do Brasil*. Porto, Portugal: Universidade Portucalense.

BOURDIEU, Pierre. 2007. “A distinção: crítica social do julgamento”. In , 371–433. Porto Alegre: Zouk.

———. 2008. “Cultura e Política”. In *A distinção crítica social do julgamento*, 371–433. São Paulo; Porto Alegre: EDUSP Zouk.

BRANDÃO, Rodrigo. 2013. “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo* 263: 175–220.

BRASIL, Brasília, Congresso Nacional. 2002. “BRASÍLIA. Planalto. Lei nº. 10406 de 2002 (Código Civil Brasileiro)”. *Planalto*. outubro 1. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2017. *Regimento Interno [recurso eletrônico] do Supremo Tribunal Federal - atualizado até a Emenda Regimental nº. 51/ 2016*. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>.

BRONZE, Fernando José. 2010. *Lições de introdução ao direito*. 2ª. Coimbra: Coimbra Editora.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. 2012. “A TEMÁTICA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO DEBATE HONNETH-FRASER”. *REVISTA DIREITO GV, São Paulo* 8 (1): P. 133-156.

CADEMARTORI, Luiz Hnerique Urquhart, e João Luiz Martins ESTEVES. 2013. “A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social.” *Scientia Iuris* 17 (2): 193–210. doi:10.5433/2178-8189.2013v17n2p193.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. 1994. “O Judiciário e a democracia no Brasil”. *Revista USP* 0 (21): 116. doi:10.11606/issn.2316-9036.v0i21p116-125.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e Vital Moreira. 2009. *Constituição da República Portuguesa: Lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed., 2. reimp. Legislação. Coimbra: Coimbra Ed.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2003. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.

———. 1996. “Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva”. In *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, organizado por Jorge MIRANDA e Albrecht WEBER, I: 871–887. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e Vital MOREIRA. 2014. *Constituição da República Portuguesa : anotada*. 4^a ed. rev., Reimp. Vol. 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora.

CAPPELLETTI, Mauro. 1985. “REPUDIATING MONTESQUIEU? THE EXPANSION AND LEGITIMACY OF ‘CONSTITUTIONAL JUSTICE.’” *Catholic University Law Review* 35 (1): 32.

CHAMBERS, Simone. 1996. *Reasonable Democracy: Jürgen Habermas and the Politics of Discourse*. USA: Cornell University Press. https://books.google.fr/books?hl=pt-PT&lr=&id=a3fU-yr6PZMC&oi=fnd&pg=PR9&dq=simone+chambers+reasonable+democracy&ots=Y5EXA4UYsc&sig=KQRM_WQRUsP7qOpNKC3ujUJ7URI#v=onepage&q&f=false.

CHORÃO, Mário Bigotte. 2002. “Democracia, Relativismo e ameaça totalitária”. In *Colóquio Internacional. Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, por Luis Filipe Colaço ANTUNES, 83–131. Coimbra: Almedina.

CITTADINO, Gisele. 2004. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. *ALCEU* v. 5 (n. 9): 105–13.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. 2017. “ADI 4277 e ADPF 132 - União Estável Homoafetiva - Conectas Direitos Humanos”. *CONNECTAS DIREITOS HUMANOS*. Acessado junho 6. <http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/6472-adi-4277-e-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva>.

CORREIA, Fernando Alves. 2016. *Justiça constitucional*. Coleção Manuais universitários. Coimbra: Almedina.

COSTA, José de Faria. 2002. “Consenso, Verdade e Direito”. In *Autoridade e consenso no estado de direito: colóquio internacional*, por Luís Filipe Colaço ANTUNES, 195–209. Coimbra: Almedina.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. 2008. “Constituição e Justiça Constitucional”. In *ARS Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, organizado por Jorge de Figueiredo DIAS, José J. Gomes CANOTILHO, e José de Faria COSTA, Volume III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito: 165–75. Coimbra: Coimbra Editora.

———. 2007. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Almedina.

———. 1995. Portugal, e Tribunal Constitucional. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10. aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993*. Coimbra: Coimbra Editora.

DAHL, Robert A. 1957. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”. *Journal of Public Law* 6: 279.

DORF, Michael C. 2010. “Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making”. *Cornell Law Faculty Publications Paper* 441: 283–304.

DWORKIN, Ronald. 1995. “Constitucionalismo e Democracia”. Traduzido por Emílio Peluso Neder MEYER. *European Journal of Philosophy*, nº 3: 2–11.

ELSTER, Jon. 2010. “Décisions Individuelles et Décisions Collectives”. *Social Science Information* 49 (1): 11–28. doi:10.1177/0539018409354809.

FALCÃO, Joaquim, Pablo de Camargo CERDEIRA, e Diogo Werneck ARGUELHES. 2011. “I Relatório do Supremo em Números: o múltiplo Supremo.” I. Novas Idéias em Direito: Resultados de Pesquisa. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: Direito Rio. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>.

FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

FOUCAULT, Michel. 2001. *Os Anormais: curso no Collège de France, 1974-1975*. São Paulo: Martins Fontes.

———. 2013. *Vigiar e Punir: nascimento da Prisão*. Edições 70. Lisboa, Portugal: Edições 70.

FRIEDMAN, Barry. 1998. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”. *New York University Law Review* 73 (2): 333–433.

FRIEDMAN, Marilyn. 1989. “The Impracticality of Impartiality”. *The Journal of Philosophy* 86 (11): 645–56.

FUNG, Archon, e Joshua COHEN. 2007. “Democracia Radical”. Traduzido por Taís BLAETH. *Política e Sociedade*, nº 11 (Out): 221–37.

GINSBURG, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge Univ Press. <http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=218132>.

———. , org. 2012. *Comparative constitutional design*. New York: Cambridge University Press.

GOHN, Maria da Glória. 2008. “Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina”. *Caderno CRH* 21 (54): 439–55.

———. 2010. “Ações coletivas civis na atualidade: dos programas de responsabilidade/compromisso social às redes de movimentos sociais”. *Ciências Sociais Unisinos* 46 (1): 10–17. doi:10.4013/csu.2010.46.1.02.

HÄBERLE, Peter. 2002. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Traduzido por Gilmar MENDES. Porto Alegre: Sergio Antonio Editor.

HABERMAS, Jürgen. 1974. “The Public Sphere: An Encyclopedia Article”. *New German Critique*, Autumn, , nº 3: 49–55.

———. 1981. “New Social Movements”. *Telos* 1981 (49): 33–37. doi:10.3817/0981049033.

———. 1989. *Consciência moral e agir comunicativo*. Traduzido por Guido A. ALMEIDA. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

———. 1995. “Três modelos normativos de democracia.” *Lua Nova [online]*, nº 36: 39–53. doi:http://dx.doi.org/10.1590/S0102-644519950002000003.

———. 2003. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2 vols. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro. s.

ISSACHAROFF, Samuel. 2008. “Democracy and Collective Decision Making”. *International Journal of Constitutional Law* 6 (2): 231–66. doi:10.1093/icon/mon003.

JUNIOR, José Geraldo de Sousa. 2008. “Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito”. Tese de Doutorado, Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

JUSTIA. U.S. Supreme Court. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>. Último acesso em 6/02/2017.

LAURIS, Élide. 2011. “Mobilização Jurídica versus Mobilização Social: uma abordagem a partir da justiça ambiental.” *Revista da Defensoria Pública de São Paulo* Ano 4 (2): 55–74.

LIBERAL, José Roberto Bernardi, e Zaiden Geraige NETO. 2014. “A participação popular na Formação do Convencimento do Julgador”. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 44 (junho): 60–82.

MACHADO, Jónatas. 1994. “Povo”. In *Dicionário Jurídico da Administração Pública: Volume VI*, 419–47. Lisboa.

MACHADO, Jónatas Machado. 2002. “Contrato Social e Constitucionalismo: algumas notas.” In *Colóquio Internacional. Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, por Luis Filipe Colaço ANTUNES e Luís Filipe ANTUNES, 59–82. Coimbra: Almedina.

MANIN, Bernard. 2012. *Principes du gouvernement représentatif*. Champs Essais 820. Paris: Flammarion.

MARONA, Marjorie Corrêa, e Marta Mendes ROCHA. 2014. “As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: ampliando sua legitimidade democrática?” *Teoria e Sociedade*, nº 21 (julho): 53–86.

MENDES, Conrado Hübner. 2011. “Deliberative Performance of Constitutional Courts”. Tese de Doutoramento, Edinburgo, Reino Unido: The University of Edinburgh School of Law. <https://www.era.lib.ed.ac.uk/handle/1842/5974>.

MIGUEL, Luis Felipe. 2010. “Perspectivas Sociais e Dominação Simbólica: a presença políticas das mulheres entre Iris Marion Young e Pierre Bourdieu”. *Revista de Sociologia e Política* 18 (36): 25–49.

MIRANDA, Jorge. 2003. “Juizes para os Tribunais”. In *Constituição e Cidadania*, 421–22. Coimbra: Coimbra Editora.

———. 2013. *Manual de direito constitucional 6, 6,*. Coimbra: Coimbra Editora.

Miranda, Jorge, e Rui Medeiros. 2005. *Constituição portuguesa anotada*. Organizado por Portugal e Germano Marques da Silva. Coimbra: Coimbra Editora.

Morais, Carlos Blanco de. 2006. *Justiça constitucional*. 2^a. Vol. Tomo I e II. 2 vols. Coimbra: Coimbra Editora.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. 2006. “Crises do Estado, Democracia Política e Possibilidades de Consolidação da Proposta Constitucional.” In *Entre discursos e culturas jurídicas*, 15–46. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora.

MÜLLER, Friedrich. [s.d.]. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Traduzido por Peter NAUMANN. 3^a edição. São Paulo: Editora Max Limonad.

Neves, A. Castanheira. 2010. *Digesta:: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V. 2: [...]. 1. ed., Reimpr. Lisboa: Almedina.

———. 2013. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. 1^a edição, Reimpressão. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora.

NINO, Carlos Santiago. 1997. *La constitución de la democracia deliberativa*. 1. ed. CLADE-MA Filosofia del derecho. Barcelona: Gedisa Ed.

OST, François. 2007. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. *Academia. Revista sobre Enseñaza del Derecho*, Academia, 4 (8): 101–30.

PASQUINO, Pasquale. 2007. “Voter et délibérer”. *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, nº XLV-136 (fevereiro): 35–45. doi:10.4000/ress.84.

- PASQUINO, Pasquale, e John FERREJOHN. 2002. “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice”. In *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, por Wojciech Sadurski, 21–36. Springer Science & Business Media.
- PERELMAN, Chaïm. 1996. *Ética e Direito*. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. PEREIRA. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes.
- PITKIN, Hanna Fenichel. 1981. “Justice: On Relating Private and Public”. *Political Theory* 9 (3): 327–52.
- PLOTKE, David. 1997. “Representation is Democracy”. *Constellations* 4 (1): 19–34.
- POLLETTA, Francesca. 2012. *Freedom Is an Endless Meeting: Democracy in American Social Movements*. Chicago, IL: University of Chicago Press. <http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=1172333>.
- POSNER, Richard A. 2008. *How judges think*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press.
- RAE, Douglas W. 1969. “Decision-Rules and Individual Values in Constitutional Choice”. *American Political Science Review* 63 (1): 40–56. doi:10.1017/S0003055400261467.
- RAWLS, John. 1997. “Capítulo III: A posição original”. In *Uma teoria da Justiça*, 1ª edição, 127–208. São Paulo: Martins Fontes.
- RAZ, Joseph. 1975. “Reasons for Action, Decisions and Norms”. *Mind* LXXXIV (1): 481–99. doi:10.1093/mind/LXXXIV.1.481.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. 2003. *O contrato social: princípios do direito político*. Traduzido por Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes.
- SAJÓ, András. 2010. “Emotions in Constitutional Design”. *International Journal of Constitutional Law* 8 (3): 354–84. doi:10.1093/icon/moq009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2011. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Cortez Editora.
- SARTORI, Giovanni, e Santiago Sánchez González. 1988. *Teoría de la democracia. 1, El debate contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- SHAPIRO, Ian. 2011. *La teoría de la democracia en el mundo real*. España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- SIEGAL, Reva, e Robert POST. 2004. “Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”. *California Law Review* 92 (4): 1027–43.
- SILVEIRA, Alessandra. 2008. “Da argumentação democrática”. In *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao prof. Doutor António Castanheira Neves.*, Volume I: Filosofia,

Teoria e Metodologia: 1085–1101. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra 90. Coimbra: Coimbra Editora.

SOARES, Rogério Ehrhardt. 2008. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Tenacitas, 2008. <https://bdigital.sib.uc.pt/jspui/ua/handle/10316.1/2301>.

STEINER, Jurg, e Robert H. DORFF. 1980. “Decision by Interpretation: A New Concept for an Often Overlooked Decision Mode”. *British Journal of Political Science* 10 (1): 1–13.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2017. “Acompanhamento Processual :: STF - Supremo Tribunal Federal”. Acessado junho 9. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>.

TAVARES, Rodrigo de Souza, e Noel STRUCHINER. 2014. “Capítulo V. Direito e Emoções: uma proposta de cartografia.” In *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*, 1ª edição, 109–35. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio. https://www.academia.edu/11275966/NOVAS_FRONTIERAS_DA_TEORIA_DO_DIREITO.

TEIXEIRA, António Braz. 2002. “Consenso, Verdade e Direito”. In *Autoridade e consenso no estado de direito: colóquio internacional*, organizado por Luis Filipe Colaço ANTUNES, 155–209. Coimbra: Almedina.

TUSHNET, Mark. 2009. “Against Judicial Review”. SSRN Scholarly Paper ID 1368857. Rochester, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=1368857>.

URBANO, Maria Benedita. 2014. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina.

URFALINO, Philippe. 2007a. “La décision par consensus apparent. Nature et propriétés”. *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, n° XLV-136: 47–70. doi:10.4000/ress.86.

———. 2014a. “Les justifications de la règle de majorité”. *Raisons politiques* 53 (1): 5. doi:10.3917/rai.053.0005.

———. Set. 2014b. “The Rule of Non-Opposition: Opening Up Decision-Making by Consensus: The Rule of Non-Opposition”. *Journal of Political Philosophy* 22 (3): 320–41. doi:10.1111/jopp.12037.

———. 2000. “La délibération et la dimension normative de la décision collective.” In *La juridicisation du politique*, por J. Commaille, L. Dumoulin, e C. Robert.

———. 2005. “La délibération n’est pas une conversation. Délibération, décision collective et négociation”. *Négociations* 4 (2): 99–114. doi:10.3917/neg.004.0099.

———. 2010. “Sanior pars et maior pars dans les aréopages contemporains. Le cas des comités d’évaluation des médicaments en France et aux Etats-Unis”. *Raison Publique*, n° 12: 213–59.

———. 2012. “La decision des Collectifs”. In *Faire des Sciences Sociales : Généraliser*, organizado por E. DÉSVEAUX e M. de FORNEL, 3:1–31. Paris: Éditions de l’EHESS. <http://cespra.ehess.fr/index.php?1991>.

URFALINO, Philippe, Cyrille MICHON, Bruno GNASSOUNOU, e Vicent DESCOMBES. 2007. “L’esprit des règles de décision”. In *Questions disputées*, 199–236. Ed. Cécile Default. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00261316>.

VALLANÇON, François, e Luis Filipe Colaço ANTUNES. 2002. “Autorité et Consensus Dans L’Etat de Droit”. In *Colóquio Internacional. Autoridade e Consenso no Estado de Direito*, 135-154. Coimbra: Almedina.

VANHALA, Lisa. 2010. *Making Rights a Reality? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*. Cambridge University Press. https://play.google.com/store/books/details?id=QkE6uYpoQGAC&rdid=book-QkE6uYpoQGAC&rdot=1&source=gbs_vpt_buy&pcampaignid=books_booksearch_atb.

———. 2013. “Civil Society Organisations and the Aarhus Convention in Court: Judicialisation from Below in Scotland?” *Representation* 49 (3): 309–20. doi:10.1080/00344893.2013.830483.

VERMEULE, Adrian. Out. 2007b. “Absolute Majority Rules”. *British Journal of Political Science* 37 (4): 643–58. doi:10.1017/S000712340700035X.

———. Jul. 2007a. “The Moral Force of Majority Rule”. *Oxford Press University*. <https://blog.oup.com/2007/07/law/>.

———. 2007. “The Moral Force of Majority Rule”. *OUPblog*. julho 10. <https://blog.oup.com/2007/07/law/>.

VIANNA, Luiz Werneck. 1996. “Poder Judiciário, ‘positivação’ do direito natural e história”. *Revista Estudos Históricos* 9 (18): 263–82.

VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann BURGOS, e Paula Martins SALLES. 2007. “Dezessete anos de judicialização da política”. *Tempo Social* 19 (2): 39–85. doi:10.1590/S0103-20702007000200002.

WALDRON, Jeremy. 2008. “Judges as Moral Reasoners”. *International Journal of Constitutional Law* 7 (1): 2–24. doi:10.1093/icon/mon035.

———. 2014. “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?” *The Yale Law Journal* 123 (6): 1626–2133.

YOUNG, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, N.J: Princeton University Press.

———. 2001. “Activist Challenges to Deliberative Democracy”. *Political Theory*, Sage Social Science Collections, 29 (5): 670-690.